

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA REGULACIÓN DE CRITERIOS OBJETIVOS DE REDUCCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Presentada por:

CARMEN LISSET ALFARO DÁVALOS

Asesor:

Dr. JOEL ROMERO MENDOZA

Cajamarca, Perú

2025

CONSTANCIA DE INFORME DE ORIGINALIDAD

1. Investigador:
Carmen Lisset Alfaro Dávalos
DNI: 47658056
Escuela Profesional/ Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Programa de Maestría en Ciencias. Mención: Derecho Civil y Comercial
2. Asesor: Dr. Joel Romero Mendoza
3. Grado académico o título profesional
 Bachiller Título profesional Segunda especialidad
 Maestro Doctor
4. Tipo de Investigación:
 Tesis Trabajo de investigación Trabajo de suficiencia profesional
 Trabajo académico
5. Título de Trabajo de Investigación:

Fundamentos jurídicos para la regulación de criterios objetivos de reducción de la cláusula penal en el Código Civil peruano
6. Fecha de evaluación: 09/07/2025
7. Software antiplagio: TURNITIN URKUND (OURIGINAL) (*)
8. Porcentaje de Informe de Similitud: 17%
9. Código Documento: 3117:472886051
10. Resultado de la Evaluación de Similitud:
 APROBADO PARA LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES O DESAPROBADO

Fecha Emisión: 10/07/2025

*Firma y/o Sello
Emisor Constancia*



Dr. Joel Romero Mendoza
DNI: 26730675

* En caso se realizó la evaluación hasta setiembre de 2023

COPYRIGHT © 2025 by
CARMEN LISSET ALFARO DÁVALOS
Todos los derechos reservados



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDUC/D

Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



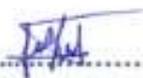
UNIDAD DE POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

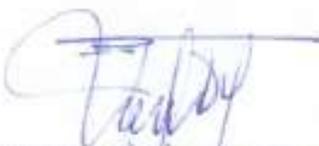
Siendo las *Quince* horas, del día 18 de junio de dos mil veinticinco, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por la **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**, **Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA**, **M.Cs. FERNANDO AUGUSTO CHÁVEZ ROSERO**, y en calidad de Asesor el **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada: **FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA REGULACIÓN DE CRITERIOS OBJETIVOS DE REDUCCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO**, presentada por la Bachiller en Derecho, **CARMEN LISSET ALFARO DÁVALOS**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó *APROBAR* con la calificación de *BUENAS (15)* la mencionada Tesis; en tal virtud, la Bachiller en Derecho, **CARMEN LISSET ALFARO DÁVALOS**, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que la acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**.

Siendo las *16:15* horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Asesor


.....
Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador


.....
Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Jurado Evaluador


.....
M.Cs. Fernando Augusto Chávez Rosero
Jurado Evaluador

A Dios y a mi madre Celia Dávalos López.

AGRADECIMIENTO

Quisiera empezar expresando mi más sincero agradecimiento a mi asesor de tesis, el dr. Joel Romero Mendoza, por su paciencia, por sus importantes aportes y apoyo en el desarrollo de la presente investigación.

A mi madre Celia Dávalos López, gracias infinitas por su amor incondicional, apoyo constante y palabras de aliento para superar cualquier dificultad.

A don Luis Valencia Calderón, por la confianza que siempre deposita en mí, motivándome a seguir adelante.

Al dr. Reynaldo Mario Tantaleán Odar, por su apoyo en la revisión de esta tesis, por compartir sus conocimientos y por los valiosos comentarios que ayudaron a mejorar mi investigación.

Gracias a todos por su apoyo incondicional.

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO	<i>vii</i>
AGRADECIMIENTO	<i>vi</i>
RESUMEN	<i>x</i>
ABSTRACT	<i>xii</i>
INTRODUCCIÓN	<i>xv</i>
CAPÍTULO I ASPECTOS METODOLÓGICOS	<i>1</i>
1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	<i>1</i>
1.1.1. Planteamiento del problema	<i>1</i>
1.1.2. Formulación del problema	<i>5</i>
1.2. JUSTIFICACIÓN	<i>5</i>
1.3. TIPO DE INVESTIGACIÓN	<i>8</i>
1.3.1. De acuerdo al fin que persigue	<i>8</i>
A. Básica	<i>8</i>
1.3.2. De acuerdo al diseño de investigación	<i>8</i>
A. Diseño Descriptivo	<i>8</i>
B. Diseño Explicativo	<i>9</i>
C. Diseño Propositivo	<i>9</i>
1.3.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan	<i>10</i>
1.4. HIPÓTESIS	<i>10</i>
1.5. OBJETIVOS	<i>11</i>
1.5.1. Objetivo general	<i>11</i>
1.5.2. Objetivos específicos	<i>11</i>
1.6. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	<i>12</i>
1.6.1. Genéricos	<i>12</i>
A. Método Analítico – sintético	<i>12</i>
1.6.2. Propios del Derecho	<i>13</i>
A. Exegético	<i>13</i>
B. Dogmático	<i>13</i>
C. Hermenéutico	<i>14</i>
D. Argumentación jurídica	<i>14</i>
1.7. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	<i>16</i>
1.7.1. Técnicas	<i>16</i>
A. El discurso argumentativo	<i>16</i>
B. Análisis de contenido	<i>16</i>

C.	Fichaje	17
1.7.2.	Instrumentos	17
A.	Hoja Guía	17
B.	Ficha Bibliográficas	17
1.8.	UNIDAD DE ANÁLISIS O UNIDADES DE OBSERVACIÓN	17
1.9.	ESTADO DE LA CUESTIÓN	18
1.9.1.	Investigaciones a nivel local	18
1.9.2.	Investigaciones a nivel nacional	19
1.9.3.	Investigaciones a nivel internacional	21
CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO		24
2.1.	FUNDAMENTOS IUSFILOSÓFICOS	24
2.1.1.	Como modo de acercarse al estudio del derecho	25
2.1.2.	Como teoría o concepción del derecho	25
2.1.3.	Como una determinada ideología jurídica	26
2.2.	TEORÍA DE LOS CONTRATOS	28
2.2.1.	Definición de contrato	28
2.3.	TEORÍAS QUE JUSTIFICAN LA REDUCCIÓN DE LA PENA	32
2.3.1.	El abuso del derecho	32
2.3.2.	La equidad	33
A.	Equidad Interpretativa	33
B.	Equidad Correctiva	34
C.	Equidad Cuantificadora	34
2.3.3.	El deudor como la parte débil de la relación contractual	35
2.4.	SISTEMAS QUE REGULAN LA REVISIÓN DE LA PENA	36
2.4.1.	Inmutabilidad absoluta	36
2.4.2.	Inmutabilidad relativa	37
2.4.3.	Mutabilidad absoluta	38
2.5.	REDUCCIÓN DE LA PENA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO	39
2.6.	LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CELEBRACIÓN DE LOS CONTRATOS CIVILES	40
2.6.1.	Definición	40
2.6.2.	Elementos de la autonomía de voluntad	41
A.	La libertad de contratar	41
A.	Libertad contractual	41
B.	La libertad como objeto del contrato	42

2.6.3. Limitaciones a la autonomía privada	42
2.7. LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA CELEBRACIÓN DE LOS CONTRATOS CIVILES	43
2.8. LA CLÁUSULA PENAL EN EL DERECHO DE OBLIGACIONES	44
2.8.1. Definición de la cláusula penal	44
2.8.2. Características de la cláusula penal	45
A. Es un pacto accesorio	45
B. Es preventiva	45
C. Es subsidiaria	46
2.8.3. Funciones de la Cláusula Penal	46
A. Función compulsiva y aflictiva	46
B. Función indemnizatoria o resarcitoria	48
C. Función de simplificación probatoria.	49
D. Función punitiva	50
2.8.4. Exigibilidad de la cláusula penal	51
2.9. EVOLUCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL EN EL DERECHO PERUANO	52
2.9.1. Código Civil de 1852	52
2.9.2. Código Civil de 1936	53
2.9.3. Código Civil de 1984	54
2.10. LA CLÁUSULA PENAL EN EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL	54
2.11. LA REDUCCIÓN DEL MONTO DE LA CLÁUSULA PENAL EN EL DERECHO COMPARADO	58
2.11.1. En el Código Civil Brasileño de 2002	58
2.11.2. En el Código Civil Federal de México	59
2.11.3. En el Código Civil Chileno de 2000	61
2.12. CRITERIOS OBJETIVOS DE REDUCCIÓN DE LA PENA	62
CAPÍTULO III CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	69
3.1. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN	70
3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	77
CAPÍTULO IV PROPUESTA LEGISLATIVA	106
CONCLUSIONES	114
RECOMENDACIÓN	116
LISTA DE REFERENCIAS	117

RESUMEN

En los contratos civiles, a efectos de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, las partes, en atención a su autonomía de voluntad, estipulan una cláusula penal, la cual cumple diversas funciones que sustentan su naturaleza; precisándose que, nuestro Código Civil se adhiere al sistema de inmutabilidad relativa de la pena, pues permite la reducción de la pena cuando la obligación principal ha sido irregular o parcialmente cumplida, o cuando la penalidad sea manifiestamente excesiva.

Ahora bien, cabe precisar que, respecto a la modificación de la pena, surgen una serie de controversias, ya que se considera que otorgarle tal facultad al juez, limitaría la autonomía privada y atentaría contra el sistema de seguridad jurídica; además se entraría a la probanza de la existencia y cuantía de daños y perjuicios producidos por el incumplimiento de la obligación, lo cual conllevaría a la desnaturalización de las funciones de la cláusula penal.

Por otro lado, se justifica la reducción de la pena convencional, al considerar que una penalidad excesiva constituiría un abuso del derecho, y que el deudor es la parte débil de la relación contractual; no obstante, dichos supuestos no siempre se configuran; por lo que, la reducción de la penalidad convenida libremente por las partes debe ser verificada en base a criterios objetivos, a fin de evitar arbitrariedades e intromisiones en la autonomía privada, fijándose límites que permitan determinar cuándo procede o no la reducción de la pena.

En ese sentido, resulta imperioso determinar y analizar los fundamentos jurídicos para que en nuestro Código Civil peruano se regulen criterios objetivos de reducción de la pena en los contratos civiles con cláusula penal, a efectos de garantizar el respeto de la autonomía de la voluntad y la seguridad jurídica en la

celebración de los contratos civiles; así como salvaguardar las funciones de la cláusula penal.

PALABRAS CLAVE: Contrato, cláusula penal, autonomía de la voluntad, seguridad jurídica, reducción de la pena, criterios objetivos de reducción de la pena.

ABSTRACT

In civil contracts, in order to guarantee the fulfillment of their obligations, the parties, exercising their contractual freedom and autonomy of will, incorporate a penalty clause, which serves multiple functions integral to its legal nature. It should be emphasized that the Peruvian Civil Code adheres to the system of relative immutability of penalties, permitting the reduction of the stipulated penalty when the principal obligation has been irregularly or partially performed, or when the penalty is deemed manifestly disproportionate.

However, it is necessary to underscore that the judicial modification of penalty clauses has been a source of significant doctrinal and jurisprudential debate. Critics argue that empowering judges with such discretion could encroach upon private autonomy, thereby undermining the principle of legal certainty. Additionally, it could necessitate an evidentiary process to determine the existence and quantum of damages resulting from the breach of obligations, which could distort the intrinsic punitive and dissuasive functions of the penalty clause.

On the other hand, the reduction of the conventional penalty is justified, considering that an excessive penalty would constitute an abuse of the right, and that the debtor is the weak party in the contractual relationship; However, these assumptions are not always configured; Therefore, the reduction of the penalty freely agreed upon by the parties must be verified based on objective criteria, in order to avoid arbitrariness and interference in private autonomy, setting limits that allow determining when the reduction of the penalty is appropriate or not.

In this regard, it is imperative to determine and analyze the legal grounds for our Peruvian Civil Code to regulate objective criteria for reducing penalties in civil

contracts with penalty clauses. This is to ensure respect for the autonomy of will and legal certainty in the execution of civil contracts, as well as to safeguard the functions of the penalty clause.

KEY WORDS: *Contract, penalty clause, autonomy of will, legal certainty, penalty reduction, objective criteria for penalty reduction.*

INTRODUCCIÓN

En las relaciones obligacionales, a fin de garantizar el cumplimiento de lo pactado entre las partes, éstas estipulan una cláusula penal para que, en caso de incumplimiento, el deudor quede obligado al pago de una penalidad; precisándose que, dicha cláusula, cumple diversas funciones que sustentan su naturaleza, tales como la función compulsiva o aflictiva, función indemnizatoria, función de simplificación probatoria, función punitiva, entre otras; sin embargo, nuestro Código Civil, adhiriéndose al sistema de inmutabilidad relativa de la pena, permite al juez, la revisión de la pena, a través de su reducción.

Es así que, respecto a la reducción de la pena, un sector de la doctrina considera que la autonomía privada se vería limitada y que se atentaría contra el sistema de seguridad jurídica que debe regir en los contratos; asimismo, se desnaturalizarían las funciones inherentes a la cláusula penal.

Por otro lado, se justifica la reducción de la pena, al considerar que una penalidad excesiva constituiría un abuso del derecho, además de considerar al deudor como la parte débil de la relación contractual; sin embargo, debe precisarse que, en los contratos civiles, en los cuales existe paridad de partes, pues acreedor y deudor celebran el contrato en igualdad de condiciones, dicho supuesto no siempre se configura, a diferencia de lo que ocurre en los contratos por adhesión o celebrados con arreglo a la cláusulas generales de contratación, en los cuales sí se hace evidente la disparidad de partes.

Por tanto, en la presente investigación se realizará un análisis sobre los fundamentos jurídicos para que en el Código Civil peruano se regulen criterios objetivos de reducción de la pena, que permitan la revisión de su monto en

determinados casos, a efectos de garantizar la autonomía privada y la seguridad jurídica de los contratos civiles, así como salvaguardar las funciones por las cuales la cláusula penal ha sido incorporada en el contrato, máxime si de la jurisprudencia nacional se advierte que, para reducir la pena convencional, prevalece el criterio subjetivo, pues los jueces justifican sus decisiones en el abuso del derecho y la equidad.

Es así que, en el Capítulo I, se detallarán los aspectos metodológicos de la investigación, tales como el problema de investigación, la justificación, tipo de investigación, hipótesis, objetivos, métodos de investigación, técnicas e instrumentos de investigación y estado de la cuestión.

De otro lado, en el Capítulo II, se desarrollará el marco teórico de la investigación, en el cual, entre otros, se darán a conocer los aspectos más importantes sobre las teorías que justifican la reducción de la pena, los sistemas que regulan la revisión de la pena, la reducción de la pena en el código civil peruano, la autonomía de la voluntad y la seguridad jurídica en la celebración de los contratos civiles, la reducción del monto de cláusula penal en el derecho comparado, así como los criterios objetivos de reducción de la pena.

Asimismo, en el Capítulo III, se desarrollará la contrastación de hipótesis con cada uno de sus componentes hipotéticos.

Además, en el Capítulo IV, se ha propuesto una posible reforma legislativa del artículo 1346 del Código Civil, a efectos de establecer un límite para que el juzgador proceda a la reducción de la penalidad convenida libremente por las partes.

Finalmente, resulta imperioso precisar que si bien el título de la investigación hace referencia a la “reducción de la cláusula penal”, dicha alusión se ha realizado en mérito a que en la doctrina nacional autores, tales como Osterling Parodi, Castillo Freyre, Soto Coaguila, entre otros, que se destacan por sus aportes realizados respecto a la cláusula penal en el ordenamiento jurídico peruano, se refieren de manera indistinta a la reducción de la cláusula penal, reducción del monto de la cláusula penal, reducción de la pena convencional, reducción de la penalidad, a efectos de evitar redundancias en las redacciones de sus investigaciones; sin embargo, en la presente investigación se abordará el tema desde una perspectiva normativa, razón por la cual, conforme a lo establecido en el artículo 1346 del Código Civil peruano, nos referiremos a la reducción judicial de la pena, penalidad o pena convencional, que viene a hacer lo que se estipula como cláusula penal.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1. Planteamiento del problema

En el marco de un Estado social y democrático de Derecho, la libre contratación cobra vital importancia, pues constituye un derecho fundamental, el mismo que se encuentra regulado en el numeral 14) del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, en virtud de la cual “Toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no contravengan leyes de orden público” (1993). Al respecto, cabe precisar que, el Tribunal Constitucional “ha establecido que el derecho a la libre contratación se fundamenta en el clásico principio de autonomía privada” (Rioja Bermudez, 2024, p. 107).

En ese sentido, cabe precisar que:

El principio de la autonomía de la voluntad, tiene un doble contenido: i) la libertad de contratar (...), llamada también libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata, y ii) la libertad contractual, también conocida como libertad de configuración interna, que es la de determinar el contenido del contrato (Landa, 2018, p. 149).

Ahora bien, pese la relevancia que adquiere la autonomía de voluntad, esta encuentra sus límites tanto en el orden público como en las buenas costumbres; así como en protección de la parte más débil. En ese contexto, en el Libro de Obligaciones, el Código Civil peruano de

1984, en el artículo 1346, regula la reducción judicial de la pena, cuando ésta deviene en manifiestamente excesiva.

