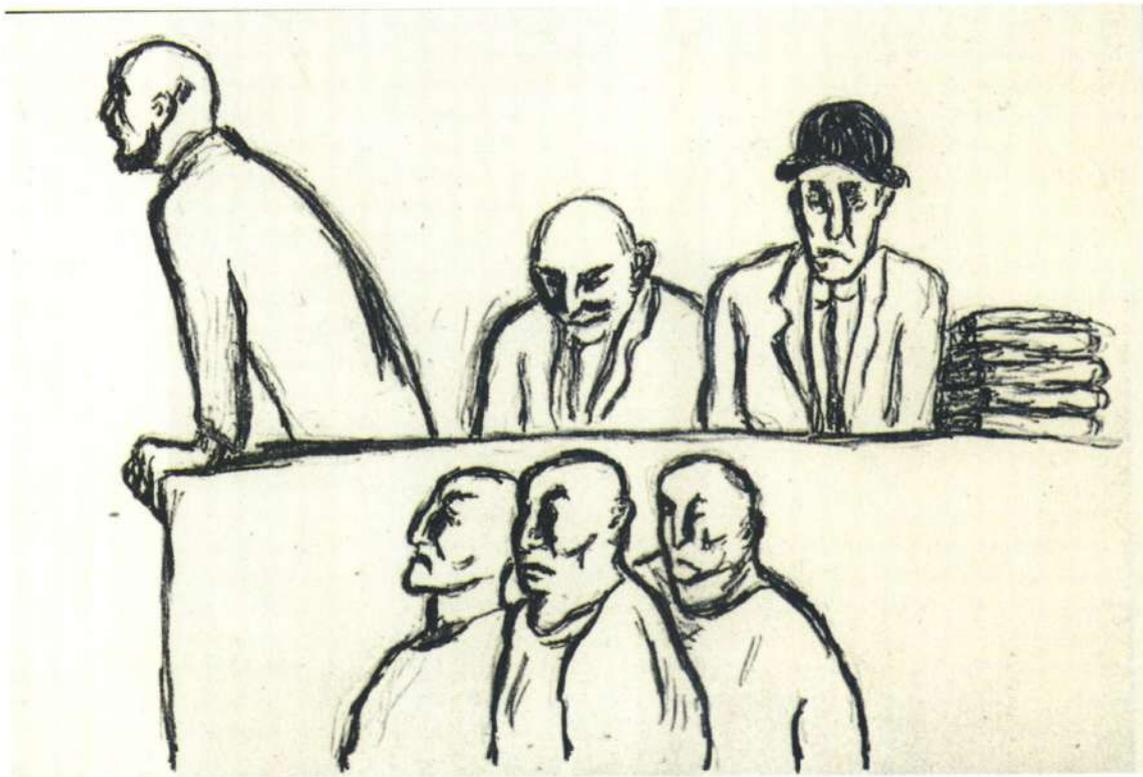


La Penalidad Convencional

Luis Romero Zavala

Profesor de la Universidad Alas Peruanas y la Universidad Particular San Martín de Porres.
Past-Decano del Colegio de Abogados del Callao.
Ex miembro del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones.

Lex



Abogados y reos

Constituyendo un elemento accidental, la penalidad convencional o cláusula penal representa un instituto que refuerza el vínculo obligacional, cumpliendo dos funciones de mucha transcendencia: una preventiva, de advertencia al deudor para que cumpla oportunamente las prestaciones prometidas; y otra ejecutiva o sancionadora, para imponer la penalidad pactada al mismo deudor por no cumplir oportunamente o caer en definitivo incumplimiento.

GENERALIDADES

El codificador de 1984 ha ubicado las obligaciones con cláusula penal al final del Título IX del Libro VI del Código Civil vigente, culminando la normatividad respecto de la Inejecución de Obligaciones. Esta ha sido una decisión contraria a la sistemática de nuestro código derogado, que consignó estas obligaciones en el conjunto normativo relativo a la celebración. En realidad corresponde a la primera fase, por cuanto estas obligaciones, como las otras, dependen de la voluntad creadora de las partes. No se imponen por ley. Siendo esencialmente, la cláusula penal, un pacto, no le corresponde el lugar que le han puesto, como si fuese problemática de la inejecución. Siempre ha sido considerada como obligación con pluralidad objetiva, por existir una prestación principal y otra adicional, que unas veces se desarrolla como accesoria y otras, como subsidiaria. Sin embargo, parece que teniendo en cuenta su intervención determinante en el proceso de inejecución, convenció al legislador para la ubicación que ahora tiene. En verdad, si las obligaciones principales pactadas con cláusulas penales llegaran a ejecutarse normalmente como corresponde, carecerían de importancia; dichas cláusulas pese a su integración en el mismo acto con las primeras. Y aún a pesar de ser pactadas independientemente, con posterioridad a la celebración de las principales. Su finalidad, entonces, es asegurar el cumplimiento de la obligación principal, sirviendo para ello como elemento coercitivo. Ahora bien, si no obstante, el deudor no cumple voluntariamente, su protagonismo deviene trascendente para resolver adecuadamente la controversia del no cumplimiento o incumplimiento del obligado.

Suele llamársele *pena convencional* para denotar su origen, la convención y su naturaleza específica, castigo o sanción. Pero esta es solo económica. Se castiga al deudor, económicamente, en su patrimonio, por no haber ejecutado la prestación debida oportunamente, en su momento; o también por haber incurrido en inexecución total; e incluso por falta de aseguramiento o garantía de algún extremo determinado de la obligación. Su uso es por tanto variadísimo. Tal como corresponde a los pactos libremente concertados. Se dice que, como su contenido estaba constituido genéticamente por una suma de dinero, se trataba, en la cláusula penal, de los daños y perjuicios anticipadamente cuantificados para los supuestos de mora, inexecución y otros casos; pero tales consideraciones no son admitidas unánimemente, aunque los efectos en verdad no hayan cambiado mayormente. Porque la cláusula penal tiene primero un efecto preventivo y después, represivo. Si no llega a ser suficiente el primero de los mencionados, opera el segundo. El primero es una advertencia, acaso una amenaza como la espada de Damocles, haciéndole recordar al deudor el cumplimiento debido de la prestación para evitar la pena; de tal suerte que si a pesar de esa circunstancia, cae en el hecho pretendidamente inevitable, la sanción económica le resultará exigible, agravando su situación jurídica. Porque para extinguir la obligación deberá cumplir con la prestación principal —única debida originariamente— y la accesoria contenida en la cláusula penal. La penalidad convencional también es llamada *pena civil* para expresar su procedencia exclusiva en las relaciones civiles de las personas y distanciarla así de aquellas impuestas en el campo penal para sancionar un delito. Las relaciones que estimamos en estas reflexiones son las que vinculan a las personas particulares en virtud de sus intereses privados. El uso de la expresión *multa civil* puede resultar gráficamente aprehensible para entender de lo que se trata. El término «multa» nos puede servir claramente para indicar que no estamos ante ese supuesto cálculo anticipado de hipotéticos daños y perjuicios que podría sufrir el acreedor con el no cumplimiento debido por parte del deudor. No es cierto que entre el monto fijado en la cláusula penal para cuantificar los daños y el que resultase verdaderamente en el caso concreto deba existir equivalencia, porque no se exige probanza del daño. Pero, quizás, el mejor argumento para establecer la distinción consiste en el hecho que el acreedor puede en ciertas hipótesis solicitar el pago de los daños y perjuicios a pesar de la cláusula penal obligatoria. Si esta última fuese daños y perjuicios anticipados, no se podría obviamente solicitar el pago doble de los mismos perjuicios. En otros términos, se estaría generando un enriquecimiento indebido a costa del deudor. Estamos entonces, ante una multa por el no cumplimiento o cumplimiento indebido, que al ser considerado como estimación anticipada de daños y perjuicios, da vigencia a una mixtura inconveniente.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En el derecho romano existió la *stipulatio poenae* y viene a ser el más remoto antecedente de la cláusula penal. Surgió como medio eficaz de asegurar el cumplimiento de una obligación que carecía de protección jurídica. Y para esto a la *stipulatio* originaria se añadía o agregaba una segunda *stipulatio*. Ahora bien, con la *stipulatio* surgió otra figura muy parecida: la *sponcio*. En realidad negocios jurídicos solemnes de carácter promisorios, integrados por una pregunta y una respuesta: «¿Prometes?... Prometo». Era la *obligatio verbis*. El principio del valor vinculante de las palabras (verba). En cuanto a la *stipulatio*, Pomponio la definió como «la concepción de palabras por la que uno, al que se dirige la pregunta, responde que dará o hará lo que se le pide». Y Gayo corrobora que el contrato verbal se hace mediante una pregunta y respuesta. De allí que se considera a la estipulación «como una de las más logradas creaciones del genio jurídico romano». La *stipulatio poenae*, como lo acabamos de expresar, se añade o superpone a otra, pero que no tenga el mismo objeto; ya que de ser así, la segunda estipulación resultaría inútil. Pomponio también ha dicho: «el que promete dos veces idénticamente lo mismo no se obliga más que una vez». Teniendo en cuenta que las promesas contenidas en la estipulación podían no ser cumplidas y no existía modo de hacerlas efectivas y seguras, se acudió a esta fórmula. Así «en la estipulación penal se trata de añadir una nueva promesa estipulatoria, que tenga por objeto el pago de una cierta cantidad de dinero que se condiciona al cumplimiento de la obligación anterior. Existe entonces una obligación principal que sigue existiendo y una segunda condicionada al cumplimiento de aquella. Si el deudor cumple, no produce efectos la segunda obligación; si no cumple, debe pagar la pena y puede defenderse por una «exceptio doli», si el estipulante ejercita la acción que deriva de la obligación principal»¹.

Al decir de Guillermo Ospina Fernández, «el principal empleo de la estipulación penal era la de caucionar aquellas promesas, por cierto bien numerosas, que no alcanzaban obligatoriedad «jure civile», como las contraídas por los incapaces y las emanadas de los simples pactos en que no se hubiere observado las solemnidades legales»². Entonces, la atribución de una estimativa anticipada de daños y perjuicios que pudiera ocasionar el deudor a su acreedor por el incumplimiento o cumplimiento irregular de la prestación principal, no es sino una función posterior que a la cláusula penal le concede el derecho moderno. Lo cierto, en la actualidad, respecto de este instituto, es que tiene variada utilidad «que rebasa el dicho servicio restringido que ahora se le ha pretendido asignar, o sea que la institución continuaría cumpliendo otras funciones distintas de la de constituir una estimación anticipada de perjuicios»³.