Al respecto, cabe precisar que, en las relaciones obligacionales, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de lo pactado entre las partes, éstas estipulan una cláusula penal para que en caso de incumplimiento, el deudor quede obligado al pago de una penalidad, la misma que se define como un “negocio jurídico o una convención o estipulación accesoria por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente” (Kemelmajer de Carlucci, 1981, p. 17); asimismo, cumple diversas funciones que sustentan su naturaleza, tales como la función compulsiva o aflictiva, función indemnizatoria, función de simplificación probatoria, función punitiva, entre otras (Kemelmajer de Carlucci, 1981).

En cuanto a la funcionabilidad de la cláusula penal, han surgido diferentes sistemas que regulan la modificación de la pena, tales como: **a)** el sistema de inmutabilidad absoluta, según el cual la pena pactada no debe ser modificada, esto es, el monto de la cláusula penal no puede ser disminuido ni aumentado, a fin de brindar seguridad jurídica a los contratos celebrados libremente por las partes; **b)** el sistema de inmutabilidad relativa, en virtud del cual “se admite la modificación de la cláusula penal, pero solo para reducirla cuando esta sea excesiva, mas no para incrementarla” (Osterling Parodi y

Rebaza González, 2005, p. 156), ello con la finalidad de evitar el abuso del derecho; y **c)** el sistema de mutabilidad absoluta, según el cual la pena puede ser modificada tanto para ser aumentada como reducida.

En ese sentido, de los diversos sistemas que surgen sobre la funcionalidad de la cláusula penal, se advierte que lo que se cuestiona es si debe o no reducirse la pena, es decir, si debe ser inmutable o no.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico, las obligaciones con cláusula penal están estipuladas en el Libro VI del Código Civil, desde el artículo 1341 al artículo 1350, en los cuales se regulan distintos aspectos, tales como su concepto, oportunidad en que debe estipularse y clasificación; sin embargo, el tema que merece más atención es el de la mutabilidad o inmutabilidad de la pena, pues el artículo 1346 del Código Sustantivo, faculta al juez, “a solicitud del deudor, reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida” (1984).

Respecto a la modificación del monto de la cláusula penal, surgen una serie de controversias, por cuanto se considera que al otorgarle tal facultad al juez, limitaría la autonomía privada y se atentaría contra el sistema de seguridad jurídica; además se entraría a la probanza de la existencia y cuantía de daños y perjuicios, desnaturalizando así a la institución; toda vez que, tiene como funciones fijar una indemnización anticipada de los posibles daños y perjuicios que pudiera ocasionar el

incumplimiento de la obligación, así como evitar entrar al debate probatorio de daños; asimismo, la cláusula penal no lograría constituirse en un medio conminatorio eficaz para compeler al deudor a cumplir sus obligaciones.

Por otro lado, se justifica la reducción de la pena, al considerar que una penalidad excesiva constituiría en un abuso del derecho, además de considerar al deudor como la parte débil de la relación contractual; no obstante, en los contratos civiles paritarios, pues acreedor y deudor celebran la obligación en igual de condiciones, dicho supuesto no siempre se configura, a diferencia de lo que ocurriría en los contratos por adhesión o celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación, en los cuales sí se hace evidente la disparidad de partes.

Ahora bien, cabe precisar, que respecto a la reducción judicial de la pena convencional se evidencia que, en la jurisprudencia nacional, al no existir un límite objetivo para determinar cuándo una penalidad se constituye en “manifiestamente excesiva” los jueces justifican sus decisiones en el abuso del derecho y en su apreciación subjetiva, evaluando la cláusula penal dentro del ámbito de justicia y equidad, sin que en la mayoría de los casos se realice una evaluación objetiva de los medios probatorios ofrecidos por las partes, sino que prevalece el criterio subjetivo.

En tal virtud, permitir la revisión judicial de la penalidad convenida libremente por las partes, a través de su reducción, implica que la cláusula penal deje de cumplir las funciones por las cuales las partes han decidido incorporarla en el contrato, restándole utilidad; por lo que, resulta

imperioso analizar los fundamentos jurídicos para que en el Código Civil peruano se regulen criterios objetivos de reducción de la pena, a efectos de salvaguardar las funciones por las cuales las partes han incorporado la cláusula penal en el contrato.

1.1.2. Formulación del problema

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para que, en el Código Civil peruano se regulen criterios objetivos de reducción de la pena en los contratos con cláusula penal ante el incumplimiento de la obligación?

1.2. JUSTIFICACIÓN

La cláusula penal, se encuentra regulada en el Libro de Obligaciones del Código Civil peruano de 1984, y se caracteriza por ser un pacto accesorio estipulado por las partes para garantizar el cumplimiento de la obligación principal.

Al respecto, cabe precisar que, si bien los contratos resultan ser de obligatorio cumplimiento para las partes, sin que sea necesario la estipulación de una cláusula penal, pues se puede solicitar el cumplimiento de la obligación, la resolución del contrato o el pago de una indemnización por daños y perjuicios derivada de responsabilidad civil contractual, resulta que la realidad comercial demuestra que en muchas ocasiones, las personas no cumplen con sus obligaciones, razón que motiva a que las partes procuren evitar el incumplimiento de los contratos que celebran y busquen la forma de reducir los riesgos que dicho incumplimiento generaría.

En ese sentido, las partes estipulan la cláusula penal como medio compulsivo para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, siendo que la penalidad convenida debe ser elevada a fin de desincentivar el incumplimiento de la obligación; asimismo, debe considerarse que la pena convencional cumple diversas funciones en mérito a las cuales las partes deciden incorporarla en el contrato.

Ahora bien, existen diversos sistemas que regulan la revisión de la pena, como el sistema de inmutabilidad absoluta, en virtud del cual la pena convencional no puede ser revisada ni para reducirse, ni para aumentarse; el sistema de inmutabilidad relativa, en mérito al cual la pena puede ser modificada pero sólo para ser reducida; y el sistema de mutabilidad absoluta, en función al cual, la penalidad convenida puede ser reducida o aumentada; debiéndose precisar que, nuestro ordenamiento jurídico opta por el sistema de inmutabilidad relativa de la pena, pues el artículo 1346 del Código Civil, permite la revisión de la pena a través de su reducción cuando sea manifiestamente excesiva.

Entre los argumentos que se desarrollan a favor de la reducción de la penalidad, destacan el considerar al deudor como la parte débil de la relación contractual, y de que la pena excesiva debe ser reducida por cuestiones de justicia y equidad; sin embargo, cabe precisar que, no siempre el deudor resulta ser la parte débil de la relación contractual, máxime si tenemos en cuenta los contratos civiles celebrados en igualdad de condiciones, en los que ambas partes deciden el contenido del contrato, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la contratación masiva o predispuesta, en el que las

condiciones del contrato han sido redactadas de manera unilateral por la parte que ostenta el poder económico.

Por otro lado, debemos precisar que, en los contratos civiles paritarios, no es el acreedor quien decide unilateralmente la imposición de una penalidad, sino que el deudor conjuntamente con el acreedor, deciden voluntariamente incluir la cláusula penal en sus contratos; asimismo, resulta que es el deudor quien se encuentra en la mejor posición de evitar que se aplique la penalidad convenida, si cumpliera con sus obligaciones; por lo que, la reducción de la pena convencional debe ser verificada en base a criterios objetivos que eviten arbitrariedades e intromisiones en la autonomía privada, fijándose límites que permitan determinar cuándo procede o no dicha reducción.

En tal virtud, considerando la relevancia práctica que adquiere la estipulación de la cláusula penal en los contratos civiles a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas, resulta imperioso determinar y analizar los fundamentos jurídicos para que en nuestro Código Civil se regulen criterios objetivos que permitan la reducción de la pena convencional de manera excepcional a efectos de evitar la desnaturalización de las funciones de la cláusula penal; tales como la función de compeler al deudor a cumplir con la obligación contraída, fijar una indemnización anticipada de daños y perjuicios ante el incumplimiento de la obligación, así como evitar entrar al debate probatorio sobre la existencia y cuantía de daños y perjuicios, funciones en mérito a las cuales las partes pactan una penalidad en igualdad de condiciones, en atención a su autonomía de voluntad, la misma que no debe ser restringida sino en casos en los que se contravengan el orden público o

las normas imperativas; máxime si de la jurisprudencia nacional se advierte que, para reducir la pena convencional, prevalece el criterio subjetivo, pues los jueces justifican sus decisiones en el abuso del derecho y la equidad.

1.3. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.3.1. De acuerdo al fin que persigue

A. Básica

La investigación básica o teórica es aquella que busca hacer aportes teóricos al derecho (Aranzamendi Ninacondor, 2015).

La presente investigación es básica, toda vez que se determinaron los fundamentos jurídicos para que, en el Código Civil peruano se regulen criterios objetivos de reducción de la pena en los contratos con cláusula penal ante el incumplimiento de la obligación, a partir de un análisis doctrinario, así como de la legislación comparada; siendo que, la propuesta normativa no se valió de manipulación de variables ni modificación de la realidad.

1.3.2. De acuerdo al diseño de investigación

A. Diseño Descriptivo

El diseño descriptivo es aquel que por el que se describen algunos rasgos esenciales de fenómenos fácticos o formales del derecho (Aranzamendi Ninacondor 2015).

En ese sentido, la presente investigación es descriptiva, por cuanto se describieron las funciones de la cláusula penal, a fin de determinar los fundamentos jurídicos para que, en el Código Civil se regulen criterios objetivos de reducción de la pena en los contratos con cláusula penal ante el incumplimiento de la obligación. Asimismo, se describieron las posiciones doctrinarias sobre la mutabilidad e inmutabilidad de la pena.

B. Diseño Explicativo

Este diseño está orientado a explicar las causas de un determinado fenómeno jurídico o social.

Según Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio (2014):

Los estudios explicativos van más allá de la descripción de conceptos o fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos; es decir, están dirigidos a responder por las causas de los eventos y fenómenos físicos o sociales. Como su nombre lo indica, su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se manifiesta, o por qué se relacionan dos o más variables (p.95).

En tal virtud, en la presente investigación se explicaron cuáles son los fundamentos jurídicos para que en el Código Civil peruano se regulen criterios objetivos de reducción de la pena.

C. Diseño Propositivo

Al respecto, cabe precisar que, a decir de Aranzamendi (2015):

La singularidad de esta tipología es indagar la falta o deficiencia de un enfoque teórico para resolver un problema jurídico. En otros casos, evidencia el vacío o

lagunas de una o varias normas jurídicas o se cuestiona las existentes, determinando sus límites y deficiencias para proponer una nueva, la reforma o derogatoria. Generalmente estas investigaciones culminan con propuestas teóricas o legislativas. (p. 83)

En ese sentido, la investigación es propositiva, por cuanto se ha propuesto una reforma legislativa para que en el Código Civil se regulen presupuestos objetivos de reducción de la pena en los contratos civiles con cláusula penal.

1.3.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

La investigación es cualitativa, pues se emplearon métodos de recolección de datos sin medición numérica. Es así que, la presente investigación describe las funciones de la cláusula penal con el objeto de comprender su naturaleza jurídica, a efectos de determinar los fundamentos jurídicos para la regulación de criterios objetivos de reducción de la penalidad convenida libremente por las partes.

1.4. HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos para que, en el Código Civil peruano se regulen criterios objetivos de reducción de la pena en los contratos con cláusula penal ante el incumplimiento de la obligación, son:

- A.** Garantizar el respeto de la autonomía de la voluntad en la celebración de los contratos civiles.
- B.** Garantizar la seguridad jurídica en la celebración de los contratos civiles.

- C. Salvaguardar las funciones de la cláusula penal, la misma que se ha establecido para garantizar el cumplimiento de la obligación.

1.5. OBJETIVOS

1.5.1. Objetivo general

Determinar los fundamentos jurídicos para que, en el Código Civil peruano se regulen criterios objetivos de reducción de la pena en los contratos con cláusula penal ante el incumplimiento de la obligación.

1.5.2. Objetivos específicos

- A. Analizar el derecho a la autonomía de la voluntad y sus límites respecto a la reducción de la penalidad convenida libremente por las partes.
- B. Evaluar si la reducción de la pena ante el incumpliendo de la obligación atenta contra la seguridad jurídica.
- C. Determinar si la reducción de la pena conlleva a la desnaturalización de las funciones por las cuales las partes han incorporado la cláusula penal en el contrato.
- D. Proponer la regulación de presupuestos objetivos en el Código Civil para la reducción de la pena en los contratos civiles con cláusula penal.

1.6. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

En la presente investigación se emplearon los siguientes métodos:

1.6.1. Genéricos

A. Método Analítico – sintético

El método analítico es aquel que parte de un todo que se descompone hasta alcanzar un conocimiento. Este método se aplicó a la investigación toda vez que a través del análisis de la funcionalidad de la cláusula penal se van a establecer los fundamentos jurídicos para la regulación de criterios objetivos de reducción de la pena en los contratos con cláusula penal ante el incumplimiento de la obligación en el Código Civil peruano.

El método sintético, se define “como el método de investigación por el que reunimos los elementos para formar un todo. Hay síntesis cuando se procede de lo simple a lo complejo, de las causas a los efectos, de la esencia a las propiedades” (Aranzamendi Ninacondor, 2015, p. 118).

Este método se aplicó a la presente investigación, toda vez que se analizaron los fundamentos jurídicos que justifican la regulación de criterios objetivos de reducción de la pena, a fin de salvaguardar las funciones de la cláusula penal, pues ésta se estipula para garantizar el cumplimiento de la obligación.

En ese sentido, al establecerse criterios objetivos de reducción, la pena convenida libremente por las partes se reducirá sólo en determinados casos.

1.6.2. Propios del Derecho

A. Exegético

Este método implica un estudio literal de las normas, es decir tal como ellas están dispuestas en el texto legislativo, permitiendo realizar un comentario de la norma en estudio (Ramos Núñez, 2011).

Se utilizó este método, pues en la investigación se analizaron las normas que regulan a la cláusula penal en el Código Civil Peruano, a fin de determinar los fundamentos jurídicos para regular criterios objetivos de reducción de la pena en los contratos con cláusula penal ante el incumplimiento de la obligación.

B. Dogmático

Según Ramos Núñez (2011): “La dogmática jurídica en general se inscribe en el ámbito de pensamiento que ubica al Derecho como una ciencia o técnica formal y, por consiguiente, como una variable independiente de la sociedad, dotada de autosuficiencia metodológica y técnica” (p. 95).

Este método se aplicó a la investigación, toda vez que a través de la doctrina, jurisprudencia y legislación comparada se identificaron los fundamentos jurídicos para que en el Código

Civil peruano se regulen criterios objetivos de reducción de la pena en los contratos con cláusula penal ante el incumplimiento de la obligación.

C. Hermenéutico

Este método se aplicó a la presente investigación, por cuanto se interpretaron las normas que regulan a la cláusula penal en el ordenamiento jurídico peruano. Asimismo, se interpretaron teorías, principios y jurisprudencia referentes a la cláusula penal.

D. Argumentación jurídica

Respecto a la argumentación jurídica, Zamora Zumárraga (2017) señala que:

Es importante considerar que la argumentación jurídica es el proceso escrito y oral que los juristas utilizan para persuadir a sus interlocutores respecto a sus interpretaciones de la norma jurídica, aún así, su estructura debe ser susceptible a verificación. Para que exista el argumento persuasivo debe existir una estructura lógica del argumento que pueda ser susceptible de no caer en contradicción. Esto demanda un examen del lenguaje desde la lógica formal o material (pp. 165-166).

De otro lado, cabe precisar que, si bien, el derecho no es únicamente argumentación; “este aspecto tiene particular importancia para dar cuenta de los fenómenos jurídicos en las sociedades democráticas y para suministrar a quienes operan dentro del Derecho, a los juristas prácticos, instrumentos que

permitan guiar y dar sentido a su actividad” (Atienza Rodríguez, 2013, p.19).

En ese sentido Atienza Rodríguez (2013), señala lo siguiente:

En cualquier caso, la argumentación jurídica no se reduce a la lógica formal e incluso, (...) el origen de lo que hoy suele llamarse «teoría de la argumentación jurídica» es el rechazo a entender el razonamiento jurídico en términos estrictamente lógico-formales. Digamos que la lógica, la lógica formal, es un elemento necesario, pero no suficiente (o no siempre suficiente) de la argumentación jurídica. (pp.20-21)

Por tanto, la argumentación como método del derecho nos ha permitido analizar las diferentes teorías jurídicas en torno a los sistemas que permiten la revisión de la pena o su inmutabilidad, así como las teorías que surgen en torno a la funcionalidad de la cláusula penal, además del estudio de la autonomía de la voluntad y de la seguridad jurídica en la celebración de los contratos civiles, con la finalidad de sustentar la importancia de los fundamentos jurídicos para que en el Código Civil Peruano, se regulen criterios objetivos de reducción de la pena en los contratos con cláusula penal ante el incumplimiento de la obligación.

1.7. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.7.1. Técnicas

A. El discurso argumentativo

La argumentación como técnica se centra en el razonamiento lógico y la persuasión “que se ofrece o se da en apoyo de una pretensión o conclusión” (Galindo Sifuentes, 2008, p. 23).

Al respecto, Atienza Rodríguez, señala que el discurso argumentativo, “no es otra cosa que la teoría de los actos de habla; los argumentos pueden verse entonces como actos ilocutivos complejos o complejos de actos ilocutivos” (2013, p. 135).

En ese sentido, la argumentación como técnica nos ha permitido descubrir, elegir y utilizar los argumentos jurídicos adecuados para el desarrollo de la presente tesis.