¹ García Garrido, Manuel Jesús. *Derecho Privado Romano*, edición abreviada, Dykinson, Madrid, 1993, pp. 351-363.

² Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*, Editorial Temis, Buenos Aires, 1976, p. 180.

³ Ospina Fernández, Guillermo. *Ob.cit.* p. 180.

SU CONCEPTO EN LA DOCTRINA

Jorge Eugenio Castañeda explica: «La cláusula penal es un pacto accesorio, en el que se estipulan penas o multas contra el deudor que dejare de cumplir o retarde el cumplimiento de aquello a que se obligó»⁴. Y precisa: «La obligación con cláusula penal no es una sola; son dos obligaciones: una principal y otra solo aplicable en caso de mora o inexecución de la principal»⁵. Debe destacarse el requisito del pacto, porque esta referencia está orientada, sin duda alguna, a los contratos. Precisamente, es en los contratos donde la cláusula penal se encuentra con mayor reiteración, específicamente en los de compra-venta, cuando se posterga la entrega del bien, consignándose la cláusula penal para el supuesto de retardo. Se asegura, de esta manera, el cumplimiento oportuno por el obligado. También aparece en los contratos de arrendamiento, para cuando el contrato se extingue por vencimiento de plazo, a fin de asegurar la devolución del inmueble. Esta referencia justifica la denominación de pena convencional que se le ha dado.

Su *nomen iuris* de cláusula penal no significa uso obligatorio de la denominación; tampoco, la redacción de cláusula especial en el articulado del contrato. Puede encontrarse formando parte de alguna otra, relacionada fundamentalmente con el cumplimiento de la prestación, en su oportunidad o totalmente, debiendo, en todo caso, ser facultad del juzgador determinar su existencia o no en la relación obligacional. Los tratadistas sostienen uniformemente que la cláusula penal puede ser igualmente utilizada en los testamentos para obligar al heredero a la entrega oportuna de los legados. Y también en esta hipótesis, en caso de declaración imprecisa, corresponderá al juzgado determinar su existencia.

J. L. León Barandiarán transcribe de Endemann los siguientes conceptos: «La pena convencional es una prestación determinada, prometida por el deudor al acreedor, para el caso de incumplimiento de su obligación o para el caso de cumplimiento no regular. Su fin consiste tanto en ofrecer al acreedor un medio conminativo severo contra el deudor, especialmente para disuadirle de adoptar un proceder contrario a lo prometido, cuanto también consiste en descargar al acreedor de la estimación de su petición por razón de los perjuicios. La prestación prometida es pena, en cuanto de antemano importa un interés ya estimado»⁶. En la cláusula penal, entonces, luego de celebrada queda solo obligación para el deudor. Es promesa unilateral hecha al acreedor concediéndole de antemano el descargo de acreditar la existencia de daños y perjui-

⁴ Castañeda, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones*, tomo I: «Teoría General de las Obligaciones», Lima, 1957, p. 175.

⁵ *Ibidem*, p. 175.

⁶ León Barandiarán, J. L. *Comentarios al Código Civil Peruano. - Obligaciones. - Tomo II. - Modalidades y Efectos. - Ediar S.A. Editores, Buenos Aires, 1956, p. 179.*

cios y también de la estimación de tales perjuicios, convirtiéndose así en elemento disuasivo para la adopción de un comportamiento contrario al que debe realizar para el cumplimiento de la prestación principal. La prestación prometida en la cláusula penal es pena civil, vale decir, sanción económica.

Para Ludwig Enneccerus, «llámase pena convencional a una prestación, generalmente de carácter pecuniario, que el deudor promete como pena al acreedor para el caso de que no cumpla su obligación o no cumpla del modo pertinente»⁷. Y agrega: «Así, pues, la pena convencional contiene la promesa condicional de una prestación, pero esta promesa sirve exclusivamente a la obligación principal, debiendo asegurar el cumplimiento de la misma como el medio de presión y hace superflua, en muchos casos, la prueba del daño y de su cuantía si la obligación no es cumplida o es cumplida de un modo no pertinente. Por lo tanto, la obligación principal influye sobre ella, y de esta circunstancia derivan importantes diferencias con relación a otras obligaciones condicionales»⁸.

Prestación distinta de la prestación principal, dice el jurista alemán, la cláusula penal tiene generalmente carácter pecuniario, debiendo suponerse que pueda consistir en prestación de otra naturaleza, o sea, un dar, un hacer y un no hacer. Corresponde al deudor hacer la promesa, que tiene categoría de pena (obviamente, de pena civil), pero condicionada. La pena se hará efectiva en el caso de no cumplimiento de la prestación principal o cumplimiento de modo distinto. Sirve exclusivamente a esta y trata de asegurar su cumplimiento.

Diego Espín tiene una opinión interesante sobre la cláusula penal. Para él, es «un medio de garantía, de fortalecimiento de la obligación principal. Pero a esta función de garantía, esencial por su propia finalidad, se puede añadir otra función cuando la pena estipulada sustituya la indemnización ordinaria por falta de cumplimiento; esta segunda función da a la cláusula penal una mayor complejidad, planteando numerosos problemas derivados de la relación entre la indemnización de los daños y perjuicios y la pena, y hasta ha servido de base para elaborar un concepto erróneo de la cláusula penal, considerándola como la mera fijación convencional por anticipado de los daños y perjuicios que derivan del incumplimiento»⁹. La singularidad radica en la parte final de su pensamiento, es decir, pretender considerar a la cláusula penal como cálculo convencional anticipado de los daños y perjuicios y nada más. Sugiere el jurista español,

⁷ Enneccerus, Ludwig y Herinrich Lehmann. *Derecho de Obligaciones*, vol. I: «Doctrina General», Bosh Casa Editorial, Barcelona, 1954. p. 187.

⁸ *Ibidem*, p. 187.

⁹ Espín, Diego. *Manual de Derecho Civil Español*, segunda edición, vol. III: «Obligaciones y contratos», Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1961, pp. 314-315.

a nuestro entender, atribuir una función que escapa a tales criterios; que salga de esa camisa de fuerza y adquiera la jerarquía de sanción o multa económica por el no cumplimiento, en sus diferentes variables, ajena a los daños y perjuicios. Estos daños, de existir, serán resarcibles siempre, y la cláusula penal confiere al acreedor la ventaja de la estimación anticipada y el descargo de la prueba, pero también, debe convertirse en sanción alejada de tales basamentos. La pena por el no cumplimiento, cuando no represente daños y perjuicios, llegará a tener mayor eficacia y se convertirá en auténtico elemento de presión para el cumplimiento oportuno de la obligación principal.

LA CLÁUSULA PENAL Y LA OBLIGACIÓN ALTERNATIVA

Tradicionalmente, la cláusula penal ha sido considerada como una obligación con pluralidad objetiva, porque tiene más de una prestación. Esta circunstancia determina que puede ser comprendida dentro del grupo de las obligaciones compuestas, una de las cuales es la obligación alternativa. Tanto esta última como la cláusula penal, tienen pluralidad de objeto o de prestaciones. Y no se diga que solamente dos, porque eventualmente las prestaciones pueden ser más; ya que, como se comprenderá, siendo producto del acuerdo de voluntades, dependen de estas prestaciones posibles de ser admitidas. No obstante, existen profundas diferencias entre ambas obligaciones. La cláusula penal tiene, por lo tanto, autonomía estructural.

Pensemos primordialmente en la manera como protegen ambas obligaciones los intereses del acreedor. En la alternativa, existe una pluralidad de prestaciones de diferente especie pero del mismo valor; y es por eso que con el pago completo de una sola de ellas, el deudor cumple la obligación, se extingue el vínculo y las otras prestaciones se liberan. Es decir, bajo ninguna circunstancia ocurrirá la posibilidad de cumplimiento de todas las prestaciones. En realidad ni siquiera de dos de ellas. En la cláusula penal, llegado el momento de aplicarla por demora en la ejecución de la prestación principal, ambas prestaciones, la principal y la cláusula penal, deben ser ejecutadas. Esta última como adicional por el retardo; por su naturaleza accesoria.

En la obligación alternativa existe un solo vínculo jurídico, pese a comprender una pluralidad de prestaciones. En la penal, aunque haya sido establecida con la prestación principal, en realidad se trata de obligaciones distintas y con finalidades diferentes. La principal tiene su propio objeto independiente del contenido de la cláusula penal; por el contrario, esta depende de aquella, no tiene existencia propia y su objeto propio consiste en la sanción económica que se origina en los hipotéticos daños y perjuicios soportados por el acreedor como consecuencia de un retraso o incumplimiento de la principal.

La cláusula penal, además, es susceptible de ser pactada con posterioridad a la celebración de la principal, lo que no es posible en una alternativa.

Puede presentarse, sin embargo, una hipótesis singularmente sorprendente, donde el cumplimiento de la cláusula penal sustituye a la obligación principal. Este es el caso de la cláusula penal pactada para el supuesto de inexecución total. Ya no es posible la ejecución de la prestación principal, pues el pacto cubre precisamente esa hipótesis. Lógicamente, solo procede la ejecución de la cláusula penal en sustitución de la que le dio origen. Es decir, no procede la ejecución de ambas prestaciones. Pero en la alternativa será necesaria una elección respecto de la prestación que servirá para el pago, pues solo una de las prestaciones debe cumplirse. Esta elección puede corresponder al acreedor o al deudor. En la cláusula penal no hay nada que elegir, porque la prestación principal pereció, ya no existe y solo queda la penal. Y esta, por eso reemplaza a aquella.

La obligación alternativa no admite variantes en cuanto a su manera de cumplimiento, es decir, debe cumplirse por completo una de las prestaciones, en todos los casos. La penal, en cambio, en algunos supuestos se cumple conjuntamente con la principal, como en los casos de mora; y en otros solo ella es cumplida en reemplazo de la obligación principal, porque esta pereció. El pericimimiento de la prestación principal determina su inexecución total y habiéndose pactado lapenal, precisamente para este supuesto, solo ella queda por ejecutarse.

LA CLÁUSULA PENAL Y LA OBLIGACIÓN FACULTATIVA

No hay tampoco posibilidad de confusión entre la cláusula penal y la obligación facultativa. Aunque, bien es verdad que en ambas obligaciones existe una prestación principal y toda la obligación se regula por ella. También es verdad que en ambas puede otra prestación sustituir a la principal (por eso se la llama subrogante). Fundamentalmente, cuando la prestación principal perece o se hace imposible por culpa del deudor; procede el pago con la prestación sustituida. Sin embargo, en la obligación facultativa, la posibilidad de reemplazo es facultad exclusiva del deudor. Este determinará si paga la obligación con la prestación principal o cualquiera de las otras que tienen la calidad de subrogantes. En la penal, es al acreedor a quien corresponde exigir el cumplimiento de dicha cláusula, ante el pericimimiento de la prestación principal.

La obligación facultativa tiene doble naturaleza jurídica porque para el acreedor es obligación simple, ya que su derecho recae únicamente sobre la prestación principal. En cambio, para el deudor es obligación compuesta porque dispone su libre arbitrio de una pluralidad de objetos o prestaciones, con cualquiera de ellos a su elección. Pero siempre puede cancelar la obligación con uno solo. La elección es ajena en la obligación con cláusula penal. Por el contrario, la subrogación es una cuestión de hecho, ajena a la decisión de las partes, es decir, la cláusula penal llegará a sustituir a la principal, en el único supuesto de haber pericimido esta. Si no hay pericimimiento, no se da la posibilidad de exigir el cumplimiento de la cláusula penal. La

subrogación es inadmisibles.

En la obligación con cláusula penal, esta última se convierte en garantía de cumplimiento de la prestación principal, como elemento de presión; al punto que, si no se cumple la principal, se hará exigible la penal. Entonces, el deudor, para evitar el pago de la penal, deberá cumplir con la principal de la manera como ha sido pactada. En las obligaciones facultativas, el perecimiento de la prestación principal por culpa del deudor no acrece su responsabilidad ante el acreedor, porque tiene cualquiera de las otras prestaciones para el pago, no pudiendo negarse el acreedor a recibirlo. Y, además, con la entrega de una de las otras, el deudor está dando en pago al acreedor, un bien del mismo valor que tiene el bien principal.

LA CLÁUSULA PENAL Y LA OBLIGACIÓN CONDICIONAL

La cláusula penal tiene semejanza con una obligación condicional. Evidentemente, aquella no es obligación pura y simple, pues no se debe por el hecho de su celebración, sino por la circunstancia de un hecho futuro e incierto que al propio deudor le corresponde, esto es, el incumplimiento de la prestación principal o su retardo, según los casos. La condicional es también una obligación sujeta en su exigibilidad a un evento futuro e incierto que puede consistir en un hecho de la naturaleza, de un tercero o del mismo deudor.

En esta última hipótesis, se aprecia claramente la semejanza aludida, porque la condición consiste en un acto personal del deudor. Entonces, ambas dependen del mismo factor potestativo. Sucede con la cláusula penal que no llegará a ser exigible para el deudor cuando este cumpla normalmente con la prestación principal. Precisamente este hecho, el del cumplimiento, resultará determinante. En otros términos, el hecho puesto como condición para que la cláusula penal se haga exigible es el hecho del no cumplimiento o retardo; o sea, si no se produjese tal incumplimiento o retraso, no habría lugar a la exigencia de cumplimiento, esta vez, de la cláusula penal. Igualmente, en la obligación condicional, mientras no se cumpla el hecho puesto como condición, ella no es exigible; en cambio será exigible si tal hecho llega a cumplirse. Los puntos de coincidencia, empero, solo hasta allí llegan.

En la condicional, el hecho puesto como condición puede consistir en algo de naturaleza totalmente ajena a la voluntad del deudor, como decir un premio de lotería, la obtención del título profesional por un tercero, el campeonato obtenido por el equipo de nuestra preferencia, etc. Mientras que en la penal se trata siempre de un acto personal suyo. Y este hecho personal está vinculado con la prestación principal; tiene que ver con la inejecución o retardo respecto de ella. Por otro lado, su interés radica en evitar el cumplimiento del hecho para no hacer exigible la pena. En buena cuenta, deberá esforzarse para que no se cumpla con el hecho; mientras que

en la obligación condicional es lo contrario, es decir, hacer posible el cumplimiento del hecho para hacer exigible la obligación.

LA CLÁUSULA PENAL Y LAS ARRAS

Tampoco puede confundirse la cláusula penal con las arras, a pesar de que ambas participan de la naturaleza accesoria, ya que siempre estarán vinculadas a una obligación principal. La vigencia autónoma de las dos, sin vinculación alguna a una obligación que las anteceda, es imposible. Esa que las antecede es siempre una obligación principal. Sin esta no pueden existir ni subsistir. La suerte de ambas depende de la principal. No hay obligación de cláusula penal ni hay obligación de arras, por sí solas. Lo que hay es obligación con cláusula penal y también obligación con arras.

Ninguna se presume, porque expresamente deben encontrarse pactadas. Son, en todo caso, pacto especial dentro de las obligaciones. Su presencia en las obligaciones no es indispensable. Solo el interés de las partes puede lograr su inclusión, con finalidades también precisas. Su accesoriadad las convierte en descartables, porque las obligaciones sin ellas cumplen siempre y fielmente sus propios fines. No obstante, los sujetos pueden adicionar la obligación con ellas, para casos concretos. Forman parte del universo de los accesorios y en virtud del principio de accesoriadad, una vez establecido, siguen la suerte de la principal.

La más importante distinción entre ellas es que tienen direcciones opuestas, objetivos distintos y, por lo mismo, los usos que prestan se contraponen. En efecto, la cláusula penal sirve para asegurar el cumplimiento de la obligación principal a la cual está unida; garantiza su cumplimiento, pues sabe el deudor que pende sobre él una sanción económica si por alguna razón no puede hacer realidad tal cumplimiento. Lo hemos dicho, está pactada para el caso de incumplimiento o retardo en el cumplimiento de la principal.

En cambio, las arras, fundamentalmente, debilitan el vínculo. Claro está, nos estamos refiriendo a las únicas arras que tienen importancia jurídica destacable, como son las arras penitenciales. Las arras confirmatorias han perdido transcendencia y se han convertido en auténtico pago inicial. Entonces, las penitenciales (ahora denominadas de retractación) cumplen precisamente con deshacer el vínculo jurídico. Pero no como incumplimiento o inejecución, sino como un verdadero derecho: el derecho de apartarse. En ambas hay sanción económica, pero en la penal es a título de daños y perjuicios estimados con anticipación; en cambio en las arras es a título de arrepentimiento, por eso se la llama multa de arrepentimiento. Nada de daños y perjuicios.

LA CLÁUSULA PENAL EN NUESTRA LEGISLACIÓN

El art. 1341º del Código Civil expresa: «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». La cláusula penal es producto de un pacto. No se trata de cláusula implícita como ocurre en otros casos. Por lo tanto, resulta de interés el texto declarado para establecer sus alcances. Dada la variedad de contenidos, permitidos por sus distintas modalidades, el que aparece enunciado en el dispositivo transcrito es solo uno de ellos, acaso el de mayor transcendencia, porque la penalidad está referida al incumplimiento de la prestación principal. Es que lo más grave que puede ocurrirle a una obligación es su incumplimiento, no solo su simple retardo, porque en este, finalmente, la prestación será ejecutada, pero en aquella no.

Sin duda, la norma está referida a toda clase de obligaciones, dar, hacer y no hacer, como prestación principal. La cláusula penal, por su parte, genéricamente contiene una suma de dinero, aunque nada impide que consista también en otros bienes. Total, depende del pacto. Y en este, las partes son libres de establecer lo que convenga a sus intereses. El incumplimiento como presupuesto de la penalidad, debe ser doloso o culposo, porque si es consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, el deudor no es responsable. Sabemos que tanto el caso fortuito como la fuerza mayor, son eximentes de responsabilidad. Esa conducta dolosa o culposa, se entiende, causa perjuicios al acreedor. Luego, este tiene perfecto derecho a reclamar una indemnización, un resarcimiento. La indemnización proveniente del incumplimiento es, que duda cabe, la compensatoria. Además, no puede ser de otro modo porque el incumplimiento es el no cumplimiento definitivo, la inejecución total. A este incumplimiento se llega por el perecimiento del bien, porque el bien dejó de existir; solo porque ya no existe se hace imposible su ejecución. Consecuentemente, el retardo está excluido del presupuesto fáctico del dispositivo que estamos comentando.

Siendo compensatorio el resarcimiento, este se calcula en una suma de dinero, preferentemente. De conformidad con criterios uniformes de la doctrina, legislación y jurisprudencia, el cuántum indemnizatorio tiene como base el valor real del bien que pereció, al que debe agregarse una adición prudencial a título de perjuicios específicos. Quedando establecido de esa manera el monto del valor contemplado en la cláusula penal, resulta de justicia «limitar el resarcimiento a esta prestación», es decir la penalidad. Entonces, el monto de la pena debe ser mayor al de la prestación principal, porque solo así se logrará persuadir al deudor para no incurrir en los comportamientos que deriven en tal incumplimiento. Y también de no ser así, la cláusula penal no

podría ejercer presión contra el deudor para el cumplimiento, que es en realidad su función preventiva. La máxima utilidad de la cláusula penal radica en constituirse o desempeñarse como garantía del más alto nivel, fortaleciendo el vínculo obligacional. El deudor está advertido de la sanción económica, a título de pena, que puede aplicársele si no cumple normalmente con la prestación principal. Por eso, debe preocuparse en evitar la sanción económica.

El daño por el que responde el deudor es el directo e inmediato. Normalmente no responde por más. Sin embargo, puede asumir expresamente la responsabilidad por el daño ulterior. Es decir, debe declararlo en el pacto, en forma indubitable. El daño ulterior es el que se produce mediatamente, por lo tanto, no es previsto. Es el imprevisto el que puede presentarse o no. La casuística determinará su existencia. Se le aprecia también como el efecto retardado del incumplimiento, pues puede llegarse a él mediante una cadena de sucesos. No obstante es aleatorio. Por ejemplo, el incumplimiento doloso como consecuencia de la pérdida de medicinas necesarias para la curación de ganados de propiedad del acreedor, determinando la muerte de todos ellos; esto impide la venta del ganado, el no pago de deudas contraídas con anterioridad, la quiebra económica de su empresa y su posterior disolución. El daño previsto solo consiste en la muerte del ganado; y todo lo demás es daño ulterior. La responsabilidad por daño ulterior debe estar expresamente asumida por el deudor en declaración especial, para que le sea exigible. En tales circunstancias, la penalidad pagada en su totalidad se convertirá en parte de los daños y perjuicios cuando estos fueran mayores en su monto.