B. Análisis de contenido

Esta técnica permitió seleccionar información de la doctrina, jurisprudencia y legislación comparada, con el objeto de determinar los fundamentos jurídicos para que, en el Código Civil peruano se regulen criterios objetivos de reducción de la pena en los contratos con cláusula penal ante el incumplimiento de la obligación.

C. Fichaje

Esta técnica facilitó recolectar y seleccionar información de la doctrina, jurisprudencia y legislación comparada, con el objeto de determinar los fundamentos jurídicos para que, en el Código Civil se regulen criterios objetivos de reducción de la pena en los contratos con cláusula penal ante el incumplimiento de la obligación.

1.7.2. Instrumentos

A. Hoja Guía

Se utilizó este instrumento a fin de registrar la legislación, jurisprudencia y doctrina sobre la regulación de la reducción de la pena convencional.

B. Ficha Bibliográficas

Se emplearon las fichas bibliográficas para registrar los libros, revistas y demás material bibliográfico consultado, a fin de facilitar su localización.

1.8. UNIDAD DE ANÁLISIS O UNIDADES DE OBSERVACIÓN

Debido a que se trata de una investigación básica, teórico – dogmática, no cuenta con unidad de análisis, universo ni muestra.

1.9. ESTADO DE LA CUESTIÓN

1.9.1. Investigaciones a nivel local

De la búsqueda efectuada en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria-SUNEDU¹, tenemos los siguientes antecedentes de investigación en torno al problema:

- A. Tesis de pregrado titulada: “Reducción del monto de la cláusula penal: Desnaturalización a sus funciones y una propuesta de los lineamientos a seguir para reducir ésta” de autoría de Carmen Lisset Alfaro Dávalos (2016), en la cual se desarrollan los lineamientos que deben adoptar los jueces para reducir la pena.

Dicha investigación se diferencia de la presente tesis, por cuanto, en aquella se realizó un análisis de los límites que deberían adoptarse por parte del órgano jurisdiccional para la reducción de la penalidad; sin embargo, en la presente investigación se analizan los fundamentos jurídicos para la aplicación de criterios objetivos de reducción de la pena en los contratos con cláusula penal ante el incumplimiento de la obligación, habiéndose desarrollado una propuesta legislativa; por lo que, ambas investigaciones tienen enfoques distintos.

¹ Con enlace web: <http://renati.sunedu.gob.pe/>.

1.9.2. Investigaciones a nivel nacional

De la búsqueda en las bibliotecas virtuales a nivel nacional, así como de Tesis publicadas en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria-SUNEDU², tenemos los siguientes antecedentes de investigación:

- A.** Tesis de maestría titulada: “Criterios Jurídicos para la Nulidad de la Cláusula Penal y la Garantía del Resarcimiento de los Daños Sufridos”, de autoría de Miguel Alí Beltrán Díaz (2015-2016), en la cual se propone una modificatoria del artículo 1341 y la derogatoria del artículo 1346 del Código Civil, considerando que no es adecuado la revisión judicial o arbitral de las penas convencionales, ni a pedido de ninguna de las partes, ni realizadas de oficio por el Juez.

Cabe precisar que, respecto a la citada investigación, nuestra tesis se centra en establecer los fundamentos jurídicos para que, en el Código Civil peruano se regulen criterios objetivos de reducción de la pena ante el incumplimiento de la obligación, a fin de salvaguardar las funciones de la cláusula penal, sin alterar el sistema de inmutabilidad relativa al que se adhiere nuestro ordenamiento jurídico, proponiendo una reforma legislativa del artículo 1346 del Código Civil.

² Con enlace web: <http://renati.sunedu.gob.pe/>.

- B.** Tesis de pregrado denominada: “La indemnización en las obligaciones de dar sumas de dinero y el tratamiento de la cláusula penal” (2017), de autoría de Carlos Enrique Saavedra Palomino y Gustavo Enrique Montero Ordinola, en la que se desarrolla el esclarecimiento de la aplicación de la cláusula penal en las obligaciones dinerarias, respecto a los intereses moratorios. Así, el autor, señala que la presunción legal de daño en las obligaciones dinerarias, impide que la indemnización, configurada por los intereses, pueda ser variada; por lo que, la cláusula penal, no podría aplicarse a las obligaciones dinerarias, pues nuestro ordenamiento jurídico permite su variación.

Ahora bien, a diferencia de la mencionada investigación, nuestra tesis se centra en establecer los fundamentos jurídicos para que, en el Código Civil Peruano se regulen criterios objetivos de reducción de la pena en los contratos con cláusula penal ante el incumplimiento de la obligación, siendo que respecto a las obligaciones dinerarias se propone un límite para la revisión de la pena, a través de su reducción, ello con el objeto de garantizar el respeto de la autonomía de la voluntad y seguridad jurídica en la celebración de los contratos civiles, así como salvaguardar las funciones inherentes a la cláusula penal.

- C.** Tesis de pregrado titulada: “La vulneración de la autonomía de la voluntad en los contratos a raíz de la Revisión Judicial de la Cláusula Penal” de Helder Cesario Lujan Segura (2018), en la

cual se desarrolla la vulneración a la autonomía de la voluntad con la revisión de la cláusula penal de los contratos, en virtud del artículo 1346 del Código Civil, a la luz de la jurisprudencia, considerando como el sistema más adecuado para regular la cláusula penal, el sistema de inmutabilidad absoluta.

Al respecto, cabe precisar que si bien nuestra tesis desarrolla la autonomía de la voluntad, así como sus límites con relación a la reducción de la pena, debe resaltarse que nuestra investigación se centra en establecer los fundamentos jurídicos para la regulación de criterios objetivos de reducción de la pena, que permitan establecer un límite para determinar cuándo corresponde la reducción de la penalidad convenida libremente por las partes, a fin de garantizar el respeto de la autonomía de la voluntad, en mérito a la cual las partes incorporaron la cláusula penal en sus contratos.

1.9.3. Investigaciones a nivel internacional

A fin de obtener información sobre las investigaciones realizadas en torno a cláusula penal a nivel internacional, se ha recurrido entre otros, a repositorios virtuales, tales como: e-Repositori **upf**³, Dialnet⁴, Catálogo Bibliográfico de la Universidad Externado de Colombia⁵, destacándose las siguientes investigaciones:

³ Link de enlace: <https://repositori.upf.edu/items/cb996edf-0afc-43ae-a142-dc2d286006aa>

⁴Link de enlace: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=139455>

⁵ Link de enlace: https://catalogo.uexternado.edu.co/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=157949&shelfbrowse_itemnumber=20437

- A.** Tesis Doctoral titulada: “La Cláusula Penal” de autoría de Kemelmajer de Carlucci (1981), en virtud de la cual la autora desarrolla los aspectos más importantes de la cláusula penal en el derecho civil, comercial, laboral, administrativo, tributario, internacional y procesal.

Cabe precisar que la citada investigación, constituye en un desarrollo doctrinario de la cláusula penal y un referente para el estudio de sus características y funciones; por lo que, a diferencia de dicha investigación, nuestra tesis se centra en desarrollar los fundamentos jurídicos para que, en Código Civil peruano se regulen criterios objetivos de reducción de la pena en los contratos con cláusula penal ante el incumplimiento de la obligación.

- B.** Tesis Doctoral titulada: “Los pactos de liquidación anticipada del daño en Derecho español, *common law* y *soft law*- Análisis económico de la cláusula penal”, de autoría de Ignacio Marín García. En esta investigación se analiza la regulación de la cláusula penal en Derecho español en el marco de la economía del incumplimiento contractual, evidenciándose que dicha regulación es eficiente por cuanto los contratantes tendrían poder de disposición sobre la pena pactada sin interferencias de los tribunales.

Nuestra tesis se diferencia de la citada investigación, toda vez que, se analizan los fundamentos jurídicos para que en nuestro

Código Civil peruano se regulen criterios objetivos de reducción de la pena, a fin de que la cláusula penal logre cumplir las funciones en mérito a las cuáles las partes la han estipulado libremente en el contrato, las mismas que se ven relativizadas con la reducción de la pena contemplada en el artículo 1346 del Código Civil.

En consecuencia, partiendo de la relevancia práctica que adquiere la estipulación de la cláusula penal en los contratos civiles con el objeto de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas entre las partes, cabe precisar que la presente investigación está orientada a determinar cuáles son los fundamentos jurídicos para que, en el Código Civil peruano se regulen criterios objetivos de reducción de la pena ante el incumplimiento de la obligación, a partir del análisis de las funciones de la cláusula penal, las teorías que justifican la reducción de la pena, los sistemas que regulan la revisión de la pena y de la legislación comparada. Es así que, la presente investigación, contribuye a que se puedan establecer presupuestos fijos y objetivos en el artículo 1346 del Código Civil, a fin de que los jueces procedan a la revisión de la pena, a través de su reducción, garantizando la autonomía de la voluntad de la partes y la seguridad jurídica que debe regir en la contratación, así como salvaguardar las funciones inherentes a la cláusula penal, en mérito a las cuales las partes de la relación obligación han pactado su estipulación en el contrato.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. FUNDAMENTOS IUSFILOSÓFICOS

Desde tiempos antiguos, el conocimiento jurídico ha sido objeto de estudio por los grandes filósofos. Así, se tiene que, desde Platón hasta Hegel, los filósofos han visto en el Derecho el campo principal de su actividad, tal es así, que la moderna Jurisprudencia viene a ser una prolongación de los grandes sistemas filosóficos (Legaz y Lacambra, 1952).

Según Cairns (citado por Legaz y Lacambra): “la filosofía ha dado a la ciencia jurídica la dirección metodológica, los ideales para la legislación y una profunda inteligencia práctica que contrapesa las abstracciones a que fácilmente se entregan los juristas” (1952, p. 10).

Ahora bien, teniendo en cuenta que la filosofía del derecho orienta no solo los aspectos metodológicos, sino también el sentido de las normas; cabe precisar que, la presente investigación se enmarca dentro de la corriente del positivismo jurídico, pues está destinada a establecer los fundamentos jurídicos para que, en el Código Civil peruano, se regulen criterios objetivos de reducción de la pena en los contratos con cláusula penal ante el incumplimiento de la obligación, así como una propuesta de modificación normativa. En ese sentido, respecto al positivismo jurídico, Hans Kelsen (1965, p. 131), señala que:

Con el nombre de positivismo se entiende aquella dirección de la filosofía y de la ciencia que toma como punto de partida lo positivo, lo dado, lo comprensible, por lo que su conocimiento y descripción es el único objeto de la investigación, razón por la cual elimina de la ciencia

toda metafísica trascendente, así como los conceptos que se refieren a lo suprasensible, o a las fuerzas y causas primeras y aun a las formas a priori del pensamiento (categorías). Con el nombre de positivismo jurídico se entiende aquella teoría jurídica que únicamente concibe como “derecho” al derecho positivo, por lo que no concede calidez alguna a ningún otro orden social.

En cuanto al positivismo jurídico, se pueden distinguir tres aspectos:

2.1.1. Como modo de acercarse al estudio del derecho

Se entiende como modo de acercarse al estudio del derecho en un sentido diferente al método, pues no se trata de instrumentos o técnicas utilizadas en la investigación, sino de delimitar el objeto de la investigación (Bobbio, 1965).

Al respecto, tal como precisa Bobbio (1965):

El positivismo jurídico está caracterizado por una clara distinción derecho real y derecho ideal o, utilizando otras expresiones equivalentes, entre derecho como hecho y derecho como valor, entre el derecho que es y el derecho del cual debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo. Si se quiere usar una sola palabra para designar esta forma de *approach* al derecho, se la podría llamar “científica” (p. 10).

En consecuencia, el positivismo como modo de entender al derecho, considera al derecho tal como es y no lo que debe ser, distinguiendo entre validez y valor del derecho, prescindiendo de toda legitimación ética.

2.1.2. Como teoría o concepción del derecho

El positivismo jurídico como teoría identifica al positivismo jurídico con la teoría estatal del derecho, al cual están vinculadas determinadas teorías, que tal como lo señala Bobbio (1965) son:

1) Con respecto a la definición del derecho, la teoría de la coactividad, según la cual se entiende por derecho un sistema de normas que se aplican por la fuerza, o bien, de normas cuyo contenido es la reglamentación del uso de la fuerza en un grupo social dado; 2) con respecto a la definición de norma jurídica, la teoría imperativa, según la cual las normas jurídicas son mandatos, con todo un cortejo de subdistinciones (mandatos autónomos o heterónomos, personales o impersonales, categóricos o hipotéticos, éticos o técnicos, abstractos o concretos, generales o individuales); 3) con respecto a las fuentes del derecho, la supremacía de la ley sobre las otras fuentes y la reducción del derecho consuetudinario del derecho científico, del derecho judicial, del derecho que deriva de la naturaleza de las cosas, al carácter de plenitud o de ausencia de lagunas y, subordinadamente, también de coherencia o falta de antinomias; 5) con respecto al método de la ciencia jurídica y de la interpretación, la consideración de la actividad del jurista o del juez como actividad esencialmente lógica, en particular, la consideración de la ciencia jurídica como mera hermenéutica (escuela francesa de la exégesis) o dogmática (escuela pandectista alemana) (p. 450).

2.1.3. Como una determinada ideología jurídica

El positivismo jurídico como ideología “representa la creencia en ciertos valores y, sobre la base de esta creencia, confiere a derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca de si correspondencia con el derecho ideal” (Bobbio, 1965, p. 47).

Como atribución al derecho de un valor positivo, existen diversos sistemas de argumentación. Así, Bobbio (1965) señala los siguientes:

1) El derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de una voluntad dominante, es justo; o sea, el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez o invalidez; 2) el derecho, como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza en una determinada sociedad, sirve con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la

obtención de ciertos fines deseables tales como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal (p. 47).

Por otro lado, se hace una distinción entre positivismo incluyente y positivismo excluyente. Por positivismo excluyente se entiende que “la moral está necesariamente excluida del concepto de derecho” (Raz citado por Robert Alexy, 2013, p. 156), por su parte el positivismo incluyente es aquel en el cual la moral no está excluida (Robert Alexy, 2013).

En tal virtud, resulta imperioso señalar que el artículo 1346 del Código Civil peruano, que regula la reducción de la pena, tiene sustento en el positivismo incluyente, esto es, contempla la posibilidad de revisar la penalidad convenida libremente por las partes atendiendo a cuestiones morales, tales como el abuso del derecho, la equidad entre las partes, el *favor debitoris*, siendo que los jueces al momento de reducir la pena interpretan la norma como la facultad que les otorga el ordenamiento jurídico, atendiendo a criterios subjetivos, cuando ésta devenga en manifiestamente excesiva.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la presente investigación está orientada a establecer los fundamentos jurídicos para la regulación de criterios objetivos de reducción de la pena en los contratos con cláusula penal ante el incumplimiento de la obligación, así como establecer una propuesta legislativa de modificación del artículo 1346 del Código Civil, esto no implica que el derecho esté totalmente desligado de la moral, pues ésta se constituye en un parámetro para la elaboración de normas jurídicas.

En ese sentido, teniendo en cuenta que el derecho no sólo supone un conjunto de normas dados por la autoridad, sino que es una creación humana que tiene como finalidad satisfacer ciertos fines y valores, el positivismo incluyente contribuye en el desarrollo de la presente investigación pues, entre otros, se analizaron las teorías que justifican la reducción de la pena, las cuales tienen su sustento en la moral correcta; asimismo, se estudiaron los sistemas de revisión de la pena, entre los cuáles cabe destacar el sistema de inmutabilidad relativa de pena al cuál se adhiere nuestro ordenamiento jurídico, y que se sustenta en cuestiones morales, pues se valora la desproporcionalidad de la penalidad para proceder a su reducción, así como al abuso del derecho.

Así también, en la presente investigación se analizaron normas de legislación comparada que regulan los límites a la revisión de la pena, a través de la reducción, lo cual ha permitido establecer las razones y criterios aplicables para la reducción de la pena en determinados casos, esto es, cuando se configuren determinados criterios objetivos, que permitan utilizar la cláusula penal con todos sus beneficios.

2.2. TEORÍA DE LOS CONTRATOS

2.2.1. Definición de contrato

El artículo 1341 del Código Civil peruano prescribe que: “el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial” (1984).

Desde una definición jurídica “se dice que hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos” (Manuel Ossorio, 2007, p. 217).

El contrato es considerado como fuente de obligación, con el cual se imponen normas o imperativos jurídicos, “es fuente de normas, y, por lo tanto, de deberes jurídicos, y, entonces, de obligaciones en sentido lato” (Ferri, 2004, p. xlviij).

Según Luigi Ferri (2004): “el negocio, y por lo tanto el contrato, nacen ya como actos normativos en el plano jurídico, porque los privados expresan, con el contrato, la potestad, atribuida a ellos por el ordenamiento, de crear normas jurídicas” (p. lvij).

2.2.2. Formación del contrato

A. La oferta

La oferta constituye un acto esencial en la formación del contrato, y es definida como “una declaración unilateral de voluntad de carácter recepticio, dirigida a un destinatario determinado; y como el acto con el cual un sujeto asume la iniciativa para la celebración del contrato, al proyectar el contenido de éste a otro sujeto (...)” (Ferri, 2004, p. 41).