En cuanto al daño ulterior, de existir, será siempre de mayor monto que la penalidad, pues esta se ha pactado para los perjuicios previstos y directos, no para los otros. Por eso, evidentemente, alegando daño ulterior por el acreedor, este debe probarlos tanto en su existencia como en su cuantía. Ahora bien, si la penalidad constituye el cálculo anticipado de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, haciendo inútil así cualquier acción pretendida por el acreedor solicitando el pago de daños y perjuicios (porque sería el doble pago que no está permitido por el derecho), tenemos que con el daño ulterior, habría lugar al pedido ulterior, habría lugar al pedido judicial de pago de daños y perjuicios al margen del cobro de la penalidad pactada. Hay aquí una singularidad interesante. Pues hay que admitir, entonces, la posibilidad de solicitar judicialmente el pago de daños y perjuicios y además cobrar la penalidad, no solo en el caso que acabamos de comentar, sino también en otras situaciones, como veremos más adelante.

A todo esto, hay que anotar una observación: el dispositivo menciona a los contratantes, y esto pareciera darnos a entender que la cláusula penal solo tiene vigencia en la contratación. Esto no es verdad, porque su uso puede hacerse en otros casos. Por ejemplo, en los testamentos, para sancionar a los herederos que no quisieran cumplir con los legados u otros encargos. Los contratos son de diversa jerarquía y aquel de mayor servicio social es el de compra-venta. La penalidad

en esta hipótesis podría pactarse en contra del vendedor como del comprador, «uno de los contratantes». En una relación obligacional, la pena se impone contra el deudor y no contra el acreedor. Tal orden de ideas debió seguirse con la cláusula penal.

Con el pago de la penalidad, que constituye en su cuantía la inclusión del valor económico del bien debido, la contraprestación ya no puede ser devuelta, porque se estaría gravando en exceso la situación económica del deudor duplicándose su responsabilidad. En efecto, en el monto del resarcimiento considerado como indemnización compensatoria, ya está contemplado el valor de la contraprestación. Y al disponer la ley la devolución de la contraprestación si la hubiera, nos encontramos con que por un lado se paga el valor de dicha contraprestación con la penalidad y, por otro lado, la misma contraprestación deberá ser devuelta por el deudor. Claramente se aprecia la duplicidad. Consecuentemente, esa no puede ser la interpretación correcta del art. 1341° del Código Civil, al amparo del principio que no se permite, en ningún caso, el abuso del derecho. Pongamos por ejemplo el siguiente caso: el comprador, para asegurar la entrega de un automóvil adquirido cuyo precio pagado fue de S/. 20 000 logra incluir la cláusula penal para el supuesto de incumplimiento, consignando una penalidad a título de indemnización compensatoria, la suma de S/. 25 000. Llegado el caso de incumplimiento, deberá pagar los S/. 25 000, empero ya no habrá lugar a la devolución del precio consistente en S/. 20 000, por constituir una duplicidad inaceptable. Desde este punto de vista, nos parece que debe suprimirse la parte del dispositivo que dice: «y a que se devuelva la contraprestación si la hubiere».

LA CLÁUSULA PENAL EN LA MORA Y EN UN PACTO DETERMINADO

Prescribe el art. 1342° del Código Civil: «Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho de exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación». Su antecedente inmediato está en el art. 1225° del Código Civil derogado. Con esta norma, se llega a establecer con precisión tres situaciones concretas para las cuales se puede pactar la cláusula penal: 1. Para la ejecución completa de la prestación principal; 2. Para el cumplimiento oportuno, esto es, el retardo o mora; y 3. Para la ejecución de algún extremo determinado o cláusula especial. Con tan diversas modalidades, generadas por el interés del acreedor (pues solo él determinará la modalidad pactada correspondiente al caso concreto), hemos de admitir la existencia de diferentes clases de cláusula penal. Es más, nada impide que con relación a una misma prestación principal se pacten todas ellas en cláusulas separadas, porque evidentemente si la penalidad se pacta para una sola de las hipótesis y luego ocurre otra, tal cláusula resultará inaplicable. No se puede extender por analogía. Por ejemplo, si la penalidad está dirigida a garantizar la ejecución total, no procede aplicarla al caso de mora. No cabe aplicar el aforismo: quien puede lo más puede lo menos.

Acabamos de referirnos a la acumulación de cláusulas penales que podrían pactarse en relación a una misma prestación principal, o sea, una para el supuesto de incumplimiento total; otra para asegurar un extremo determinado de la misma; y otra, en fin, para el retardo. En tales hipótesis, la casuística resolverá el problema de aplicación: si proceden todas ellas o solo alguna. La acumulación de penas no siempre permite la acumulación de su exigencia. Otra cosa es la acumulación de la prestación principal y la penal. El dispositivo anterior precisa que no se pueden acumular ambas prestaciones: la principal y la penal, cuando esta última se ha pactado para el caso de inejecución, porque el acreedor tendría entonces dos veces la prestación: en su forma originaria y en su forma de sanción pecuniaria. Esta duplicidad es inaceptable en derecho. Pero no lo es cuando la penal está referida a la mora o a una cláusula especial de la prestación principal. En ambas situaciones no existe inconveniente para exigirse acumulativamente el cumplimiento tanto de la principal como de la penal.

De lo expuesto se colige que el contenido de la cláusula penal, la declaración expresada en ella, es de suma importancia. Deberá decirse si lo convenido corresponde al incumplimiento, al retardo o a garantizar algún extremo determinado. ¿Qué pasaría sin la precisión? La cláusula penal se declaró expresamente y forma parte de la obligación en su calidad de accesorio, pero no se especificó el caso. La interpretación en esta hipótesis no podría decidirse por lo más favorable al deudor, ni tampoco puede alegarse la nulidad de la cláusula. La fórmula es clara: la cláusula penal tiene fundamentalmente como finalidad garantizar el cumplimiento de la prestación principal, por lo tanto, debe considerarse que ella ha sido pactada para el caso de inejecución total.

El monto de la cláusula penal pactada para el caso de mora o aseguramiento de una cláusula especial es, indudablemente, mucho menos elevado que el de la otra, porque esta tiene la calidad de verdadera indemnización compensatoria por la inejecución total. En cambio, en la mora, la prestación principal será siempre ejecutada, a destiempo o con retraso, pero cumplida al fin. Y en el caso de la cláusula determinada, los posibles perjuicios alcanzarán el volumen de un incumplimiento total. En la mora debe tenerse presente dos situaciones, porque así corresponde a su naturaleza. Todo depende de cómo ha sido pactada. Nos referimos a la interpelación, porque la regla general es que no procede de pleno derecho. Es decir, será plenamente necesario constituir jurídicamente en mora al deudor, y esto se logra mediante el emplazamiento para el cumplimiento o pago. Con el emplazamiento recién el deudor está en mora, a menos que también esté pactada, adicionalmente, la mora expresa, con la cual el simple vencimiento del plazo respecto de la prestación principal resulta suficiente para la mora y, por lo tanto, la exigencia de la penalidad por ella.

También es de interés discriminar respecto del caso fortuito o fuerza mayor porque estas causas son eximentes de responsabilidad, no solamente en cuanto a la prestación principal sino también en cuanto a la penalidad. Si la causa del incumplimiento o la mora es el caso fortuito o

fuerza mayor, el deudor no tiene responsabilidad y, obviamente, se libera. Sin embargo, nada extraño sería que la penalidad cubra también esa eventualidad. En ese caso, el deudor no se libera y deberá ejecutar tanto la prestación principal como la penalidad por incumplimiento total, porque la prestación principal se ha hecho imposible, pues solo en caso de imposibilidad el incumplimiento es definitivo. Si la prestación aún se puede ejecutar, aunque fuese a destiempo, estamos ante la mora y no ante la inejecución.

La hipótesis normada en el art. 1342º de nuestro Código Civil actual da lugar a situaciones singulares, llegándose al caso de poder solicitar el cumplimiento de la prestación principal, de la penalidad, y además exigir la indemnización de daños y perjuicios. Con lo cual estaríamos cuestionando la noción aparentemente unánime de considerar a la cláusula penal como la estimativa anticipada de los daños y perjuicios que el deudor puede causar a su acreedor por el incumplimiento o cumplimiento irregular de la prestación principal.

Tampoco sería extraño que llegaran a ser exigibles las diferentes penalidades si quedara perfectamente establecido que corresponden a daños y perjuicios también distintos. León Barandiarán tiene, sobre el particular, la siguiente opinión: «No hay inconveniente para que se estipule una pena convencional para el supuesto de inejecución, y otra para el retardo; y en tal caso, ambas penas podrían acumularse para considerar daños y perjuicios diferentes (Demogue).

También podría estipularse la cláusula penal, sin perjuicio de que el deudor quede responsable por daños y perjuicios compensatorios; teniendo entonces la cláusula penal el carácter de un simple mínimo en relación al monto de la reparación por la culpa contractual»¹⁰.

Castañeda, por su parte, expresa: «Cuando la pena ha sido convenida para el caso de inejecución total, y el incumplimiento del deudor aparece sobre una cláusula especial del contrato, no se considerará que ha existido completa inejecución. Solo cabría demandar el cumplimiento y la indemnización por los daños. Sin embargo, si la pena fue pactada para asegurar el cumplimiento de esa cláusula especial del contrato, es obvio que se puede exigir la penal y la ejecución de las otras cláusulas contractuales. Pero si tampoco hubieren sido cumplidas las estipulaciones contenidas en las demás cláusulas, se puede exigir la penal establecida para cláusula determinada, más los daños y perjuicios que ocasiona el incumplimiento de las otras cláusulas»¹¹. Y más adelante corrobora tales criterios, diciendo: «El acreedor puede, además de la pena, exigir indemnización por otros daños, siempre que la pena hubiere sido estipulada para un fin predeterminado y se

¹⁰ León Barandiarán, José, *Ob cit.* pp. 195-196.

¹¹ Castañeda, J. E. *Ob cit.* pp. 182-183.

hayan producido otros daños derivados de causas distintas de aquella para la cual la pena fue convenionada. Por ejemplo, si la pena se convino para asegurar una relación accidental»¹².