Para Guido Alpa (2015, p. 48):

La oferta es un acto unilateral que crea vínculos a cargo del declarante incluso antes del momento en el cual es

aceptada por la contraparte; en efecto, la contraparte que es destinataria, puede apropiarse de ella, rechazarla, o no dar ningún curso a la oferta; el oferente estará vinculado mientras la oferta no sea revocada, aceptada o rechazada.

B. La aceptación

Al igual que la oferta la aceptación, también es un acto unilateral, que debe hacerse llegar al oferente para que el contrato se considere formado.

2.2.3. El objeto del contrato

El objeto del contrato coincide con el objeto de la obligación. En ese sentido el contrato debe ser posible, es decir que la actividad que las partes se han obligado sea física y jurídicamente posible; debe ser lícito, entendiendo como ilícito lo que contraviene la ley, el orden público y las buenas costumbres; asimismo, el objeto del contrato debe ser determinado o determinable.

2.2.4. La causa del contrato

La causa del contrato, no debe entenderse como lo integra el contenido del contrato, sino que la causa es “el *objetivo* del negocio” (Guido Alpa, 2015, p. 89), en tanto la causa es “el fin económico-social que las partes persiguen con el contrato” (Luigi Ferri, 2004, p. 227).

Al respecto, debe precisarse que no debe confundirse a la causa con el motivo, pues este es “la representación psíquica de un hecho o de

una situación, que incide en la voluntad del agente como estímulo o impulso, induciéndolo al negocio” (Luigi Ferri, 2004, p. 228).

2.2.5. El contrato como fuente de la cláusula penal

La cláusula penal surge como consecuencia del acuerdo de voluntades de las partes, esto es, del contrato. En ese orden de ideas, Lobato de Blas (citado por Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2003, p. 2504) señala que:

La penalidad estará integrada en una cláusula del negocio principal que garantiza (de ahí su nombre), pero no puede olvidarse, como se ha señalado, que ella puede ser constituida mediante negocio separado, lo que pone más claramente de relieve -si cabe aún- su origen contractual.

Al respecto Kemelmajer de Carlucci (1981, p. 44) señala que “la propia palabra 'cláusula' motiva -gramaticalmente- a sostener que la convención es su única fuente, porque la cláusula es la unidad elemental del contenido de la voluntad negocial”.

En ese sentido, “la cláusula penal es la estipulación en un contrato que se refiere a la pena o penalidad convenida para el caso de incumplimiento” (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2013, p. 1), la misma que tiene un carácter accesorio, pues “no podría existir sin una obligación cuyo cumplimiento resguarde o garantice” (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2003, p. 2473).

2.3. TEORÍAS QUE JUSTIFICAN LA REDUCCIÓN DE LA PENA

2.3.1. El abuso del derecho

En el antiguo derecho romano, Gayo ya habría esbozado una teoría general del abuso del derecho, “cuando, para justificar la interdicción de los pródigos y la prohibición a los dueños de maltratar a sus esclavos, sostuvo que no debemos hacer mal uso de nuestro derecho: *male enim nostro jure uti non debemus*” (Rodríguez Llerena, 1940, p.410).

A decir de Cuentas Ormachea (1997):

El derecho y su ejercicio nos permiten, pues, distinguir dos aspectos: a) Como atribución o facultad que corresponde a su titular; y, b) como la forma o modo cómo se hace uso de esa facultad. La noción del acto abusivo o abuso del derecho surge de esta distinción. (p. 465)

El abuso del derecho ha sido regulado en el último párrafo del artículo 103 de la Constitución Política del Perú, en virtud del cual: “La Constitución no ampara el abuso del derecho”. Por su parte el Código Civil acoge la teoría del abuso del derecho en el artículo II del Título Preliminar, el cual prescribe: “La Ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”, lo que significa que el abuso del derecho “supone el ejercicio de un derecho subjetivo para la satisfacción del interés propio en perjuicio de un tercero” (Cas. N.º 1705-2008 Piura, 2008).

Ahora bien, un sector de la doctrina considera que la reducción de la penalidad excesiva se justifica, pues constituiría un abuso del derecho en contra de los intereses del deudor; sin embargo, cabe precisar que, teniendo en cuenta que el abuso del derecho supone el uso indebido de un derecho subjetivo en perjuicio de otro para satisfacer un interés propio, esta teoría no se configura para el caso de la cláusula penal, la cual es pactada por acreedor y deudor en atención a su autonomía de voluntad y en igualdad de condiciones, pues en los contratos civiles paritarios, los cuales no se han celebrado con arreglo a cláusulas generales de contratación, los sujetos de la relación obligacional, celebran el contrato y estipulan las cláusulas en las mismas condiciones. En ese sentido, el deudor regula sus obligaciones con pleno conocimiento de que está pactando una penalidad para el caso de incumplimiento de la obligación; por lo que, siendo diligente en el cumplimiento de sus obligaciones, evitará ser compelido por los efectos de la cláusula penal.

2.3.2. La equidad

Otro argumento que se utiliza para justificar la modificación de la cláusula penal, es el de la equidad. Es así que, se distinguen los siguientes tipos de equidad:

A. Equidad Interpretativa

Este tipo de equidad, se aplica por el juez de manera residual, para el caso de imposibilidad de aclarar el verdadero significado del contrato, a fin de garantizar una interpretación justa de los

intereses de las partes. Es así que, el juez sólo podrá recurrir a la equidad cuando ya se hayan agotado otras reglas de interpretación (Alpa, 2015).

A decir de Guido Alpa (2015):

Para cumplir la armonización de los intereses, el juez no puede referirse ni a los criterios subjetivos, ni a los valores *extra ordinem*, debiendo permanecer al interior de la lógica del contrato, es decir, de su economía, y hacer que entre las prestaciones se conserve un equilibrio; equidad, en este sentido, significa por tanto balance de las prestaciones, es decir, equivalencia y; por lo tanto, equilibrio. (p. 494)

B. Equidad Correctiva

La equidad correctiva supone un balance entre las prestaciones, y tal como señala Guido Alpa, “se halla en el caso de reducción de la cláusula penal (art. 1384 C.C.), que puede ser reducida conforme equidad por el juez (...)” (2015, p. 495).

C. Equidad Cuantificadora

Este tipo de equidad “es aquella que determina el monto del daño y, por lo tanto, del resarcimiento o de la indemnización debida” (Alpa, 2015, p. 495).

En ese sentido, para el caso de la reducción de la pena convencional se aplica la equidad correctiva; toda vez que, la norma contempla la revisión de la pena por el juez cuando sea manifiestamente excesiva; sin embargo, teniendo en cuenta que esta equidad supone establecer un balance entre las prestaciones, implica realizar un análisis

probatorio de los daños y perjuicios, así como de su cuantía, a efectos de determinar la desproporción existente el monto de la cláusula penal y los daños y perjuicios efectivamente sufridos.

2.3.3. El deudor como la parte débil de la relación contractual

El término “contratante débil”, empezó a ser utilizado por primera vez como un término jurídico por la doctrina italiana en la década de los setenta (Ossola e Hiruela, 2007), dando origen al principio de *favor debitoris*.

Ahora bien, la debilidad solo puede darse en una relación jurídica intersubjetiva, en la cual se distingue entre relación intersubjetiva simétrica, es decir la que se da entre sujetos iguales, y relación intersubjetiva asimétrica, en la cual puede existir un desequilibrio o desigualdad entre los sujetos que intervienen en el contrato; no obstante, el concepto jurídico de debilidad no sólo supone la existencia de una relación jurídica intersubjetiva, sino de una asimetría de contratantes en la relación (Ossola e Hiruela, 2007).

Al respecto, cabe precisar que, es un criterio común considerar al deudor como la parte débil de la relación obligacional; sin embargo, debe observarse que, en los contratos paritarios, tanto el deudor como el acreedor intervienen en igualdad de condiciones. En ese sentido, Georges Ripert (Citado por Cárdenas Quirós, 2011) señala que:

A veces la democracia titubea al proteger al deudor, pues lo que designa a éste es la existencia de la obligación jurídica, y sería necesario, para que la protección siempre fuese justa, poder controlar la fuente e importancia de la obligación. Puede

acontecer que el acreedor sea más débil y más desafortunado que el deudor. La protección legal debe dirigirse entonces del lado del acreedor. En realidad, no hay una clase social de los deudores, y sólo por una simple presunción figura el deudor en la categoría de los seres débiles a quienes la ley quiere proteger. (p. 171)

Es así que, en lo que atañe a la reducción de la penalidad, nuestro Código Civil vigente, al igual que el Código de 1936, parte del supuesto de que el deudor es siempre la parte débil de la relación contractual, justificando así, la reducción de la pena, cuando esta deviene en excesiva; sin embargo, no se ha tenido en cuenta que con dicha reducción se entraría al litigio sobre la existencia y cuantía de los daños y perjuicios que hubiera dado lugar el incumplimiento de las obligaciones; asimismo, no se ha tomado en cuenta que las partes celebran el contrato en igualdad de condiciones, esto es, estamos ante dos sujetos iguales que deciden incorporar la cláusula penal en atención de su autonomía de la voluntad. Por tanto, la reducción de la penalidad convenida libremente por las partes debe obedecer a supuestos excepcionales a fin de que las funciones de cláusula penal no se vean desnaturalizadas, máxime si existe paridad de partes.

2.4. SISTEMAS QUE REGULAN LA REVISIÓN DE LA PENA

2.4.1. Inmutabilidad absoluta

Este sistema tiene sus orígenes en el Derecho Romano, en el cual la cláusula penal no podía ser modificada; sin embargo, se permitía la revisión excepcionalmente cuando la pena estuviera destinada a

encubrir intereses usurarios (Gutiérrez Camacho y Alfonso Rebaza González, 2010).

Ahora bien, cabe precisar que, el sistema de inmutabilidad absoluta fue regulado por el Código Civil Francés de 1804. Es así que, en el artículo 1134 prescribía que “el contrato es ley entre las partes”; y el artículo 1152, establecía que el deudor no podía pagar un monto mayor o menor al fijado en la cláusula penal (Gutiérrez Camacho y Alfonso Rebaza González, 2010).

En ese sentido, para este sistema la pena convencional no puede ser modificada, ya sea para reducirla o para aumentarla, pues debe ser cumplida en los términos en los cuales ha sido libremente pactada por las partes.

2.4.2. Inmutabilidad relativa

Según este sistema, la penalidad convenida puede ser revisada pero sólo para reducirla mas no para aumentarla.

Este sistema tiene su origen en el Código Civil alemán de 1900 (BGB), en el cual por primera vez se establece la posibilidad de reducir el monto de la cláusula penal (Gutiérrez Camacho y Alfonso Rebaza González, 2010).

Al respecto, Enneccerus, Kipp y Wolff (Citado por Osterling Parodi, 2010) señalan que el Código Civil Alemán:

Ha dispuesto que la pena convencional, desproporcionalmente elevada, ya vencida, pero aún no pagada, puede ser reducida

a un importe prudencial a petición del deudor”. Y agregan que, “si, como ocurre casi siempre, corresponde al acreedor una pretensión de indemnización por incumplimiento, puede exigir la pena, como importe mínimo del daño y, si el interés de cumplimiento es superior a la pena, puede exigir este plus, puesto que la pretensión dirigida a la pena tiende a ser una facilidad, pero no una limitación, de la pretensión de indemnización. (p. 4)

Por otro lado, cabe precisar que, el Código Civil peruano, contempla la posibilidad de reducir la pena cuando ésta sea manifiestamente excesiva; advirtiéndose que, nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado el sistema de inmutabilidad relativa de la pena.

2.4.3. Mutabilidad absoluta

De acuerdo a este sistema, el monto de la cláusula penal puede ser modificado tanto para reducir como para aumentar la pena. En ese orden de ideas, Cárdenas (citado por Osterling Parodi, 2010) señala que:

La mutabilidad absoluta permite tanto la disminución como el aumento del monto de la cláusula penal, en los casos en que ésta fuera manifiestamente elevada, y en los supuestos en que la penalidad pactada fuese irrisoria respecto del monto de los daños, respectivamente. (p. 5)

El sistema de la mutabilidad absoluta fue adoptado por las normas del Código Civil Alemán del año 1900, las mismas que fueron acogidas por el Código Federal Suizo de las Obligaciones de 1911, permitiendo que el monto de la cláusula penal sea reducido o aumentado a solicitud del acreedor o del deudor (Osterling Parodi, 2010).

Por otro lado, Osterling Parodi (2010) señala que:

El principal exponente de este sistema es el Código Civil francés de 1804, el cual, en la actual redacción de su artículo 1152, modificado mediante Ley N° 75597 de 19 de julio de 1975 y Ley W 85-1097 del 11 de octubre de 1985, otorga al juez la facultad de disminuir o aumentar, inclusive de oficio, la pena que haya sido convenida, si ésta fuera manifiestamente excesiva o diminuta. Mediante esta regulación se pretende salvar la incoherencia planteada bajo el sistema de inmutabilidad relativa, el cual concede la facultad de reducir el monto de la penalidad, pero no admite la posibilidad de aumentarla. (p.50)

2.5. REDUCCIÓN DE LA PENA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

En virtud de lo prescrito en el artículo 1346 del Código Civil: “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” (1984).

Por tanto, se advierte que, el sistema adoptado por el Código Civil Peruano de 1984 es el de inmutabilidad relativa, pues permite la reducción de la pena cuando ésta fuere manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

Es así que, respecto a los criterios adoptados para reducir la pena, la norma citada *ut supra* admitiría el empleo de criterios subjetivos; sin embargo, a efectos de no incurrir en arbitrariedades se hace necesario que, en nuestro Código Civil se regulen criterios objetivos que permitan la revisión judicial de la pena, pues con ésta se desnaturalizan las funciones por las cuales las partes han estipulado la cláusula penal en sus contratos en atención a su autonomía de la voluntad.

2.6. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CELEBRACIÓN DE LOS CONTRATOS CIVILES

2.6.1. Definición

El principio de la autonomía de la voluntad, también llamado autonomía privada, es entendido como “poder negocial reconocido por el Ordenamiento Jurídico para fines que las partes se autorreglamenten en función a la existencia de intereses dignos de tutela y protección” (Ortega Piana, 2013, p. 201); por lo que son las partes las llamadas a definir el contenido y los términos del contrato.

Este principio es el que da origen a la relación jurídica, para lo cual es necesario que se realice en plena libertad, lo que “supone que los sujetos que se obligan tienen plena autodeterminación individual del acto, el mismo que generará una relación obligacional que afectará su esfera de interés y su patrimonio” (Osterling Parodi, 2010, p. 1).

A decir de Marco Antonio Ortega Piana (2016):

En el marco de la autonomía privada, lo que pretenden las partes, a través de sus declaraciones coincidentes, es justamente un efecto: una relación jurídica vinculante, obligacional; de manera que ella sea el título sobre el cual pueda exigirse la prestación debida mediante la cual se satisface el interés del acreedor. (p. 143)

Según el Tribunal Constitucional, el principio de autonomía de la voluntad, tiene un doble contenido (STC 02158-2002-AA, 4 de agosto de 2004, Fj. 2):

i) La Libertad de contratar, llamada también libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata, y ii) la libertad contractual, también conocida como libertad de configuración interna, que es la de determinar el contenido del contrato.

2.6.2. Elementos de la autonomía de voluntad

Este principio supone el ejercicio de dos categorías de libertades: la libertad de contratar y la libertad contractual, siendo que Fernando de Trazegnies (citado por Soto Coaguila, 2003) considera una tercera categoría, esto es, la libertad como objeto del contrato.

A. La libertad de contratar

Es la libertad de conclusión o de autodecisión, en virtud de la cual las personas pueden contratar o no, así como decidir con quién contratar. Es así que, para Soto Coaguila (2003), la libertad de contratar comprende a su vez, "la libertad de contratar o no, es decir, celebrar un contrato y libertad de elegir al otro contratante" (p.529).

La libertad de contratar es un derecho fundamental regulado en el artículo 2, numeral 14) de nuestra Carta Magna, en tanto la libertad de elección del otro contratante es la facultad que se tiene para decidir con quién se va a celebrar el contrato.

A. Libertad contractual

Es la libertad de configuración interna o de autorregulación, y se constituye en la facultad que tienen las partes contratantes para

determinar libremente el contenido del contrato, así como las cláusulas que van a regir el contrato.

La libertad contractual implica elegir: “El tipo de contrato: típico o atípico; y las cláusulas, es decir, el contenido del contrato” (Soto Coaguila, 2003, p. 531).

B. La libertad como objeto del contrato

Según Fernando de Trazegnies (citado por Soto Coaguila, 2003), la “libertad como objeto del contrato significa que en derecho moderno no se puede establecer ni aún por consenso una limitación grave de la libertad, en los aspectos de ésta que se consideran esenciales para el funcionamiento de una sociedad libre” (p. 32).

2.6.3. Limitaciones a la autonomía privada

En el derecho de contratos, la autonomía de la voluntad cobra vital importancia, pues son las partes que determinan el contenido y la forma del contrato, esto es, “la libre elección que ejerce una persona en decidir con quién y en qué momento contrata y su correlativa libertad de regular también en libertad el contenido de sus contratos” (Chang Hernández, 2013, p. 403); sin embargo, cabe precisar que la autonomía de voluntad no se encuentra exenta de límites, pues en un Estado social y democrático como el nuestro, no existen derechos absolutos, tal es así que este principio fundamental encuentra sus límites en el orden público, las buenas costumbres, la norma

imperativa y otros derechos fundamentales; asimismo, resulta imperioso precisar que en el marco del derecho de obligaciones y contratos, la autonomía de la voluntad ha sido limitada, pues se han regulado instituciones como la lesión, la revisión judicial de la pena y la excesiva onerosidad de la prestación.

2.7. LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA CELEBRACIÓN DE LOS CONTRATOS CIVILES

La seguridad jurídica implica que el Estado debe garantizar a los contratantes el cumplimiento de sus contratos, otorgando mecanismos que permitan exigir el cumplimiento de las obligaciones, en respeto de los acuerdos adoptados.

A decir de López Oliva (2011):

La Seguridad Jurídica es un principio conocido en el área del derecho, que representa la certeza del conocimiento de todo lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el denominado poder público. La palabra seguridad proviene de securitas, la cual deriva del adjetivo securus (de segura) que, significa estar seguros de algo y libre de cuidados. En resumen, la Seguridad Jurídica es la certeza que tiene el individuo de la permanencia de su situación jurídica y no será modificada sino por procedimientos regulares y conductos establecidos de manera previa y clara por el derecho. (p.123)

Tal como señala Rivera Cervantes (2018), “la seguridad jurídica tiene como principio fundamental la idea de predictibilidad, es decir, que cada uno conozca de antemano las consecuencias jurídicas en sus relaciones con el Estado y los particulares” (p. 2).

Ahora bien, resulta imperioso hacer alusión al principio de obligatoriedad del contrato o *pacta sunt servanda*, en virtud del cual el contrato obliga a las partes contratantes a dar cumplimiento a las obligaciones contraídas, pues resulta

que, celebrado un contrato, surge entre las partes una relación jurídica obligacional; por lo que, resulta indispensable dotar de fuerza jurídica al contrato a fin de otorgar seguridad jurídica a las partes contratantes. Este principio se encuentra regulado en el artículo 1361 del Código Civil que prescribe: “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”.

Asimismo, este principio ha sido consagrado en artículo 62 de nuestra Carta Magna, en virtud del cual:

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

En ese sentido, se advierte que nuestro ordenamiento jurídico dota de fuerza vinculante y obligatoria a los contratos a fin de garantizar la seguridad jurídica en la contratación, impidiendo que el contrato sea modificado o dejado sin efecto por una de las partes, por el juez o por el legislador, si es que ha sido celebrado válidamente según las normas vigentes.

2.8. LA CLÁUSULA PENAL EN EL DERECHO DE OBLIGACIONES

2.8.1. Definición de la cláusula penal

Luis Díez-Picazo (citado por Soto Coaguila, 2005) señala que “Se denomina “pena convencional” a aquella prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento

o de cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal”
(p. 5).

Para Kemelmajer de Carlucci (1981), la cláusula penal es:

Un negocio jurídico o una convención o estipulación accesoria por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente. (p. 17)

Ahora bien, conforme al artículo 1341 del Código Civil peruano, “la cláusula penal es el pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad” (1984).

2.8.2. Características de la cláusula penal

A. Es un pacto accesorio

La cláusula penal es una estipulación accesoria, que tiene función garantista, dado que su existencia sólo es posible luego del surgimiento de la obligación principal.

B. Es preventiva

La cláusula penal es preventiva pues "se pacta porque los sujetos intervinientes prevén de antemano la posibilidad del eventual incumplimiento” (Pedro León citado por Osterling Parodi y Castillo Freyre, p. 2644).

C. Es subsidiaria

La cláusula penal es subsidiaria toda vez que funciona cuando ya no se tiene acción para exigir el cumplimiento de la obligación principal.

Para Kemelmajer de Carlucci (1981), “la cláusula penal tiene este carácter porque el objeto del contrato es siempre la obligación principal, entrando solo en su lugar por el incumplimiento imputable y a opción del acreedor” (p. 115).

2.8.3. Funciones de la Cláusula Penal

A. Función compulsiva y aflictiva

De acuerdo a esta función la cláusula penal es compulsiva en tanto “se dirige a castigar una conducta antijurídica, asegurando de esta manera el cumplimiento de la obligación” (Kemelmajer de Carlucci, 1981, p. 3), y es aflictiva, por cuanto “el deudor está constreñido psicológicamente al pago de la obligación principal” (Kemelmajer de Carlucci, 1981, p. 3).

En ese mismo orden de ideas, Llambias (2005) señala que: “la cláusula penal tiene también *una función compulsiva* en cuanto agrega un estímulo que mueve psicológicamente al deudor a cumplir la prestación principal para eludir la pena, que puede ser harto gravosa” (pp. 127-128).

Por su parte Borda (1986) precisa que la cláusula penal “es un medio de compulsar a los deudores a cumplir con sus obligaciones, ante la amenaza de una sanción, normalmente, más gravosa que la obligación contraída, exponiendo al deudor a un grave peligro para el caso de incumplimiento” (p. 196).

Conforme se establece en el artículo 1341 y artículo 1342 del Código Civil peruano, la función compulsiva puede ser compensatoria o moratoria. Así, el artículo 1341 del Código Sustantivo, prescribe:

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

En tal virtud, se advierte que el citado artículo regula a la función compulsiva compensatoria de la cláusula penal, pues está destinado a compeler al deudor al cumplimiento de la obligación, esto es, a que no incumpla con la obligación debida.

Por su parte, en virtud del artículo 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 a exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación”; por lo que se tiene que este artículo regula a la cláusula penal moratoria, en cuyo caso “tendrá como función compulsiva el

hacer que el deudor no deje de cumplir en tiempo oportuno, pues se vería expuesto a incurrir en mora y a que se desencadene la sanción correspondiente” (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2008, p. 939).

En ese sentido, conforme a la función compulsiva, la cláusula penal constriñe al deudor al cumplimiento de la obligación.

B. Función indemnizatoria o resarcitoria

Conforme a esta función, “la cláusula penal está destinada a limitar el resarcimiento de los daños que pueden originarse en el incumplimiento de la obligación” (Soto Coaguila, 2006, p. 93).

A decir de Osterling Parodi y Rebaza González (2005):

La cláusula penal cumple una primera función indemnizatoria, en cuanto importa una liquidación convencional, pactada por anticipado, de los daños y perjuicios que el incumplimiento de la obligación pudiera causar al acreedor. Se trata de una liquidación a forfait, puesto que no se sabe por adelantado cuál será el daño real. (p. 154)

Ahora bien, cabe precisar que esta función está regulada en el artículo 1341 del Código Civil Peruano, toda vez que el citado artículo hace referencia a que la penalidad, “tiene por efecto limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación” (1984).

Según Osterling Parodi y Castillo Freyre (2013): “(...) dentro del marco legal peruano es indudable que esta tiene una finalidad

claramente indemnizatoria, de conformidad con lo establecido por el artículo 1341 de la ley civil” (p.12).

En ese sentido, la cláusula penal está destinada a resarcir los daños y perjuicios que pudiera originar el incumplimiento de la obligación, esto es, cumple una función de prefijación o liquidación de los daños y perjuicios (Kemelmajer de Carlucci, 1981).

C. Función de simplificación probatoria.

En virtud de esta función, el acreedor puede exigir el cumplimiento de la cláusula penal sin probar el daño, por lo que constituiría “un pacto relativo a la carga de la prueba del daño” (Kemelmajer de Carlucci, 1981, p. 13).

Ahora bien, tal como señalan Osterling Parodi y Rebaza González (2005):

Esta función se deriva de la función indemnizatoria de la pena obligacional, en virtud de la cual la cláusula penal presenta un pacto relativo a la carga de la prueba del daño, lo que permite que el acreedor pueda exigir el cumplimiento de la pena sin necesidad de probar la existencia del daño no su cuantía (p. 155).

Resulta imperioso precisar que esta función se encuentra regulada en el artículo 1343 del Código Civil peruano, en virtud del cual:

La cláusula penal sólo podrá exigirse cuando el incumplimiento se deba a causa imputable al deudor, es decir, cuando el deudor haya incumplido totalmente su obligación o la haya cumplido irregularmente por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, salvo que mediara pacto

en contrario. Por eso no se exige, en principio, probar los daños y perjuicios sufridos.

En ese sentido, atendiendo a esta función, el acreedor podrá exigir el pago de la penalidad ante el incumplimiento de la obligación por parte del deudor, sin que sea necesario que se pruebe la existencia y cuantía de los daños y perjuicios sufridos, toda vez que habiéndose fijado “un avalúo convencional y anticipado de los eventuales y futuros daños y perjuicios que podría ocasionar el incumplimiento de la obligación (...), tal avalúo tendría por objeto evitar el debate en un proceso judicial acerca de su existencia y cuantía” (Castillo Freyre y Osterling Parodi, 2016, p.37).

D. Función punitiva

La cláusula penal cumple una función punitiva, por cuanto se constituye en una sanción para el caso de incumplimiento de obligación. Así, Díez Picazo (citado por Castillo Freyre y Osterling Parodi, 2016) la considera como “una sanción convencionalmente establecida del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso. De ahí su nombre de pena y de multa convencional” (p. 36).

En ese mismo orden de ideas, Soto Coaguila (2015) señala que “según esta función, la penalidad pactada constituye una sanción, esto es, una pena privada que recae en el deudor por el incumplimiento de su obligación” (p. 520).

2.8.4. Exigibilidad de la cláusula penal

Existen dos condiciones generales para la aplicación de la cláusula penal: la existencia de una obligación principal válida y la validez de la pena estipulada (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2003). Además, se debe configurar cualquiera de las siguientes condiciones:

A. Incumplimiento total, parcial, defectuoso, fuera de tiempo o de lugar de la obligación principal

Para Kemelmajer de Carlucci (1981) el primer presupuesto para que sea exigible la cláusula penal es que: "(...) exista un vínculo jurídico nacido con anterioridad al hecho que motiva la aplicación de la pena; es decir, una obligación principal previa que el deudor incumplió o cumplió parcial, defectuosamente, fuera de tiempo, lugar o modo convenido (...)" (p. 175).

En el mismo sentido Díez Picazo y Ponce de León (citado por Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2003) señalan que "la prestación de la pena se hace exigible en los casos de incumplimiento, de cumplimiento defectuoso o de retraso en la ejecución de la obligación principal" (p. 2668).

B. Constitución en mora del deudor

Respecto a la constitución en mora del deudor, Albaladejo (citado por Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2003) señala que:

(...) En las obligaciones de dar o hacer, la pena no puede ser exigida hasta que el deudor incurra en mora,

lo que generalmente no se produce automáticamente desde que llega el momento de cumplir y no se cumple, sino cuando llegado aquél, el acreedor exige el cumplimiento (p. 2670).

Conforme a lo establecido en el artículo 1333 del Código Civil peruano, se advierte que la regla adoptada es la mora por intimación y no la mora automática; por lo que, el deudor no se encontrará en mora por el incumplimiento de su obligación en tanto no se haya producido la intimación o requerimiento por el acreedor, a menos que se hubiese generado alguno de los casos de mora automática (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2003).

C. Incumplimiento imputable al deudor

Si el deudor actúa con la diligencia ordinaria debida, no le es imputable la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso; y por ende no le será exigible el cumplimiento de la cláusula penal por ausencia de culpa, lo que le exonera de responsabilidad. En ese sentido, basta que el deudor actúe con la diligencia ordinaria requerida para que no se atribuya la inejecución de la obligación o su cumplimiento irregular (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2003).

2.9. EVOLUCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL EN EL DERECHO PERUANO

2.9.1. Código Civil de 1852

Este Código siguiendo la tradición del Código Francés de 1804, adoptaba la tesis de inmutabilidad absoluta de la pena, toda vez que

la cláusula penal no podía ser modificada. Así, el artículo 1275, prescribía lo siguiente: “Si se estipuló el pago de cierta cantidad por daños e intereses, para el caso de no cumplirse el contrato, deberá observarse lo pactado” (Osterling Parodi, 1965, p. 17); sin embargo, la Comisión Reformadora del Código Civil, en el Anteproyecto presentado por Manuel Augusto Olachea, estableció en su artículo 179, la posibilidad de que el juez reduzca la pena cuando esta sea manifiestamente excesiva, siempre que se cumpliera con el supuesto del artículo 186, en virtud del cual “El valor de la pena impuesta en la cláusula penal no puede exceder al de la obligación principal” (Osterling Parodi, 1965, p. 18), con lo cual se establecía un límite para proceder a la reducción, el mismo que tenía como antecedente al Código Civil Brasileño de 1916.

2.9.2. Código Civil de 1936

Pese a que la Comisión Reformadora del Código Civil había presentado en el Anteproyecto de Código Civil, la posibilidad de establecer un límite para proceder a la reducción de la cláusula penal cuando esta devenga en excesiva, la Comisión revisora optó por prescindir de este criterio, optando por el sistema de inmutabilidad relativa de la pena. Es así que en el artículo 1227, prescribe: “El juez reducirá equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor” (Osterling Parodi, 1965, p. 19).

En ese sentido, se tiene que el Código Civil de 1936, permitía la modificación de la pena, pero sólo para reducirla más no para aumentarla.

2.9.3. Código Civil de 1984

Siguiendo la línea adoptada por el Código Civil de 1936, el Código Civil de 1984, faculta al juez la posibilidad de reducir la pena convencional. Así, el artículo 1346 del Código Civil de 1984, establece lo siguiente: “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”.

En consecuencia, nuestro Código Civil vigente, se adhiere al sistema de inmutabilidad relativa de la pena, pues permite su revisión a través de la reducción.

2.10. LA CLÁUSULA PENAL EN EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

Mediante Resolución Ministerial N.º 0046-2020-JUS, “Disponen publicación de ante proyecto de reforma del Decreto Legislativo N.º 295, Código Civil”, publicada el 6 de febrero de 2020 se resuelve “Artículo 1.- Disponer la publicación del ante proyecto de reforma del Decreto Legislativo N.º 295, Código Civil, conjuntamente con su Exposición de Motivos, en el Portal Institucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (www.gob.pe/minjus)”.

Entre las revisiones y propuestas de mejoras respecto al Decreto Legislativo N.º 295, Código Civil de 1984, realizadas por el Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano de 1984, elaborado por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil, constituido por Resolución Ministerial N.º 0300-2016-JUS, modificada mediante Resoluciones Ministeriales N.º 0183-2017-JUS y N.º 0047-2018- JUS, cabe destacar las siguientes modificaciones en torno a la cláusula penal:

2.10.1. Concepto de la Cláusula penal

En la propuesta de modificación, se establece el concepto de la cláusula penal en los siguientes términos:

Artículo 1341.-

1. La cláusula penal es el pacto por el cual se estipula una pena destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación, y que puede cumplir además una función de liquidación preventiva y global de un daño eventual.
2. La pena pactada en la obligación tiene por efecto excluir el daño resarcible, debiendo pagarse solamente el monto o la prestación convenida como penalidad, salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior.
3. En este último caso, el monto a pagarse o el valor de la prestación a ejecutarse por concepto de penalidad se imputa como parte de los daños y perjuicios probados si fueran mayores, los cuales se rigen por las reglas de la responsabilidad por inejecución de obligaciones.

Este artículo tendría dos características importantes, que conforme a la exposición de motivos son (Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano de 1984, 2019, p. 231):

En primer lugar, se ha querido dejar establecido que la cláusula penal es un mecanismo de tutela contra el incumplimiento y no

una manifestación de la tutela resarcitoria. En segundo lugar, se ha querido indicar cuáles son las funciones que cumple la cláusula penal, resaltando; por un lado, su función punitiva al reconocer que nos encontramos ante un supuesto de pena privada convencional; es decir, una sanción civil pecuniaria; y, por otro lado, su función de liquidar de forma preventiva y global un daño eventual.

2.10.2. Cláusula penal compensatoria y moratoria

Respecto a las clases de cláusula penal, se ha establecido la siguiente propuesta normativa:

Artículo 1342.- Cuando la cláusula penal es compensatoria el acreedor no tiene derecho a exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación. Por el contrario, cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor puede exigir adicionalmente el cumplimiento de la obligación.

Esta propuesta de modificación resulta de gran utilidad, toda vez que diferencia claramente a la cláusula penal compensatoria, moratoria o en seguridad de un pacto determinado.

2.10.3. Exigibilidad de pena

En cuanto a la exigibilidad de la pena, el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil, propone la siguiente modificación:

Artículo 1343.- Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor.

Es válido, pero no constituye cláusula penal, el pacto que tenga una función asegurativa, mediante el cual se devengue un monto dinerario o se ejecute una prestación, inclusive por causa no imputable.

Esta propuesta normativa, tal como lo establece la comisión revisora, tiene dos características centrales: en primer lugar, eliminar la posibilidad de que mediante pacto se establezca que la cláusula penal pueda ejecutarse inclusive en supuestos en donde el incumplimiento ha obedecido a una causa no imputable al deudor; en segundo lugar, dejar a salvo la validez del pacto por el cual las partes deban pagar una suma de dinero por un incumplimiento derivado de una causa no imputable, sin que dicho pacto constituya una cláusula penal (Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano de 1984, 2019).

2.10.4. Reducción judicial de la pena

En cuanto a la revisión de la cláusula penal, se ha establecido la siguiente propuesta normativa:

Artículo 1346.- El juez podrá, inclusive de oficio, previo contradictorio entre las partes, reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida. Es nulo todo pacto en contrario, así como la renuncia anticipada a solicitar la reducción de la cláusula penal.