VENTAJAS DE LA CLÁUSULA PENAL PARA EL ACREEDOR

Dispone el art. 1343° del Código Civil: «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». En la primera parte de este dispositivo, que es igual al art. 1224° del Código Civil derogado, se encuentra inmerso el principio fundamental de nuestra teoría legal sobre la cláusula penal: ser considerada como los daños y perjuicios anticipadamente cuantificados para el caso de incumplimiento de la prestación principal. Esta estimativa se produce, obviamente, al momento de la celebración, cuando nada hace suponer que habrá de producirse una mora o inejecución. Estos hechos, computados al momento de la celebración, son futuros e inciertos, pueden presentarse o no. Nos estamos refiriendo a los hechos de la mora o inejecución. Al presentarse cualquiera de ellos, los daños y perjuicios se presumen. La presunción de daño no solo termina con su existencia, sino con la exigibilidad de su resarcimiento. Y en cuanto a su monto, ya está anteladamente calculado. ¿Puede haber mayor ventaja para el acreedor? «Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio», era el texto del art. 1224° derogado. No se discute el perjuicio. Basta con la mora de la prestación principal o con su inejecución definitiva y total.

Puede el acreedor no haber sufrido perjuicio alguno, y no obstante el deudor estará obligado a la penalidad. El acreedor está eximido de alegar perjuicio y puede pedir directamente la satisfacción de la pena. A su turno, el deudor no puede rechazar la pena, expresando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno; ni aun cuando logre probar que efectivamente no ha existido daño. Es que la cláusula penal tiene por finalidad evitar toda discusión sobre su existencia y también sobre su cuantía. Ya lo establecieron de antemano. Por tanto, cualquier discusión huelga. Si, como sabemos, el caso fortuito y la fuerza mayor benefician al deudor, liberándolo de toda responsabilidad, la carga probatoria para enervar tal beneficio no le corresponde al acreedor. En cambio, el deudor sí debe acreditar su inculpabilidad, demostrando que la inejecución o la mora, según los casos, se deben a situaciones no imputables a él. Si lo lograra, no solo se liberaría de la penalidad sino de la principal misma.

Resumiendo: las ventajas que la cláusula penal proporciona al acreedor son las siguientes:

- a) En primer lugar, el acreedor queda libre de la carga procesal de probar que el incumpli-

¹² Castañeda, J.E. Ob. Cit. p

miento de la prestación principal por el deudor, le ha ocasionado daños y perjuicios; también queda libre de probar la naturaleza de estos. Los perjuicios se presumen, *iuris et de iure*, no admitiendo prueba en contrario. Puede el deudor llegar a probar que efectivamente el acreedor no ha sufrido daño alguno con el incumplimiento o mora de la prestación principal; puede incluso llegar al extremo de probar que ha obtenido beneficio, y, no obstante, los perjuicios se tienen por dados.

b) En segundo lugar, tampoco existe obligación de acreditar la culpa del deudor en el incumplimiento o mora de la prestación principal. La culpa igualmente se presume, pero sin presunción *iuris tantum*, porque el deudor tiene, al menos, la posibilidad de acreditar su inculpabilidad. Esta inculpabilidad a su vez, lo obliga a demostrar fehacientemente que la inajecución o mora se han derivado de caso fortuito o fuerza mayor.

c) En tercer lugar, de la misma manera se evita el acreedor de cualquier discusión sobre la cuantificación del resarcimiento. El monto está ya fijado de antemano y no puede sufrir variación. No se trata de presunción porque se encuentra expresamente declarado. Esta ventaja guarda correlación con la primera; pues si la penalidad resulta exigíole a pesar de haberse probado por el deudor que su acreedor no sufrió perjuicio, mal puede permitirse que altere por decisión suya dicha cuantificación. No obstante, excepcionalmente, puede el deudor pedir judicialmente la reducción de la penalidad, cuando sea manifiestamente excesiva o se presentan situaciones análogas que el propio legislador ha contemplado. En aras de la equidad y prudencia y siempre que sea notoria la extralimitación en la fijación de dicha cuantía, el pedido de reducción está autorizado, como veremos más adelante.

La segunda parte de este dispositivo señala la procedencia de la penalidad únicamente cuando el incumplimiento de la obligación principal se debe a causa imputable al deudor, esto es, dolo o culpa. Porque si la causa es el caso fortuito o fuerza mayor, el deudor no responde; siendo esta una regla general y elemental en materia de responsabilidad civil. A menos, claro está, que, como lo dice la propia ley, se haya pactado lo contrario, o sea, que el deudor quedaría siempre responsable pese a la causa no imputable que ocasiona el incumplimiento o la mora de la obligación principal. Debemos aclarar que lo expresado en esta parte, no contraría lo que acabamos de sostener en el párrafo b). Al establecer que solo habrá lugar a la penalidad cuando el incumplimiento de la principal se deba a culpa o dolo del deudor, no significa que el acreedor está obligado a probar tal dolo o culpa. Por lo tanto, si la ley exige tales causas imputables, le está concediendo al deudor la posibilidad de acreditar la existencia de causas no imputables a él, que han intervenido para su incumplimiento o mora. El derecho a demostrar su inculpabilidad no lo pierde el deudor.

OPORTUNIDAD DE LA ESTIPULACIÓN

Prescribe el art. 1344° del Código Civil: «La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior». El art. 1223° del Código Civil derogado legislaba exactamente lo mismo. Regularmente, la cláusula penal es pactada juntamente con la obligación que le da origen, pues su razón de ser es estar permanentemente vinculada a ella. No se la concibe independiente. Ningún motivo ni justificación habría para que una persona se obligue ante otra al pago de una penalidad, si no existiese entre ambas una obligación principal.

Se ha dicho que presta, en primer término, una garantía preventiva, y para la eficacia de esta garantía debe estar pactada antes de la ejecución. Por eso, también, admite el dispositivo, la posibilidad de pactarse la penalidad por acto posterior a la celebración de la principal. Acto posterior, pero antes de la ejecución, antes del vencimiento del plazo para cumplir. La garantía preventiva consiste en una advertencia permanente, en una presión o una coacción para que el deudor cumpla con la prestación principal en el plazo convenido o en el momento que corresponda si se ha incluido una condición suspensiva. Desde que puede pactarse con posterioridad a la celebración, la estipulación en sí misma es un verdadero negocio jurídico, requiriéndose la concurrencia de todos los elementos propios de él.

Una cuestión debatida consiste en la formalidad de la cláusula penal, cuando le corresponda ser pactada en acto posterior. Deberá observarse cómo se encuentra celebrada la obligación principal en el caso concreto. Porque, genéricamente, la forma no es exigible como condición de validez para la cláusula penal. Hay pues que recordar su naturaleza accesoria y aplicar el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, en toda su dimensión. Si la obligación principal ha sido constituida mediante la observancia de una formalidad determinada, resulta indiscutible que la penalidad estipulada posteriormente debe igualmente cumplir con la misma formalidad. De no ser así, no podría integrarse jurídicamente. Como acto jurídico *in abstracto*, la cláusula penal puede celebrarse consensualmente, pero el simple consentimiento resultaría insuficiente si para el acto principal se requiere de una solemnidad. La tesis contraria, en cuanto considera innecesaria la formalidad, optando por el simple consentimiento, aunque la obligación principal sea solemne, no resulta convincente en sus argumentaciones. Concluyendo entonces: la cláusula penal será acto formal si así lo es la principal; y será meramente consensual si así lo fue la principal al celebrarse.

NULIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

Ordena el art. 1345° del Código Civil: «La nulidad de la cláusula penal no origina la de la obligación principal». Ya lo dijimos: la cláusula penal es accesoria. Este carácter le hace seguir el destino de la obligación principal. Se encuentra en una relación de dependencia con ella. Por eso no puede influir en la existencia de la dicha obligación. Y, obviamente, su nulidad en tanto cláusula penal no ocasiona la de aquella que le permite su existencia propia. Es más, la nulidad de la prestación principal sí acarrea la nulidad de la cláusula penal; y como la nulidad de la cláusula no influye para nada en la principal, cuando llegue el momento de la inejecución o la mora, el acreedor hará uso de los medios normales, es decir, exigirá el pago de los daños y perjuicios mediante la acción judicial pertinente. Se dice, con justa razón, que la cláusula penal no tiene capacidad para crear por sí misma intereses jurídicamente protegidos, porque constituye un medio de seguridad para el cumplimiento de una prestación principal legítima.

El art. 1345° del Código Civil tiene su antecedente en el art. 1226° del Código Civil derogado. La declaración legal es obvia en virtud del principio *accessio cedit principale*, pero los diferentes problemas que genera esa relación son de real importancia jurídica, sobre todo, si tenemos en cuenta que se dan diversas formas de actuación de la penalidad: a veces debe ser ejecutada juntamente con la principal; y otras, sin ella, porque la sustituye en su calidad de subrogante. En este último caso, puede haberse pactado la penalidad precisamente para la hipótesis de que la principal deviniera ineficaz o nula. Tal sucede cuando la prestación principal se hace imposible, es decir, perece por caso fortuito y fuerza mayor, habiéndose pactado la cláusula para tal supuesto. Entonces, la regla de que la nulidad de la prestación principal acarrea la nulidad de la cláusula penal, no es absoluta. Presenta excepciones. En el ejemplo que hemos aludido, la extinción de la prestación principal se ha producido por falta de objeto y normalmente la obligación debe quedar resuelta; empero, si la penalidad protege esa eventualidad en concreto, obviamente no acarrea la resolución también de la penal, sino por el contrario, la hace aplicable, la pone en acción, entonces el deudor abonará la penalidad evidentemente.

Abundando en argumentos en relación a lo expuesto en el punto anterior, debe mencionarse la solución propuesta como una excepción a la regla que considera al caso fortuito o fuerza mayor como causal eximente de responsabilidad. Otra cosa es que el bien perezca por culpa del deudor, habiéndose pactado la penalidad como daños y perjuicios anteladamente calculados, si se produjese tal acontecimiento; pues la penalidad, conforme a la doctrina del código, tiene esa naturaleza: convertirse en el resarcimiento de perjuicios. En el otro caso, donde no hay culpa del deudor, la aplicación de la pena procedería en virtud de la asunción de riesgos voluntariamente aceptada por él. Lo que sí resultaría inaceptable es la procedencia de una penalidad cuando el bien llegue a perecer por culpa del acreedor: la extinción de la principal acarreará la de la cláusula penal.

REDUCCIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Contemplada en el art. 1346° del Código Civil en los siguientes términos: «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 propuesta original relativa a la reducción estaba orientada únicamente a los casos de cumplimiento irregular de la obligación, eliminando el supuesto de la penalidad «manifiestamente excesiva». En su lugar se adoptaba una serie de reglas con topes máximos de porcentajes de valor para la penalidad tomando como base el valor de la prestación, declarándose la nulidad de los excesos pactados sobre dichos límites. Este criterio no fue compartido por la Comisión Revisora y resultó este dispositivo, que es, en esencia, una repetición del art. 1227° del código derogado.

Resulta interesante la reflexión formulada por el ponente de la propuesta no aceptada y puede servir de pauta para la formulación de futuras modificaciones. El fundamento aludido dice: «Es cuestionable, al analizarse la finalidad de la cláusula penal, la solución de que el juez deba reducirla «equitativamente» cuando sea «manifiestamente excesiva» tal como lo ordena el art. 1227° citado. Para que los jueces estén en aptitud de acceder a la reducción de la pena «manifiestamente excesiva», tendrá necesariamente que ventilarse en juicio la eventual existencia y cuantía de los daños y perjuicios.

Los jueces no pueden pronunciarse tan solo con criterio de conciencia, porque las relaciones contractuales aseguradas por la cláusula penal son, generalmente, complejas. En caso contrario, si el juez utilizara únicamente su criterio de conciencia, se constituiría en un pretor que podría incurrir en arbitrariedad¹³. Más adelante refuerza su tesis, explicando: «Si la cláusula tiene el propósito, justamente, de evitar la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía, parece claro que el art. 1227° del Código Civil vigente [se refiere al de 1936] desnaturaliza la institución. No evita en modo alguno el debate. Es más, induce necesariamente a él, porque ¿cómo podría un juez, sin la existencia de un litigio, decidir si la pena es «manifiestamente excesiva»? Ello conduce, en definitiva, a lo que se trató de evitar: la controversia sobre la existencia de los daños y su monto. Y, en este orden de ideas, no se libera al acreedor de las dificultades que puede presentar la prueba del perjuicio; ni el arbitrio judicial en su estimación ni la institución alcanzan a constituirse en un medio conminatorio eficaz para compeler al deudor a cumplir sus obligaciones»¹⁴.

¹³ *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1980. p. 342.

¹⁴ *Ibidem*, p. 342.

Sin duda, no le falta razón en cuanto orienta sus críticas a evitar la aparición del conflicto que la cláusula penal elimina, respecto de la probanza y cuantía de los daños y perjuicios por el incumplimiento.

Las posiciones doctrinarias en torno al problema de la reducción judicial de la pena, oscilan entre los principios de inmutabilidad y utilidad de la cláusula, por un lado, y el de imperativo de equidad, por el otro. Los primeros, representados por la Escuela Francesa seguida por la mayoría de las legislaciones; y el segundo, por la Escuela Alemana. La inmutabilidad conlleva, además, la seguridad y estabilidad de las convenciones; logra el objetivo de la cláusula penal, como elemento coercitivo para el cumplimiento de la prestación principal; no concede al deudor la posibilidad de burlar, llegado el momento, la aplicación de la pena mediante el reclamo judicial de reducción; tampoco da pautas para actos de deslealtad jurídica, pues habría de reclamar el obligado respecto de lo que originariamente prometió. Sin embargo, sostienen los impugnadores del principio de inmutabilidad, que debe impedirse el abuso de la libertad contractual, que se traduciría en la explotación usuraria del deudor.

Ante tan contrapuestas tesis, debe buscarse un punto medio de conciliación, donde respetándose los criterios de cada posición, se adopte la solución adecuada. Esta parece ser hasta ahora, la del anteproyecto aludido. La reflexión debe buscar fórmulas alternativas.

Nuestro art. 1346° se adhiere a la tesis alemana y concede al deudor el derecho a pedir, judicialmente, la reducción equitativa de la pena cuando: 1. Sea manifiestamente excesiva; 2. La obligación principal hubiese sido cumplida en parte; y 3. La obligación principal sea irregularmente cumplida. La facultad concedida al juez es para reducir y no suprimir la penalidad.

Parece, sin embargo, que con los mismos fundamentos pueden hacerse ambas operaciones, sin abandonar la equidad. Pues se trata, en esencia, de una comparación de valor en su contexto económico: el monto de la penalidad no guarda relación, es decir, no contiene equivalencia con el cuántum de los perjuicios. La pena resulta manifiestamente excesiva: algo así como que los perjuicios equivalen a cien nuevos soles y la pena convencionalmente ha sido acordada en mil nuevos soles. El exceso es manifiesto. Se hace, pues, sobre la comparación de valor. Consecuentemente, cuando resulta manifiesto que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno, la pena merece ser suprimida, pero no es así, porque la pena se aplica sin el requisito de acreditar la existencia de tales perjuicios. Nos parece una incongruencia. Total, la reducción hace factible discutir los perjuicios, contrariando la naturaleza jurídica de la cláusula, que se impone a guisa de daños y perjuicios anticipadamente calculados, no requiriéndose alegar perjuicios. Por eso, bastará demostrar la producción del hecho condicional contemplado para hacer aplicable la penalidad. Habrá reducción cuando se demuestre que los perjuicios son mucho menores a los

considerados previamente. ¿Cómo haría el juez para reducir la pena cuando quede demostrado que en realidad el acreedor no ha sufrido perjuicio con el incumplimiento de la prestación principal? La decisión del juzgador se basará en su libre arbitrio. Problema no contemplado en el ocasionado por el supuesto de acreditarse mayores perjuicios, que hacen lugar a un monto superior a la penalidad; ¿podrá el juez elevar el monto de la pena? Porque si está facultado para reducir, debe estar también para aumentar.

León Barandiarán transcribe de Func, la siguiente reflexión: «La pena debe ser razonablemente proporcional al daño sufrido por el acreedor y a los intereses en juego. Eventualmente, el juez podrá aun suprimir toda pena. El deudor no podrá renunciar de antemano a la reducción, pero si él ya ha cumplido con la pena, el juez no podrá reducirla posteriormente»¹⁵. Pero León Barandiarán sostiene que dentro de nuestra legislación no puede el juez descartar la pena y tal criterio lo fundamenta en el texto de la ley que solo habla de reducción y no de eliminación total de la pena, concluyendo que: «En realidad, con la facultad otorgada al juez, de reducir la pena, ya se ha vulnerado el principio de utilidad que la cláusula tiene; fijar anteladamente los daños y perjuicios. Se sacrifica esta conveniencia en aras de un imperativo de equidad, permitiéndose la reducción. Bien. Pero no se debe ir más allá. De otro modo, la *stipulatio poenae* quedará expuesta a ser rezagada como una de existencia precaria y de fortuita eficacia»¹⁶. Evidentemente, la ley ha facultado al juez para reducir el monto de la cláusula penal y no para eliminarla. La prueba de que la pena es manifiestamente excesiva corresponde al deudor. Otra cuestión adicional: la reducción no se aplica de oficio sino a petición del deudor.

Las otras dos cuestiones contempladas en la ley se reducen a la noción de cumplimiento irregular, porque doctrinariamente, cumplimiento irregular comprende el parcial, tardío y defectuoso. Se encuentra incluido entonces el caso de mora. En cambio está fuera de la previsión la pena que se refiere a la seguridad de un pacto determinado contemplado en el art. 1342º del Código Civil. Se dirá que no hay razón para excluir la penalidad de algún pacto especial, porque los fundamentos de la reducción resultan aplicables para todas las hipótesis por su generalidad pero, entonces, el legislador no habría circunscrito la regla a casos específicos. Cuando la ley precisa no cabe extenderla por analogía. Retornando al dispositivo, bueno es precisar que el caso de cumplimiento parcial se da por aceptación del acreedor, porque como bien sabemos, el deudor no puede obligar al acreedor a recibir el pago por partes. Procederá solo si el acreedor lo admite, ya que tiene derecho a rechazarlo. Además, habrá de tenerse en cuenta si el pago parcial ha generado utilidad o no. Los mismos criterios son válidos para los otros presupuestos de cumplimiento irregular.

¹⁵ León Barandiarán. *Ob. cit.* p. 195

¹⁶ León Barandiarán. *Ob. cit.*, p. 196.

Tal como ha sido apreciada la utilidad de la cláusula penal y la permisión legal, es susceptible la existencia en un mismo caso de varias cláusulas penales. Esto es, una para el supuesto de incumplimiento total, otra para la mora, otra para el cumplimiento parcial, etc. En esta hipótesis, es obvio que si sucede alguna otra circunstancia no contemplada, pese al pacto, la penalidad no resulta aplicable. Se deduce esto de la naturaleza convencional de la cláusula. Hay que atenerse al texto. Por eso no somos del criterio que admite la reducción de la pena, cuando habiéndose pactado para el caso de inexecución solo acaece la mora o el cumplimiento parcial o defectuoso o cualquier otra circunstancia, porque no se está produciendo el presupuesto que la hace operable. Debe respetarse la voluntad expresada en la convención. Es por eso, también, que somos partidarios de la acumulación de cláusulas penales. Así podremos entender con claridad cuándo es correcta la penalidad. El caso de inexecución exigirá un monto mayor; el de los otros, uno mucho menor. La acumulación excluye en principio la posibilidad de ser todas ellas aplicables. No se podrá, por ejemplo, ejecutar la cláusula pactada para el caso de inexecución total cuando solo se produce la mora o cualquiera de los otros casos menores.

Finalmente, compartimos plenamente la opinión de nuestro maestro J. E. Castañeda en relación a estos problemas. Él dice: «Cuando la pena ha sido convenida para el caso de inexecución total, y el incumplimiento del deudor aparece sobre una cláusula especial del contrato, no se considerará que ha existido completa inexecución. Sólo cabría demandar cumplimiento y la indemnización por los daños. Sin embargo, si la pena fue pactada para asegurar el cumplimiento de esa cláusula especial del contrato, es obvio que se puede exigir la penal y la ejecución de las otras cláusulas contractuales.