Respecto a esta propuesta de modificación, debemos precisar que no compartimos el fundamento de que la pena sea reducida incluso de oficio por el juez, por cuanto, lejos de garantizar la funcionalidad de la cláusula penal, se contribuye a la desnaturalización sus funciones, confundiendo la función punitiva con la posibilidad de que el juzgador este facultado, incluso de oficio, con modificar la penalidad convenida libremente por las partes.

2.11.LA REDUCCIÓN DEL MONTO DE LA CLÁUSULA PENAL EN EL DERECHO COMPARADO

2.11.1. En el Código Civil Brasileño de 2002

En el Código Civil de Brasil del 2002, aprobado mediante Ley N.º 10406 del 10 de enero de 2002, la cláusula penal es regulada en el Capítulo V, a partir del artículo 408 al artículo 416. En ese sentido, cabe destacar lo prescrito en el artículo 412⁶ del Código Civil de Brasil, en virtud del cual: “El valor impuesto en la cláusula penal no podrá exceder el de la obligación principal”, esto es, se mantiene el precepto establecido en el Código Civil de 1916, de que la penalidad convenida no puede exceder el monto de la obligación principal.

Ahora bien, conforme se aprecia de la norma citada, el Código Civil de Brasil establece como límite para pactar una cláusula penal, que ésta no exceda el monto de la obligación principal.

Por otro lado, en cuanto a la reducción de la penalidad convenida por las partes, el artículo 413⁷ del Código Civil de Brasil, prescribe: “La pena debe ser reducida equitativamente por el juez si la obligación principal se ha cumplido en parte o si el monto de la pena es manifiestamente excesivo, teniendo en cuenta la naturaleza y finalidad del negocio”. En ese sentido, se advierte que el sistema

⁶ Artículo 412 del Código Civil de Brasil, obtenido de <https://www.iberred.org> › legislacion-codigo-civil, traducido por Google Traductor, cuyo texto original prescribe: “*O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal*”.

⁷ Artículo 413 del Código Civil de Brasil, obtenido de <https://www.iberred.org> › legislacion-codigo-civil, traducido por Google Traductor, cuyo texto original señala: “*A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio*”.

jurídico brasileño se adhiere al sistema de inmutabilidad relativa de la pena, pues se permite la revisión de la cláusula penal a través de su reducción; sin embargo, al establecerse un límite, la reducción de la penalidad sólo procederá siempre que se exceda el monto de la obligación principal, permitiendo así salvaguardar las funciones de la cláusula penal.

2.11.2. En el Código Civil Federal de México

El Código Civil Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, actualizado con su última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de enero de 2024⁸, regula a la cláusula penal, a partir del artículo 1840, hasta el artículo 1850. Así se tiene que, el artículo 1840 prescribe: “Pueden los contratantes estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida. Si tal estipulación se hace, no podrán reclamarse, además, daños y perjuicios”, lo que denota la función compulsiva de la cláusula penal.

Por otro lado, el artículo 1842, establece que: “Al pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno”, con lo que hace manifiesta la función de simplificación probatoria de la cláusula penal, esto es, que las partes pactan una penalidad a fin de evitar entrar al debate probatorio de los

⁸ Obtenido de <https://www.oas.org/dil/esp/C%C3%B3digo%20Civil%20Federal%20Mexico.pdf>

posibles daños y perjuicios que pudiera originar el cumplimiento de la obligación.

Ahora bien, resulta imperioso señalar lo estipulado en el artículo 1843, en virtud del cual: “La cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal”, precepto que al igual que el regulado en el Código Civil de Brasil del 2002, supone establecer un límite a la estipulación de la cláusula penal e impide que ésta sea reducida en todos los supuestos que el deudor la considera excesiva, sino que la revisión de la penalidad sólo operará cuando exceda al monto de la obligación principal.

Asimismo, conforme a lo establecido en los artículos 1844 y 1845, se tiene que el Código Federal Mexicano⁹, contempla el sistema de la inmutabilidad relativa de la pena, al permitir modificar la cláusula penal cuando la obligación ha sido incumplida parcial o totalmente, pudiendo el juez modificar la pena en proporción de la obligación cumplida o equitativamente, teniendo en cuenta la naturaleza y demás circunstancias de la obligación; no obstante, la reducción no operará en todos los casos en los que lo solicite el deudor, sino únicamente cuando la pena convenida exceda el monto de la obligación principal.

⁹ Publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, actualizado con su última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de enero de 2024.

2.11.3. En el Código Civil Chileno de 2000

El Código Civil de Chile promulgado el 16 de mayo del 2000, en el Título XI regula Las Obligaciones con Clausula Penal¹⁰. Así, en el artículo 1535, define a la cláusula penal señalando: “La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal”.

Al respecto, cabe destacar lo prescrito en el artículo 1544, en virtud del cual:

Quando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.

La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular.

En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme.

En ese sentido, se advierte que el Código Chileno establece un límite para proceder a la reducción de la pena, pues ésta sólo podrá reducirse en lo que exceda al duplo del monto de la obligación principal, y cuando el interés exceda al interés máximo permitido por ley. Al respecto cabe precisar que, al establecerse un límite para la

¹⁰ Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1803.pdf>

reducción de la cláusula penal, la penalidad convenida libremente por las partes puede cumplir con las funciones por las cuales se ha estipulado en el contrato, dando lugar a la revisión de la pena únicamente cuando exceda el límite impuesto por ley.

2.12. CRITERIOS OBJETIVOS DE REDUCCIÓN DE LA PENA

Sobre la reducción judicial de la pena el artículo 1346 del Código Civil peruano prescribe lo siguiente: “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”.

En ese sentido, se advierte que dicho artículo admite el empleo de criterios tanto objetivos como subjetivos para que el juez a solicitud del deudor pueda reducir la pena. Es así que, en el primer supuesto se contempla la reducción equitativa de la pena cuando “sea manifiestamente excesiva”, lo cual denota un criterio subjetivo, pues requiere que la penalidad sea manifiestamente abusiva, dejando a la discreción del órgano jurisdiccional su determinación.

Ahora bien, en el segundo supuesto, se contempla que la penalidad sea reducida por el órgano jurisdiccional cuando “la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida”; por lo que, en dicho supuesto el juez “no podría negarse a reducir el monto de la penalidad cuando el deudor demuestre -de manera objetiva- que el monto de los daños derivados de su incumplimiento se encuentra por debajo de lo pactado en la cláusula penal” (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2013, p.20).

Sin embargo, respecto a la reducción de la pena “manifiestamente excesiva”, todo parece reducirse al criterio que adopte el juez al resolver, lo que en algunos casos puede conllevar a la arbitrariedad, si no se verifica en base a las pruebas aportadas por las partes la existencia y cuantía de los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el incumpliendo de la obligación, que fue precisamente lo que se quiso evitar con la estipulación de la cláusula penal en el contrato, sustituyéndose así la voluntad las partes por un costoso proceso judicial.

En ese sentido, resulta necesario que en nuestro Código Civil se regulen criterios objetivos de reducción de la pena, que permitan utilizar la cláusula penal con todos sus beneficios. Por tanto, entiéndase como criterios objetivos de reducción de la pena, aquellos criterios que permitan la revisión de la penalidad en casos excepcionales a fin de garantizar el respeto de la autonomía de voluntad y la seguridad jurídica en la celebración de los contratos civiles, así como salvaguardar las funciones de la cláusula penal. En consecuencia, se deberán considerar los siguientes criterios objetivos de reducción de la pena:

A. Penalidad que excede el monto de la obligación principal

Teniendo en cuenta las funciones en mérito a las cuales, las partes estipulan la cláusula penal en su contrato, y habida cuenta que la reducción de la pena no sólo conlleva a la desnaturalización de sus funciones, sino que también limita el principio de autonomía de la libertad, contribuyendo a la inseguridad jurídica, la revisión de la pena a través de su reducción, debe operar excepcionalmente, cuando se configuren

determinados criterios objetivos, partiendo de establecer un límite que permita la reducción de la pena convencional.

Cabe precisar que, si bien resulta lógico que, el valor de la pena impuesta sea elevado, a fin de desincentivar el incumplimiento de la obligación, nuestro Código Civil debe fijar un límite máximo para proceder a la reducción de la pena.

Al respecto, el Código Civil de Brasil del 2002, aprobado mediante Ley N.º 10406 del 10 de enero de 2002, en el artículo 412¹¹ señala lo siguiente: “El valor impuesto en la cláusula penal no podrá exceder el de la obligación principal”, manteniendo el precepto establecido en el Código Civil de 1916, de que la penalidad convenida no puede exceder el monto de la obligación principal. En ese sentido, se advierte que la norma citada establece como límite para pactar una cláusula penal, que su valor no exceda el monto de la obligación principal.

Asimismo, el artículo 413¹² del citado Código Civil de Brasil, prescribe: “La pena debe ser reducida equitativamente por el juez si la obligación principal se ha cumplido en parte o si el monto de la pena es manifiestamente excesiva, teniendo en cuenta la naturaleza y finalidad del negocio”; por lo que, se advierte que el sistema jurídico brasileño se adhiere al sistema de inmutabilidad relativa de la pena, al permitir la

¹¹ Artículo 412 del Código Civil de Brasil, obtenido de <https://www.iberred.org> › legislacion-codigo-civil, traducido por Google Traductor, cuyo texto original prescribe: “*O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal*”.

¹² Artículo 413 del Código Civil de Brasil, obtenido de <https://www.iberred.org> › legislacion-codigo-civil, traducido por Google Traductor, cuyo texto original señala: “*A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio*”.

revisión de la pena; no obstante, la reducción de la penalidad, sólo procederá si el valor impuesto en la cláusula penal no excede el de la obligación principal, lo cual permite salvaguardar las funciones de la pena convenida libremente por las partes.

En el mismo orden de ideas, el Código Civil Federal de México, publicado en el Diario Oficial de la Federación, los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, actualizado con su última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de enero de 2024, regula a la cláusula penal, a partir del artículo 1840 hasta el artículo 1850. Es así que, el artículo 1843, prescribe: “La cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal”, precepto que al igual que el regulado en el Código Civil de Brasil del 2002, supone establecer un límite a la estipulación de la cláusula penal e impide que ésta sea reducida en todos los supuestos que el deudor la considere excesiva, sino que establece que la revisión de la penalidad sólo operará cuando exceda al monto de la obligación principal.

De otro lado, cabe precisar que el Código Civil Chileno de 2000, promulgado el 16 de mayo del 2000, en el artículo 1544, prescribe lo siguiente:

Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.

La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular.

En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme.

Es decir que, el Código Civil Chileno fija criterios objetivos para proceder a la reducción de la cláusula penal, pues la pena sólo podrá reducirse en lo que exceda al duplo del monto de la obligación principal, y cuando el interés exceda al interés máximo permitido por ley.

En ese sentido, en concordancia con lo estipulado en el Código Civil Brasileño del 2002 y el Código Civil Federal de México, publicado en el Diario Oficial de la Federación, los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, actualizado con su última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de enero de 2024, consideramos que procederá la reducción de la pena, siempre que ésta exceda el monto de la obligación principal y hasta por dicho monto, con lo cual se establecería un límite que permitirá determinar cuándo corresponde la modificación de la penalidad, a fin de garantizar el respeto de la autonomía de la voluntad, así como la seguridad jurídica en la celebración de los contratos civiles, salvaguardando las funciones inherentes a la cláusula penal.

Por tanto, de verificarse que la penalidad pactada libremente por las partes contratantes no excede el monto de la obligación principal, no correspondería realizar la reducción; no obstante, de verificarse que la pena excede el monto de la obligación principal, podrá reducirse cuando sea desproporcional a la cuantía de los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el incumplimiento de la obligación.

B. Penalidad moratoria que excede el interés máximo convencional fijado por el Banco Central de Reserva del Perú, en el caso de obligaciones dinerarias

Este tema está estrechamente vinculado con las penalidades usurarias, toda vez que, en las obligaciones de dar sumas de dinero, cuando la cláusula penal cumple la función de indemnizar los daños que pudiera ocasionar que el deudor no cumpla con la obligación en el tiempo oportuno, esto es, cuando la cláusula penal cumple una función moratoria, en la práctica podría darse la situación de establecer penalidades con un monto superior a la tasa máxima de intereses permitida por ley. Por lo que, “se estaría encubriendo bajo la forma de penalidad lo que en verdad constituye un interés usurario”. (Gutiérrez Camacho y Rebaza Gonzáles, 2022, p.1020).

Es así que, Mazzaresse (citado por Gutiérrez Camacho y Rebaza Gonzáles), señala lo siguiente:

Mediante la cláusula penal no se realiza compensación propia, perfecta e inmediata entre la prestación debida al acreedor y la contraprestación usuraria; por el contrario, se trata de una compensación impropia, indirecta y mediata instrumentalizando la función sancionatoria que produce la penalidad por retardo o falta de cumplimiento de la prestación principal (2022, p. 1020).

Al respecto, cabe destacar que, el Código Civil Chileno del 2000, prescribe en su artículo 1544, que para el caso del mutuo “podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular”.

En ese sentido, se advierte que el Código Civil Chileno establece un límite para proceder a la reducción de la pena, cuando ésta exceda al interés

máximo permitido por ley, pues fija una cantidad que la penalidad no puede superar.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los intereses son la compensación por el uso del dinero, y cuando son moratorios constituyen una indemnización por el incumplimiento temporal, el artículo 1243 del Código Civil peruano establece que los intereses convencionales, sean compensatorios o moratorios, no deben exceder las tasas máximas fijadas por el Banco Central de Reserva del Perú; por lo que, en el caso de obligaciones dinerarias, en las que se estipule una penalidad moratoria, a fin de salvaguardar las funciones de la cláusula penal, deberá establecerse un límite respecto al monto de la penalidad, en el sentido de que no exceda el interés máximo convencional establecido por el Banco Central de Reserva, a partir del cual podrá evaluarse cuando corresponde la reducción de la pena convencional por parte del órgano jurisdiccional.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

La presente investigación, atendiendo a su tipología y métodos empleados, está orientada a determinar los fundamentos jurídicos para que, en el Código Civil se regulen criterios objetivos de reducción de la pena en el ante el incumplimiento de la obligación. Para ello, se analizaron los artículos que regulan la cláusula penal y la reducción judicial de la pena en el Código Civil peruano; asimismo, se analizaron datos provenientes de la doctrina nacional y extranjera, así como de legislación comparada.

Ahora bien, en la presente tesis se propuso como objetivos específicos: a) Analizar el derecho a la autonomía de la voluntad y sus límites respecto a la reducción de la penalidad convenida libremente por las partes; b) Evaluar si la reducción de la pena ante el incumpliendo de la obligación atenta contra la seguridad jurídica; c) Determinar si la reducción de la pena conlleva a la desnaturalización de las funciones por las cuales las partes han incorporado la cláusula penal en el contrato; y d) Proponer la regulación de presupuestos objetivos en el Código Civil para la reducción de la pena en los contratos civiles con cláusula penal.

Al respecto, cabe precisar que, los mencionados objetivos se han cumplido a lo largo la presente investigación, permitiéndonos analizar la relevancia que adquiere el respeto de la autonomía de la voluntad en la celebración de los contratos civiles, así como su limitación con la reducción de la penalidad convenida libremente por las partes, sin que exista una vulneración al orden público, buenas costumbres o norma imperativa. Asimismo, los objetivos específicos, han permitido evaluar la importancia que cobra la seguridad jurídica en la celebración de los contratos

civiles, la misma que se ve afectada con la reducción judicial de la pena convencional.

Así también, los objetivos específicos planteados en la presente investigación han permitido analizar las funciones de la cláusula penal en mérito a las cuáles las partes la han incluido en el contrato, las mismas que no se cumplen a cabalidad con la reducción de la pena libremente convenida.

Es así que, a partir de la legislación comparada, en la presente investigación se desarrollaron criterios para la reducción de la penalidad, lo que permitió proponer la regulación de presupuestos objetivos para que, en el Código Civil los jueces procedan a la reducción de la pena en los contratos civiles con cláusula penal.

3.1. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN

Cómo se ha señalado a lo largo de la presente investigación, nuestro ordenamiento jurídico se adhiere al sistema de inmutabilidad relativa de la cláusula penal, pues el artículo 1346 del Código Civil peruano permite la revisión judicial de la pena, a través de su reducción, cuando ésta sea “manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida”

Sobre el particular, se advierte que la norma admite el empleo de criterios tanto objetivos como subjetivos para que el juez pueda reducir la pena convencional; siendo que, respecto del incumplimiento parcial o irregular, sí se justifica la reducción de penalidad convenida de las partes, siempre que dicho incumplimiento sea imputable al deudor; no obstante, cuando la norma regula la reducción de la pena “manifiestamente excesiva” deja a discreción del juzgador la decisión de si la penalidad es excesiva o suficiente para

garantizar el incumplimiento de la obligación, dejando que éste actúe con criterio de conciencia, dando lugar a la posibilidad de que pueda cometer una arbitrariedad, pues la citada norma no contempla criterios objetivos que permitan al magistrado determinar cuándo una pena resulta ser excesiva para los fines de garantizar el cumplimiento de la obligación.