Pero si tampoco hubieren sido cumplidas las estipulaciones contenidas en las demás cláusulas, se puede exigir la penal establecida para la cláusula determinada, más los daños y perjuicios que ocasiona el incumplimiento de las otras cláusulas»¹⁷. Y refuerza su pensamiento, expresando: «Si la penal se hubiere pactado para el supuesto de retardo en la ejecución no podrá representar la estimación del daño por la inexecución misma, sino del daño sufrido por el acreedor con la espera. Por lo mismo, el acreedor puede exigir la ejecución de la obligación y la pena»¹⁸, para concluir más adelante: «El acreedor puede, además de la pena, exigir indemnización por otros daños, siempre que la pena hubiere sido estipulada para un fin predeterminado y se hayan producido otros daños derivados de causas distintas de aquella para la cual la pena fue convenionada»¹⁹.

¹⁷ Castañeda, E. *Ob. cit.*, pp. 182-183

¹⁸ Castañeda, E. *Ibidem*, p. 183.

¹⁹ Castañeda, E. *Ibidem*, pp. 182-183.

LA DIVISIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

Prescribe el art. 1347º del Código Civil: «Cada uno de los deudores o de los herederos del deudor está obligado a satisfacer la pena en proporción a su parte, siempre que la cláusula penal sea divisible, aunque la obligación sea indivisible». Se repite el art. 1228º del Código Civil anterior y además constituye elemental aplicación del principio de la divisibilidad. Habiendo varios deudores y siendo divisible la prestación, esta se distribuye en partes iguales entre todos ellos. No interesa para nada la naturaleza de la obligación principal, pues ella misma puede ser divisible o indivisible. La regla de divisibilidad procede únicamente en el supuesto de pluralidad subjetiva porque tratándose de un solo deudor, el cumplimiento deberá ser indivisible, total, completo, para ser satisfecha la prestación debida. Se aprecia con claridad que estamos ante una obligación que se disgrega en dos partes o dos objetos: uno en la prestación principal y otro en la pena. Por eso es que, tradicionalmente, se consideró a esta clase de obligaciones como una más de las llamadas con pluralidad objetiva, al lado de las compuestas, no como una de ellas.

La divisibilidad opera también para los herederos del deudor, que es situación similar a la pluralidad subjetiva original. Basta que la infracción sea cometida por uno de ellos para que la pena se haga exigible para todos. Toda la penalidad, completa, íntegra, para todos; pero solamente para cada uno por su parte. Y, como sabemos, esa parte puede ser una igualdad o una proporcional (convendría mejor denominarla «porcional»), cuando las porciones no son iguales: algunos responden por más y otros por menos.

Guarda relación con este dispositivo el art. 1348º del Código Civil que dice: «Si la cláusula penal es indivisible, cada uno de los deudores y de sus herederos queda obligado a satisfacer íntegramente la pena». Y es repetición, esta vez, del art. 1229º, primer párrafo, del Código Civil anterior. Con este dispositivo, se demuestra que la penalidad no siempre puede consistir en una suma de dinero; aunque su utilidad aparece indiscutible, por la facultad cómo se resuelven los problemas económicos. Entonces, la pena puede estar representada en cualquier otro bien, ya sea divisible o indivisible. Para este último caso, por la propia naturaleza del bien, el cumplimiento de la pena siempre será por entero, íntegramente, para cualquiera de los deudores o de los herederos del deudor premuerto. «Cada uno» no es expresión adecuada, porque no es cierto que cada uno esté obligado a satisfacer íntegramente la pena; pues, con el cumplimiento que uno de ellos realice, los otros quedan liberados. «Cualquiera» es el vocablo conveniente.

Algunos autores sostienen que la naturaleza indivisible de la pena da lugar a múltiples dificultades en caso de pluralidad subjetiva, perdiendo utilidad la pena. Así por ejemplo, León Barandiarán opina que «la pena debe consistir siempre en una cantidad de dinero, debido a que ella es la predeterminación de los daños por incumplimiento o retardo; es la fijación convencio-

nal de los mismos, y estos se resuelven en pago de una cantidad pecuniaria. Una cláusula penal que no consista en dinero, pierde en gran parte su utilidad. El deudor rebelde a cumplir la prestación principal se negará, las más de las veces, a cumplir con la pena, y será preciso entonces proceder a la ejecución forzosa contra el patrimonio del deudor y al resarcimiento del dinero; de tal modo que siempre se llega al mismo resultado, pero por un procedimiento complicado, que se evitará si la pena consiste en dinero»²⁰. Dentro de la misma crítica, podemos agregar que cuando la cláusula penal tenga carácter indivisible, por la naturaleza del bien mismo en que consista, ella ya no es susceptible de reducción alguna, pues queda dicho que la penalidad se cumplirá íntegramente, siempre, por encima de la voluntad de los sujetos. Entonces, si por ejemplo, dadas las peculiaridades, sea factible solicitar al juez la reducción de la penalidad, y esta consiste en un bien indivisible, ¿cómo lograr tal reducción? El bien indivisible ya no podría exigirse, sino solamente el valor del mismo, representado en una suma de dinero, con la correspondiente reducción, llegándose así a la situación que el maestro sanmarquino sostiene que debe evitarse. No obstante, nuestro legislador ha decidido que se puede pactar como penalidad la entrega de objetos indivisibles: un bien mueble o inmueble, una joya, una pintura, etc.

LA SOLIDARIDAD EN LA CLÁUSULA PENAL

Conforme al art. 1349º del Código Civil: «Si la cláusula penal fuese solidaria, pero divisible, cada uno de los deudores queda obligado a satisfacerla íntegramente. En caso de muerte de un codeudor, la penalidad se divide entre sus herederos en proporción a las participaciones que les corresponde en la herencia». Su antecedente se encuentra en el segundo párrafo del art. 1229º del Código Civil derogado. La solidaridad obliga siempre al cumplimiento total de la prestación por exigencia del vínculo obligacional, aunque fuese ella divisible y con mayor razón si es indivisible, pues teóricamente pueden reunirse en un mismo acto la solidaridad y la indivisibilidad. La frase «pero divisible» no aclara nada. En estos casos, no influye para nada la naturaleza de la prestación principal. La solidaridad se encuentra en la penalidad y esta deberá ser ejecutada conforme a las reglas que la caracterizan. De manera que existiendo solidaridad entre los codeudores, cualquiera de estos puede ser obligado al cumplimiento total de la pena (ver artículos 1185º y 1186º del Código Civil). Y el pago que haga uno de ellos, obviamente, libera a los demás. Sin embargo, debe recordarse que si uno de los codeudores resulta culpable del incumplimiento de la prestación principal, los daños y perjuicios le corresponden específicamente a él, aunque ante el acreedor cualquiera responde por el total. Este es un problema de relación interna entre codeudores que veremos al comentar el dispositivo siguiente.

²⁰ León Barandiarán, José. *Ob. cit.*, p. 201.

Para aclarar nuestro pensamiento, debemos establecer dos casos concretos: uno donde habiéndose pactado la cláusula penal, no se precisa, sin embargo, su naturaleza especial; y el otro, donde al margen de lo que corresponda a la obligación principal, se haya expresado la solidaridad para la penalidad. En el primero, dada su accesoriedad, la penal se entenderá que comparte la misma naturaleza de la principal, es decir, siendo esta solidaria, ella también será solidaria. Puede igualmente pactarse la solidaridad únicamente para la penal, siendo la principal extraña a ella, como puede presentarse cuando la principal consista en una obligación de hacer o de no hacer. La penalidad representante de daños y perjuicios anticipadamente calculados consiste en una suma de dinero y los deudores son, entonces, válidamente obligados solidariamente, si así lo han concertado. Similar caso se presenta cuando la principal es indivisible y la penal solidaria. La solidaridad, pues, impide la división aunque la prestación fuese divisible y garantiza al acreedor en casos de pluralidad de deudores.

La segunda parte del dispositivo, la pluralidad de deudores, surge como consecuencia del fallecimiento de un codeudor. Dice la ley que la penalidad se divide entre los herederos que aquel haya dejado, pero en proporción a sus cuotas en la herencia. Esta es una solución correcta porque es principio jurídico que la solidaridad no se transmite a los herederos. No ocurre eso con la indivisibilidad (ver arts. 1177º y 1187º del Código Civil). El código anterior declaraba: «pero los herederos reunidos serán considerados como un solo deudor solidario en relación con los otros codeudores». Y así es en efecto, aunque el nuevo texto ya no lo diga. León Barandiarán explica: «la solidaridad se mantiene respecto a la cláusula penal en cuanto a los codeudores originarios.

Los que representan al fallecido responden en conjunto a la totalidad de la pena. La división de la pena se produce no en lo que respecta a la situación de los demás deudores y la situación de los que como herederos de uno de los deudores solidarios representan al mismo; la división solo se produce en relación a esos herederos entre sí, si el acreedor dirige su acción contra ellos como sucesores del deudor fallecido»²¹.

RELACIONES INTERNAS ENTRE LOS CODEUDORES

Dispone el art. 1350º del Código Civil: «Los codeudores que no fuesen culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquel que dio lugar a la aplicación de la pena». Repetición exacta del art. 1230º del Código Civil derogado. Esta norma se basa en un principio jurídico general de responsabilidad: la culpa siempre es personal. Y en el caso de codeudores, no obstan-

²¹ León Barandiarán, José. *Ob. cit.*, p. 204.

te encontrarse todos obligados por el mismo nivel del vínculo, la culpa de uno no puede extenderse a los demás. Entonces, es necesario identificar al culpable, porque de no poder hacerlo, se entenderá que todos son culpables del hecho que pone en acción a la penalidad. En la pluralidad de deudores, es de rigor precisar, en primer lugar, si la relación entre ellos es una mancomunidad o una solidaridad, hecho que por lo demás debe resultar de la naturaleza de la obligación principal y se respetarán las reglas que corresponden a cada una de ellas. Si se trata de codeudores mancomunados, corresponde a cada uno el pago de su parte (la división de la prestación, como se sabe, en estos casos puede hacerse por igualdades o proporcionalmente) tanto de la principal como de la pena. En cambio, si fuesen solidarios, cualquiera de ellos (no cada uno) está obligado ante el acreedor a satisfacer la obligación principal en su totalidad e igualmente la penalidad, de tal suerte que ese pago extingue la obligación (principal y accesoria) para el acreedor y libera a los demás codeudores, porque el deudor que pagó hizo ese pago por él y por los demás. Este deudor único, que pagó, tendrá en la relación entre codeudores, el derecho de reclamar a los demás las partes correspondientes. Es, además, indiferente que tal deudor sea culpable o no de la penalidad. El acreedor tiene el derecho de reclamar la totalidad, es decir, solidariamente, a cualquiera de los codeudores, no precisamente al culpable.

En la obligación mancomunada, el acreedor exigirá a cada deudor el pago de la parte respectiva tanto en la principal como en la pena. Y los deudores deberán cumplir así ante el acreedor. Pero en su relación interna, los otros codeudores podrán reclamar la devolución de la parte que cada uno hubo de pagar respecto de la pena, al único culpable de la inejecución o de la mora: puede ser uno exclusivamente o todos o algunos. En la medida de la culpa o culpas, el monto de la penalidad lo pagará el único culpable o la penalidad se distribuirá como corresponde.

NUEVAS DIRECCIONES DE LA PENALIDAD

La pena convencional, por el tratamiento que ha recibido desde sus orígenes, no ha podido desprenderse de su identificación con los daños y perjuicios anticipadamente calculados. Servía pues, inicialmente, de advertencia o amenaza al deudor para no incurrir en mora o inejecución. Su aplicación está condicionada desde entonces al hecho de tal no cumplimiento o incumplimiento. Por eso, la cláusula penal forma parte de la fase de celebración del vínculo obligacional. El deudor sabe, es consciente de la sanción económica que puede llegar a gravar aún más su estatus económico. Si incurre en los presupuestos que sirven de base para la imposición de la pena, esta representará la indemnización de daños y perjuicios. Por eso, no se discute si se han producido verdaderamente o no; y tampoco se discute su cuantía. Basta la presencia del hecho previsto, para poner en movimiento la maquinaria represiva, que es, en buena cuenta, la pena convencional. El deudor se ata de manos desde el punto de partida. Él ayudó a construir la máquina de represión, seguramente confiado en evitar finalmente su utilización.

Por eso debe cumplir. Y en realidad llega a cumplir la prestación principal debida, liberándose de la penalidad. Si no cumple es porque no ha querido o no ha podido. En el primer caso no tiene justificación, pues pudiendo hacerlo no lo ha hecho; pudiendo pagar no ha pagado. En el segundo, el deudor está pasando por una crisis económica; solo así se comprende su incumplimiento. No obstante, la pena debe serle aplicada.

Comprender no es justificar. La cláusula penal no puede debilitarse ante circunstancias de esta clase. Estamos ante una fuerza indoblegable que no hace distinciones. En ella radica su utilidad. Y así debe ser, por seguridad jurídica, por respeto a las convenciones libremente pactadas.

Por tanto, es necesario adoptar criterios que posibiliten su máxima eficacia, fortaleciendo su vigencia por todo el tiempo debido, es decir, por lo que sea necesario para obtener el cumplimiento de la prestación principal. Esta es, en verdad, su verdadera razón de ser, como penalidad convencional. Entonces, debe excluirse cualquier intento de debilitarla. Y sin duda se debilita cuando se otorga al deudor, el derecho de pedir su alteración, reduciendo el monto de la penalidad. Es significativo su efecto preventivo. Cumple allí un rol transcendental venciendo el factor de rebeldía que subyace en todo no cumplimiento normal de la obligación garantizada. El no cumplimiento es, en buena cuenta, una burla del deudor a la confianza y expectativa de su acreedor. Otra cosa es que no pueda cumplir por imposibilidad. Pero si pudiendo hacerlo no lo hace, o lo hace irregularmente, la penalidad ingresa activamente como medio de represión, traducida en una sanción económica. Es el otro efecto de la penalidad. Castigo económico por el comportamiento doloso del deudor.

De manera que en tales circunstancias, concederle al deudor la posibilidad de reducir el monto de tal carga, es como un premio a una conducta desprovista de dignidad, porque no se es digno cuando no se cumple con la palabra empeñada.

Si lo que se trata, al impedir los excesos, es evitar un verdadero abuso del derecho, cometido por el acreedor al imponer la aceptación de una penalidad desproporcionada, el remedio no se encuentra en la reducción judicial, sino en la fijación de límites o toques máximos según la naturaleza específica de la obligación y de lo que se trata de proteger. O sea, tasas discriminadas para todos los casos posibles. Así por ejemplo, no puede, racionalmente, admitirse válidas las mismas tasas o montos para los casos de incumplimiento total y de simple retardo. Con esos límites, previamente establecidos en la propia ley, no llegarían a presentarse situaciones extremas, como las que fundamentan el derecho a la reducción judicial. No se puede dejar ya, al libre albedrío de las personas, el establecimiento de las penalidades para el aseguramiento del cumplimiento de sus obligaciones jurídicas. Porque en la realidad de nuestros tiempos, esas facultades que ganan simpatías son enervadas por la composición de quienes manejan poderío econó-

mico. Vivimos en una sociedad desnivelada, desequilibrada, por la ausencia del equilibrio económico. Y la libertad se convierte, en la práctica, solo en arma de los poderosos. Por eso las limitaciones se hacen indispensables. Los usureros no pueden seguir disfrutando de una patente para continuar esquilmando a los necesitados. Empero, por encima de sus intereses y también de los intereses de los deudores, una norma equitativa se hace impostergable: la fijación de topes máximos por un lado; y la imposibilidad de reducciones judiciales de la penalidad, por otro lado.

La eficacia de la institución radica en su utilidad real. Y fortaleciendo las instituciones, se logra también, no ya la solución de problemas, sino la manera de evitarlos. En una sociedad convulsionada, se descargan sus tensiones eliminando sus problemas. Y a este propósito, el derecho debe también acudir en ayuda con su fuerza normativa.

BIBLIOGRAFÍA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil Peruano*. Obligaciones, tomo II: «Modalidades y efectos», Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1956.

CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones, tomo II: «Efectos de las Obligaciones»*, Lima, 1955.

ESPÍN, Diego. *Manual de Derecho Civil Español*, segunda edición, vol. III: «Obligaciones y contratos», Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1961.

ENNECCERUS, Ludwig y HENRICH Lehmann. *Derecho de las Obligaciones*, vol. I: «Doctrina general», Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954.

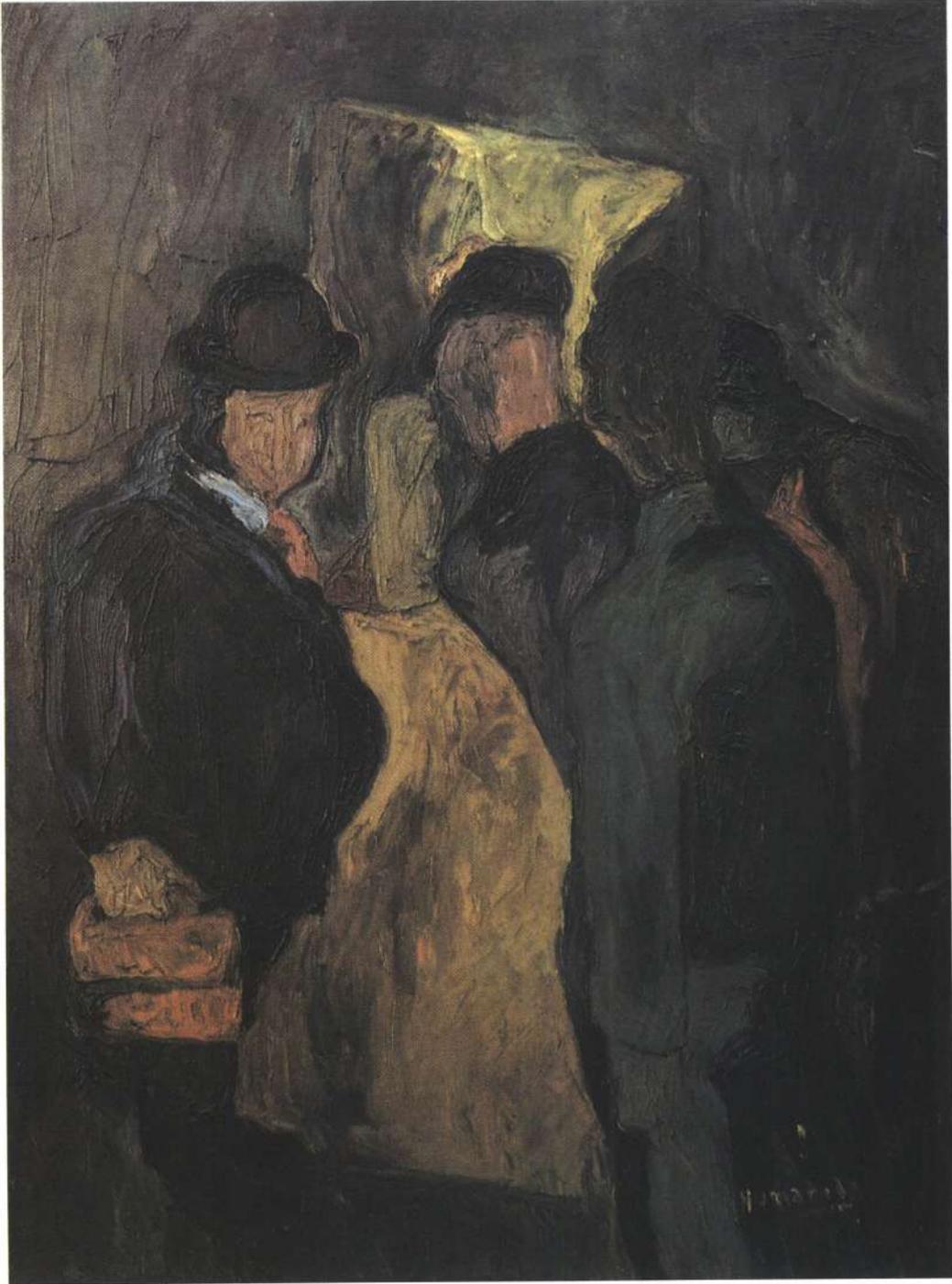
GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. *Derecho Privado Romano*, edición abreviada, Dykinson, Madrid, 1993.

MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo IV: «Derecho de las Obligaciones. Parte general», Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Editorial Temis, Bogotá, 1976.

Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil, Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 1980.

VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil, cuarta edición*, tomo III: «De las Obligaciones». Editorial Temis, Bogotá, 1974.



Personajes