En ese sentido, al no existir un límite objetivo y fijo en la norma que permita delimitar el monto de la “penalidad manifiestamente excesiva”, el órgano jurisdiccional procede a la reducción de la pena convencional, atendiendo a criterios subjetivos, sin que en la mayoría de los casos realice un análisis probatorio, tal como se advierte a continuación:

Expediente	Resolución	Fecha	Materia	Argumentos de Reducción de la pena
	Casación N.º 1753-1997-Lima	24/09/1998	Obligación de dar suma de dinero	✓ Apreciación subjetiva del Magistrado
Expediente N.º 2007-1365-0-0901-JP-CI-09	Resolución N.º 8 (Sentencia)	06/08/2008	Obligación de dar suma de dinero	✓ Abuso del derecho
	Casación N.º 16660-2014-Lima, 2015	17/06/2015	Obligación de dar suma de dinero	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Abuso del derecho ✓ Enriquecimiento indebido ✓ Deber del juez de verificar las pruebas

Expediente	Resolución	Fecha	Materia	Argumentos de Reducción de la pena
Expediente N.° 00631-2017-0-3001-JP-CI-01	Resolución N.° 9 (Sentencia)	18/09/2019	Obligación de dar suma de dinero	✓ Abuso del derecho
Expediente N.° 03912-2016-0-0901-JR-CI-04	Resolución N.° 17 (Sentencia)	08/11/2022	Obligación de dar suma de dinero	✓ Equidad
Expediente N.° 01959-2020-0-1801-JP-CI-03	Resolución N.° 5 (Sentencia)	16/05/2023	Obligación de dar suma de dinero	✓ Igualdad de las partes ✓ Criterio de conciencia
Expediente N.° 09639-2021-0-1801-JR-CI-03	Resolución N.° 5 (Sentencia)	10/01/2024	Obligación de dar suma de dinero	✓ Pena abusiva ✓ Desproporcionalidad de la penalidad

Del precitado cuadro, cabe precisar que, en la Casación N.° 1753-1997-Lima de 24 de setiembre de 1998, la Sala Civil de la Corte Suprema ha considerado en el fundamento quinto que la reducción de la penalidad procede “con el único fin de fomentar el contenido ético de las relaciones contractuales”, señalando además en el fundamento sexto que la reducción aludida obedece a “una apreciación subjetiva del Magistrado” (Casación N.° 1753-1997-Lima, 1998).

De otro lado, cabe resaltar que, el fundamento décimo primero de la Sentencia contenida en la Resolución Número Ocho de 6 de agosto del año 2008, emitida en el Expediente N.º 2007-1365-0-0901-JP-CI-09, el Noveno Juzgado de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, evaluó la cláusula penal dentro del ámbito de justicia y equidad, reduciendo el monto de penalidad a fin de evitar validar “un evidente abuso del derecho de la parte demandante frente al obligado”.

Así también, mediante Sentencia de primera instancia contenida en la Resolución Número Quince de 28 de octubre de 2011, el Trigésimo Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, consideró que: “el establecimiento de una penalidad a favor del acreedor configura un abuso del derecho y de hacerse efectivo produciría enriquecimiento indebido” (Casación N.º 16660-2014-Lima, 2015); por lo que, no se amparó el pago de la cláusula penal. Al respecto, cabe precisar que, dicha sentencia, fue confirmada mediante Sentencia de Vista de 5 de marzo de 2014; sin embargo, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Casación N.º 16660-2014-Lima, de 17 de junio de 2015, declaró fundado el recurso de casación y ordenaron a la Sala Superior emitir nuevo fallo; por cuanto, tal como señala en su fundamento décimo primero, la sentencia de vista no habría “contestado debidamente todos los agravios alegados por el recurrente en su recurso de apelación”; además de que el juez “tiene el deber de verificar lo señalado por las partes y realizar los actos tendientes a dilucidar el conflicto mediante la prueba”, ello a fin de determinar las “penalidades” (Casación N.º 16660-2014-Lima, 2015).

En el mismo sentido, en la Sentencia contenida en la Resolución Número Nueve de 18 de setiembre de 2019, emitida en el Expediente N.º 00631-2017-0-3001-JP-CI-01, el Juzgado de Paz Letrado Civil de Villa María de Triunfo de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, en el fundamento 25 señala que, para proceder a la reducción de la penalidad convenida debe atenderse a que el artículo II del Título Preliminar del Código Civil establece que "La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho"; asimismo, en el fundamento 26, el órgano jurisdiccional considera "reducir prudencialmente la suma dineraria de la penalidad obligacional, en atención a un criterio de equidad (...)"; sin embargo, dicha sentencia no sustenta adecuadamente el criterio adoptado para la reducción de la pena convencional, tal como lo señala el fundamento 6.8 de la Sentencia de Vista contenida en la Resolución Número Diez de 13 de octubre de 2021, emitida por el Juzgado especializado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur en el Expediente N.º 00631-2017-0-3001-JP-CI-01.

Así también, el Sexto Juzgado Especializado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte en la Sentencia contenida en la Resolución Número Diecisiete de 8 de noviembre de 2022, emitida en el Expediente N.º 03912-2016-0-0901-JR-CI-04, en el considerando quinto, respecto a la cláusula penal pactada por las partes, señala que "en el caso de las penalidades al Juez se le da la potestad de reducir equitativamente la pena", siendo que, el monto acordado como penalidad no resultaría equitativo, colisionando con lo regulado en el artículo 1362 del Código Civil; por lo que, considera aceptable reducir la penalidad "equilibrando la misma", en

atención al principio de equidad establecido en el artículo 1332 del Código sustantivo, reduciendo la pena en un 50%.

Igualmente, mediante Sentencia contenida en la Resolución Número Cinco de 16 de mayo de 2023, emitida en el Expediente N.º 01959-2020-0-1801-JP-CI-03, el Tercer Juzgado de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró fundada en parte la demanda interpuesta sobre pago de penalidades generadas en virtud del contrato denominado cancelación parcial de garantía hipotecaria, en el cual se fijó el 1.5% de penalidad mensual de la renta.

Al respecto, el órgano jurisdiccional en el fundamento sexto de la sentencia, procedió a reducir el monto de la cláusula penal en 0.75%, por considerarla excesiva, citando jurisprudencia que le permitió “resolver de acuerdo al criterio de conciencia”; asimismo, aplicó “el principio de igualdad de las partes”, así como lo establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, en virtud del cual el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso.

De las resoluciones citadas, se advierte que los magistrados al reducir la pena, no realizan una evaluación objetiva de los medios probatorios ofrecidos por las partes, sino que prevalece el criterio subjetivo, pues queda a discrecionalidad del juez la reducción de la penalidad convenida por acreedor y deudor, ante lo cual resulta necesario que, en nuestro Código Civil se regule la configuración de determinados criterios objetivos partiendo de establecer un límite que permita la reducción de la pena, a efectos de

evitar que el órgano jurisdiccional incurra en arbitrariedades y de que las funciones de la cláusula penal se vean desnaturalizadas.

Sin perjuicio de lo expuesto, con mayor análisis probatorio, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima en la Sentencia de Vista contenida en la Resolución Número Cinco de 10 de enero de 2024, emitida en el Expediente N.º 09639-2021-0-1801-JR-CI-03, hace mención a la buena fe contractual, así como a la denominada *interpretatio contra stipulatorem* y a la cláusula penal abusiva debido a la desproporcionalidad de la penalidad, evidenciando en el fundamento 14, que la pena pactada excedía el 100% del valor del arrendamiento, conforme se detalla a continuación:

14. (...)

Por otro lado, se aprecia que, si bien se puede advertir que ambas partes celebraron la adenda del Contrato, por ende, se obligaron a los términos y condiciones contractuales, también se observa que la Cláusula Segunda (cláusula penal) fue impuesta por el demandante, pudiendo considerarse hasta abusiva tal imposición, toda vez que entendemos una cláusula abusiva como aquella predispuesta por una de las partes en ejercicio de su posición fuerte, con la cual genera un beneficio injustificado y desproporcionado en comparación de la otra parte, la cual se ve evidentemente afectada. En efecto, se pactó como penalidad el pago del 5% del valor de la renta [lo que equivale a la suma de US\$ 6,00.00 dólares americanos] por cada día de atraso en el pago de la merced conductiva, también es cierto que dicha penalidad supera el 100% del valor del arrendamiento [US\$ 12,000 dólares americanos] si consideramos un atraso de 30 días [US\$ 18,000.00 dólares americanos], por tanto, no cabe una compensación equitativa cuando la penalidad supera el valor del arrendamiento. (2024, pp.7-8)

Dicha resolución, no sólo se centra en el análisis subjetivo del magistrado a fin de proceder a la reducción judicial de la pena, sino que, el órgano jurisdiccional analiza la desproporción existente entre el monto de la pena convencional y el monto de la obligación principal, señalando incluso que la penalidad supera el valor del arrendamiento; sin embargo, al no existir un

límite objetivo previsto en la norma para proceder a la reducción de la penalidad convenida por las partes, el juez finalmente procederá a la reducción equitativa de la pena, lo que revela la necesidad de que en nuestro Código Civil peruano se regulen criterios objetivos de reducción judicial de la pena ante el incumplimiento de la obligación.

3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Al respecto, cabe precisar que, la hipótesis planteada es la siguiente: Los fundamentos jurídicos para que, en el Código Civil peruano se regulen criterios objetivos de reducción de la pena en los contratos con cláusula penal ante el incumplimiento de la obligación, son: a) Garantizar el respeto de la autonomía de la voluntad en la celebración de los contratos civiles; b) Garantizar la seguridad jurídica en la celebración de los contratos civiles; y c) Salvaguardar las funciones de la cláusula penal, la misma que se ha establecido para garantizar el cumplimiento de la obligación. Por lo que, a efectos de determinar si se cumple o no la hipótesis, se analizarán cada uno de los elementos hipotéticos, conforme se detalla a continuación:

A. Garantizar el respeto de la autonomía de la voluntad

Como se ha precisado a lo largo de la presente investigación, la cláusula penal es un pacto accesorio al contrato, por medio del cual las partes fijan anticipadamente una indemnización de los posibles daños y perjuicios que pudiera originar el incumplimiento de la obligación en estricto respeto de su autonomía privada; por lo que, serán aquellas quienes decidan el contenido del contrato fijando una penalidad cuyo monto esté acorde no sólo con los posibles daños y perjuicios que

devengan del incumplimiento contractual y por el cual las partes puedan responder. En tal virtud, la cláusula penal en principio fue concebida para ser inmutable, esto es, no podía ser modificada; sin embargo, posteriormente surgió el sistema de la inmutabilidad relativa, al que se adhiere nuestro ordenamiento jurídico, al permitir en el artículo 1346 del Código Civil, la reducción de la pena por parte del juez cuando esta sea “manifiestamente excesiva”, hecho que denota un criterio netamente subjetivo, pues no se han establecido límites o criterios objetivos que permitan determinar cuándo nos encontramos ante una penalidad excesiva, máxime si son las partes quienes han pactado la cláusula penal en atención al principio de autonomía de voluntad.

Ahora bien, cabe precisar que la autonomía privada o autonomía de la voluntad “es concebida como la facultad o el poder jurídico que tienen las personas para regular sus intereses, contado para ello con la libertad para contratar y la libertad contractual o libertad para determinar el contenido del contrato” (Soto Coaguila y Vattier Fuenzalida, 2011, pp. 161-162).

En ese sentido, se tiene que “la autonomía privada es el poder reconocido a las personas para regular, dentro del ordenamiento jurídico, sus propios intereses y crear libremente relaciones jurídicas entre sí” (De la Puente y Lavalle, 2017, p. 164). Este principio tiene un doble contenido: **a) la libertad de contratar o de conclusión**, “que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata, sabiendo

que con ello se va a crear derechos y obligaciones” (De la Puente y Lavalle, 2017, p. 164); y **b) la libertad contractual, o de configuración interna**, “que es la de determinar el contenido del contrato, o sea el modelado del mismo” (De la Puente y Lavalle, 2017, p. 164).

Ahora bien, cuando hablamos de autonomía de voluntad, necesariamente hacemos referencia a la libre contratación, la cual se constituye en un derecho fundamental, regulado en el numeral 14) del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, resultando imperioso resaltar que, el Tribunal Constitucional “ha establecido que el derecho a la libre contratación se fundamenta en el clásico principio de autonomía privada” (Rioja Bermudez, 2024, p. 107).

Al respecto, debe precisarse que la autonomía privada o autonomía de voluntad es concebida como la facultad o poder jurídico con el que contamos las personas para regular nuestros intereses, esto es, con la libertad para celebrar contratos y con la libertad de determinar el contenido de éstos.

En ese sentido, el legislador peruano consideró conveniente, mediante la inclusión de la cláusula penal, facultar a las partes para que, en ejercicio de su autonomía privada, prevean una forma de evitar el incumplimiento de sus respectivas obligaciones; sin embargo, este objetivo se ve obstaculizado con la regulación de la reducción judicial de la pena en el artículo 1346 del Código Civil, cuando ésta sea manifiestamente excesiva, pues conllevaría a la desnaturalización de

las funciones en mérito a las cuales, las partes han incorporado la cláusula penal en el contrato.

Sobre el particular, tal como se ha señalado *ut supra*, la jurisprudencia nacional revela que, los magistrados al reducir la pena convencional, en la mayoría de los casos, no realizan una valoración objetiva de los medios probatorios ofrecidos por las partes a fin de determinar la existencia y cuantía de los daños y perjuicios efectivamente producidos ante el incumpliendo de la obligación a efectos de establecer, de ser el caso, la desproporción existente entre éstos y el monto de la penalidad fijado libremente por las partes, sino que prevalece el criterio subjetivo, por cuanto los jueces justifican sus decisiones, entre otros, en su apreciación subjetiva, en el abuso del derecho, en la equidad y en la igualdad de las partes; evidenciándose así, que lo pactado libremente por las partes a través de la cláusula penal, en atención a su autonomía de voluntad se ve sustituido por un proceso judicial, en el cual el juez será quien decidirá el monto de la pena convencional, limitando así la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, para Soto Coaguila (2003), las limitaciones a la autonomía privada pueden agruparse en dos categorías: “a) Limitaciones legales o impuestas por el Estado, a través de normas imperativas, a fin de limitar la autonomía de voluntad; b) Limitaciones del mercado: contratación masiva o estandarizada” (p. 532).

De otro lado, César Landa (2018) señala que: “los dos principales límites a la libertad contractual son (i) el orden público, y ii) otros

derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos” (p. 152).

Respecto a las limitaciones legales, cabe precisar que el artículo 2, numeral 14) de la Constitución Política del Estado, señala que toda persona tiene derecho: “A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”. Asimismo, el Código Civil peruano, en el artículo V del Título Preliminar prescribe: “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”.

Por su parte el artículo 1354 del Código Civil, que regula la libertad contractual señala que “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”. Así, se advierte que la autonomía privada encuentra sus límites en normas legales de carácter imperativo, orden público y buenas costumbres.

En ese orden de ideas, Rubio Correa (2008) sostiene que:

El orden público podría ser definido como un conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible, y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado, ni la de los particulares, para lo cual el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas, de ser necesario. (p. 94)

Para De La Puente y Lavalle (2017):

El ordenamiento jurídico peruano acoge, pues, el sistema defendido por parte de la doctrina, que considera que el orden público, si bien es un criterio rector de la validez de los actos

jurídicos, requiere objetivarse en leyes para cobrar, a través de ellas, efecto obligatorio. (p. 177)

Asimismo, en cuanto al orden público Ferrand Noriega citado por Landa (2018, p. 152), señala que “la autonomía privada o voluntad privada tiene como frontera lo que la ley prohíbe o manda imperativamente y también lo que en virtud de la ley dispone el Estado jurisdiccionalmente”. En ese sentido, el orden público, entendido como como “conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial” (Landa, 2008, p. 152), se constituye en un límite a la actuación de los particulares.

En cuanto a las buenas costumbres, Rubio Correa (2008) concluye en lo siguiente:

1. Las buenas costumbres son determinables a partir de la conciencia moral, espacial y temporalmente ubicada.
2. Las buenas costumbres cubren varios aspectos de la vida social.
3. Las buenas costumbres de las que tratamos tiene que ser costumbres jurídicas y el acto nulo es el que las contrataría.
4. Las buenas costumbres se ubican en el complejo campo de las relaciones entre derecho y moral.
5. Las buenas costumbres son una especie del orden público, pero no lo agotan. (p. 110)

En ese orden de ideas, cabe precisar que, en los contratos civiles paritarios, no es el acreedor quien decide unilateralmente la imposición de la pena, sino que es el deudor conjuntamente con el acreedor, quienes determinan la estipulación de la cláusula penal en el contrato; por lo que,

es el deudor quien se encuentra en la mejor posición de evitar que la aplicación de la penalidad convenida, si cumpliera a cabalidad sus obligaciones. En consecuencia, las penalidades libremente pactadas en los contratos paritarios o negociados deben respetarse y deben cumplirse cuando el deudor incumpla con sus obligaciones por causas imputables a éste.

Es así que, la legislación contractual debe utilizar fórmulas intermedias destinadas únicamente a limitar el principio de autonomía de la voluntad, pero no a interferir en cada relación contractual, permitiendo su revisión excepcionalmente; toda vez que, para cautelar a los contratantes se dictan otras normas de orden público, relativas a la capacidad de las personas o a la libre manifestación de voluntad.

Por otro lado, si bien el sistema de inmutabilidad de la pena previsto originalmente por la ley puede dar lugar a la presencia de abusos, debe considerarse que éstos, no sólo pueden provenir del acreedor, sino también del deudor, quien por lo general es considerado como la parte débil de la relación contractual, siendo necesario adoptar fórmulas intermedias que permitan utilizar la cláusula penal con todas sus ventajas, y que garanticen el respeto de la autonomía de la voluntad, restringiéndola mas no eliminándola.

Al respecto, cabe precisar que, si bien el actual Código Civil Brasileño de 2002 contempla la posibilidad de reducción de la pena, mantiene la regulación del Código Civil de 1916, respecto de establecer que el monto de la cláusula penal no puede exceder el monto de la obligación principal,

con lo cual se establece un límite para proceder a la revisión judicial de la pena. En el mismo sentido, el Código Civil Chileno de 2000 y el Código Civil Federal de México¹³, establecen límites para que el juez proceda a la reducción de la pena.

En ese sentido, si bien la autonomía de la libertad no es un derecho absoluto, con la revisión de la penalidad por parte de los jueces cuando devenga en excesiva, este principio fundamental se ve limitado sin que exista una vulneración al orden público, buenas costumbres o norma imperativa, pues la reducción de la pena sustituye lo pactado libremente por las partes para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones por un complejo y costoso proceso judicial en el cual se tendrá que discutir la razonabilidad del monto de la penalidad, así como los daños y perjuicios sufridos por el incumplimiento de la obligación, para que finalmente el juez decida qué es lo que a su criterio resulta ser “una pena excesiva”; por lo que, la reducción de la penalidad convenida libremente por las partes, sólo debe operar en casos excepcionales, pues la pena convencional ha sido estipulada libremente en el contrato y en igualdad de condiciones, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones.

Es así que, aplicando el método exegético y hermenéutico, como resultado del análisis e interpretación de las normas que regulan la autonomía de la voluntad en la celebración de los contratos civiles, así como sus límites en el ordenamiento jurídico peruano, se advierte que, en

¹³ Publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, actualizado con su última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de enero de 2024.

atención a este principio, las partes de la relación obligacional deciden libremente y en igualdad de condiciones incorporar la cláusula penal en sus contratos a fin de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, dada la relevancia práctica que adquiere la autonomía de la voluntad en la celebración de los contratos civiles; sin embargo, el artículo 1346 del Código Civil peruano faculta al juez la reducción de la pena cuando ésta sea “manifiestamente excesiva” o cuando “la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida”, limitando así la autonomía de la voluntad sin que exista una vulneración al orden público, buenas costumbres o norma imperativa.

Asimismo, aplicando el método exegético y hermenéutico, como resultado del análisis e interpretación de las normas que regulan la cláusula penal y la revisión judicial de la pena en el Código Civil Brasileño de 2002, Código Civil Chileno de 2000 y el Código Civil Federal de México¹⁴, se ha verificado la importancia de establecer un límite fijo y objetivo para proceder a la revisión judicial de la pena a fin de evitar arbitrariedades por parte del órgano jurisdiccional e intromisiones injustificadas en la autonomía de la voluntad de los contratantes.

Ahora bien, aplicando la argumentación jurídica como método propio del derecho, se ha determinado la importancia y la relevancia práctica que adquiere la autonomía de la voluntad en la celebración de los contratos civiles, siendo a partir de ésta que las partes deciden voluntariamente

¹⁴ Publicado en el Diario Oficial de la Federación, los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, actualizado con su última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de enero de 2024.

incorporar la cláusula penal en sus contratos para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones.

En consecuencia, a fin de garantizar el respeto de la autonomía de la voluntad, en mérito al cual las partes incorporaron la cláusula penal en sus contratos para asegurar el cumplimiento de la obligación contraída, se hace necesario que en nuestro Código Civil se regulen criterios objetivos de reducción judicial de la pena, que permitan establecer un límite para determinar cuándo corresponde la reducción de la penalidad convenida libremente por las partes, evitando así la revisión de la pena convencional, a través de su reducción, en todos los supuestos en los que el deudor la considere excesiva.

B. Garantizar la seguridad Jurídica en la celebración de los contratos

Como se ha precisado *ut supra*, la inclusión de la cláusula penal en el contrato, obedece a la finalidad de prevenir no sólo el incumplimiento de la obligación por uno de los contratantes, sino además garantizar el pago de los posibles daños que pueda sufrir la otra parte. En consecuencia, la penalidad aceptada libremente por las partes, sólo debe ser reducida excepcionalmente, cuando se cumplan con determinados criterios objetivos, pues el carácter “excesivo” que determinaría su reducción deviene en subjetivo, afectando la seguridad jurídica que debe regir la contratación.

A decir de Manuel Ossorio (2007), la seguridad jurídica es:

Condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que las integran. Representa la

garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causales perjuicio. A su vez, *seguridad* limita y determina las facultades y los deberes de los poderes públicos. (p. 906)

En cuanto a la seguridad jurídica, el Tribunal Constitucional en el fundamento tercero de la Sentencia emitida en el Expediente N.º 0016-2002-AI/TC, señala lo siguiente:

3. El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho (STCE 36/1991, FJ 5). El principio *in comento* no solo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la “predecible” reacción, sea para garantizar la permanencia del *statu quo*, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal”

En ese sentido, la seguridad jurídica es un principio que se basa en la predictibilidad, esto es, permite conocer las consecuencias jurídicas de las obligaciones asumidas, siendo necesario hacer alusión al principio de obligatoriedad del contrato, a efectos de otorgar seguridad jurídica a las partes contratantes.

Este principio se encuentra regulado en el artículo 1361 del Código Civil, y en el artículo 62 de la Constitución Política del Estado, dotando de fuerza

vinculante y obligatoria a los contratos con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica en la contratación, estableciéndose la imposibilidad de que el contrato sea modificado o dejado sin efecto por una de las partes, por el juez o por el legislador, si es que ha sido celebrado válidamente según las normas vigentes.

Al respecto, debe precisarse que, el contrato es un acto de previsión, pues al ser un acuerdo de dos o más voluntades destinado a la producción de efectos jurídicos, en los contratos paritarios, las partes conocen con antelación el contenido del contrato, y se obligan a este. Es decir, el obligado a cumplir con la cláusula penal, es el único quien tiene la posibilidad de cumplirla o no, pues son las partes de la relación jurídico obligacional quienes deciden la incorporación de la penalidad en su contrato estableciendo su monto; por lo que, es el deudor quien se encuentra en la posibilidad de controlar la situación y evitar la aplicación de las penalidades libremente pactadas.

En consecuencia, la modificación de la pena estipulada libremente por acreedor y deudor, a fin de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, atenta contra la seguridad contractual que las partes buscaban al incorporar la cláusula penal en el contrato, toda vez que la penalidad se estipula con la finalidad de fijar una indemnización anticipada de los posibles daños y perjuicios que pudiera originar el incumplimiento de la obligación, así como evitar entrar al debate sobre la existencia y cuantía de daños.

De otro lado, si bien existen fundamentos a favor de la modificación de la cláusula penal, respaldados en el abuso del derecho, en la equidad, en la moral y en considerar al deudor como parte débil de la relación contractual, dichos argumentos parecen atentar contra la seguridad jurídica que las partes buscaban con la incorporación de la pena en sus contratos, pues la revisión de la penalidad convenida, representa inseguridad para el acreedor, quien no tendrá la garantía de que la cláusula penal pactada cumpla con sus funciones compulsiva, indemnizatoria, de simplificación probatoria, punitiva, entre otras, que le son inherentes.

La revisión judicial de la pena, no sólo atenta contra la autonomía de la voluntad, sino que altera la seguridad contractual que debe reinar en la contratación, más aún si tenemos en cuenta que el deudor obligado a la cláusula penal, es quien se encuentra en la posibilidad de controlar la situación y evitar la aplicación de las penalidades libremente pactadas.

Es así que, aplicando el método exegético y hermenéutico, como resultado del análisis e interpretación de las normas que regulan la seguridad jurídica en la celebración de los contratos civiles, se advierte que, en atención a este principio, las partes de la relación obligacional conocen con antelación el contenido del contrato; por lo que, tienen pleno conocimiento de la estipulación de la cláusula penal, la misma que se pacta para garantizar el cumplimiento de la obligación.

Asimismo, aplicando el método exegético y hermenéutico, como resultado del análisis e interpretación de las normas que regulan la cláusula penal y

la revisión judicial de la pena en el Código Civil Brasileño de 2002, Código Civil Chileno de 2000 y Código Federal Mexicano¹⁵, así como la aplicación de la argumentación jurídica como método propio del derecho, se ha verificado la importancia de establecer un límite fijo y objetivo para proceder a la revisión judicial de la pena sólo en determinados casos a fin de garantizar la seguridad jurídica que debe regir en los contratos civiles.

En ese sentido, cabe precisar que, la revisión de la pena, a través de su reducción, parece atentar contra la seguridad contractual que las partes buscaban; razón por la cual, se justifica que en el Código Civil peruano, se incorporen criterios objetivos de reducción de la pena, que permitan su revisión judicial sólo en determinados casos, en los cuales la pena exceda un límite para considerarla excesiva, a fin garantizar la seguridad jurídica que debe regir el contrato, pues de no configurarse los criterios que determinarán cuando procede la reducción de la pena, la cláusula penal no podrá ser modificada, y por ende conservará las funciones que le son inherentes, principalmente si de la jurisprudencia nacional se advierte que, para reducir la pena convencional, prevalece el criterio subjetivo, pues los jueces justifican sus decisiones en el abuso del derecho, en la equidad y en la igualdad de partes.

C. Salvaguardar las funciones de la cláusula penal

La cláusula penal cumple diversas funciones, entre las cuales cabe destacar la función compulsiva, función indemnizatoria, función de

¹⁵ Publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, actualizado con su última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de enero de 2024.

simplificación probatoria y función punitiva, funciones que como se ha señalado en la presente investigación, se ven desnaturalizadas con la reducción de la pena, pues la cláusula penal nació para ser inmutable, esto es, para no ser modificada.

Ahora bien, con la regulación de criterios objetivos de reducción de la pena se busca salvaguardar las funciones de la cláusula penal, pues la revisión de la pena procederá excepcionalmente.

a) Función Compulsiva y Aflictiva

En mérito a esta función, la cláusula penal “se dirige a castigar una conducta antijurídica asegurando de esta manera el cumplimiento de la obligación. Es aflictiva porque el deudor está constreñido psicológicamente al pago de la principal: sabe que si no cumple deberá afrontar graves consecuencias patrimoniales” (Kemelmajer de Carlucci, 1981, p. 3).

Por su parte, Llambías (citado por Castillo Freyre y Osterling Parodi) señala que la cláusula penal “adopta esta función, pues agrega un estímulo que mueve psicológicamente al deudor a cumplir con la prestación principal para eludir la pena que suele ser harta gravosa” (2016, p. 34).

Así también, se considera que la cláusula penal cumple una función compulsiva “en cuanto contribuye a reforzar el vínculo obligacional y, asimismo, a desincentivar el incumplimiento del deudor” (Osterling Parodi y Rebaza González, 2005, p. 155).

En el mismo sentido, se considera a la cláusula penal como “un pacto por el cual se refuerza el cumplimiento de las obligaciones, desincentivando el incumplimiento de las obligaciones y fomentando, por el contrario, el comportamiento leal y diligente de los contratantes” (Soto Coaguila, 2006, p. 99); por lo que, si el deudor incumple con las obligaciones contraídas por causas imputables a él ya sea por dolo o culpa, deberá pagar la pena convenida libremente por las partes en atención a su autonomía de voluntad; asimismo, el acreedor tendrá el derecho de solicitar la ejecución de la penalidad pactada.

Ahora bien, tal como lo establecen los artículos 1341 y 1342 del Código Civil peruano, la función compulsiva de la cláusula penal puede ser tanto compensatoria (artículo 1341 del Código Civil) como moratoria (artículo 1342 del Código Civil):

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.

Al respecto, tal como lo señala Osterling Parodi y Castillo Freyre (2013, pp. 11-12):

Si fuera compulsiva y compensatoria, estaría destinada a sustituir la prestación incumplida por la penalidad pactada (perdiendo el deudor incumpliente el derecho a la contraprestación, si la hubiere).

Por otra parte, la función compulsiva moratoria estará circunscrita a indemnizar la mora en el pago.

Desde el punto de vista de la función compulsiva de la cláusula penal, si ella fuere compensatoria, el carácter compulsivo estaría dado en conducir a que el deudor no incumpla con la prestación debida y a que no la cumpla de manera parcial o defectuosa.

En otras palabras, la cláusula penal compensatoria buscará que el deudor no deje de cumplir de manera íntegra e idónea.

En cambio, la cláusula penal moratoria tendrá como función compulsiva el hacer que el deudor no deje de cumplir en tiempo oportuno, pues se vería expuesto a incurrir en mora y a que se desencadene la sanción correspondiente.

Así, se entiende que, la función compulsiva de la cláusula penal, es entendida como aquella que constriñe al deudor al cumplimiento de la obligación.

Sobre el particular, debe precisarse que resulta lógico que las penas convencionales sean elevadas por naturaleza, toda vez que tienen como finalidad garantizar el cumplimiento de los contratos, constituyendo así una sanción para el deudor por el incumplimiento de la obligación, pues caso contrario, si el deudor es diligente en el cumplimiento de sus obligaciones se verá librado de pagar la penalidad convenida.

Ahora bien, cabe precisar que, permitir la revisión de la pena a través de su reducción cuando sea manifiestamente excesiva, tal como lo contempla el artículo 1346 del Código Civil, relativiza la función compulsiva de la cláusula penal, por cuanto la pena ha sido pactada a fin de garantizar el cumplimiento de la obligación principal, dando lugar a que no se configure en un medio conminatorio eficaz y no exista la

plena seguridad de hacer efectiva la cláusula penal en los términos en que fue pactada, ya que el deudor tendrá la posibilidad de acudir al órgano jurisdiccional con el objeto de que se reduzca la pena.

Es así que, esta función carecería de efecto si en todos los casos que el deudor que ha incumplido con sus obligaciones acuda al órgano jurisdiccional para solicitar la reducción de la pena convencional, aludiendo que es “manifiestamente excesiva”, y el juez proceda a la reducción, por cuanto la norma no regula criterios objetivos que permitan determinar cuándo el magistrado debe proceder a la revisión de la pena y cuándo no, pues de nada serviría que las partes decidan incorporar una cláusula penal a fin de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones si de producirse el incumplimiento, el deudor puede solicitar la reducción de la pena y el acreedor ya no tendría la seguridad de contar con el valor de la pena acordada.

En ese sentido, la regulación de criterios objetivos de reducción de la pena, permitirá que la penalidad convenida libremente por las partes cumpla con su función compulsiva, esto es, que se constituya en un medio conminatorio eficaz para que el deudor cumpla con la obligación.

b) Función Indemnizatoria

Esta función implica “una liquidación convencional, pactada por anticipado, de los daños y perjuicios que el incumplimiento de la obligación pudiera causar al acreedor. Se trata de una liquidación a *forfait*, puesto que no se sabe por adelantado cuál será el daño real” (Osterling Parodi y Rebaza Gonzáles, 2005, p. 154).

Respecto a la función indemnizatoria de la cláusula penal, Castillo Freyre y Osterling Parodi (2016), señalan lo siguiente:

(...) la función indemnizatoria debe ser apreciada única y exclusivamente como el avalúo anticipado de los daños y perjuicios que el incumplimiento pudiera causar. Esto equivale a decir que, en teoría, es la penalidad convenida –y no los daños y perjuicios realmente causados– la que deberá considerarse como monto indemnizatorio por pagar.

Cabe destacar que la penalidad pactada por las partes no siempre representará el monto de lo que ellas juzguen como eventuales daños y perjuicios, pues resulta evidente que, aun cuando se estime como tales una cantidad determinada, podría pactarse –con la finalidad de cumplir otras funciones propias de la cláusula penal– un monto mucho mayor o incluso sustancialmente menor que el previsto para efectos del incumplimiento. (p.31)

Así también, para Gutiérrez Camacho y Rebaza Gonzáles (2022):

Cuando la cláusula penal cumple la función indemnizatoria, está destinada a limitar la reparación de los perjuicios que pudieron originarse como consecuencia del incumplimiento de la obligación. Se trata de un pacto que opera a manera de tope convencional- acordado por anticipado- y que liquida anteladamente la cuantía de daños. (p. 1009)

Igualmente, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N.º 4603-2009-Lima de 12 de agosto de 2010, señaló lo siguiente:

PRIMERO. - Que, para determinar si la sentencia de vista infringe lo previsto en el artículo 1152 del Código Civil se debe establecer los alcances de la naturaleza resarcitoria de la cláusula penal estipulada en el contrato materia de litis; para lo cual se debe tener presente lo regulado en los artículos 1341 y 1342 del Código Civil. De la lectura de las normas citadas se desprende que, como anota Soto Coaguila, la cláusula penal es la prestación de dar, de hacer o de no hacer libremente pactada con el carácter de pena convencional, con la finalidad de reforzar el cumplimiento de las obligaciones y que en caso de incumplimiento total o de cumplimiento, la cláusula penal puede cumplir una función indemnizatoria o resarcitoria

cuando el incumplimiento del deudor cause un daño al acreedor. En este caso, el acreedor ya no tendrá que acudir a los tribunales para solicitar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos con las complicaciones y costos que ello implica, pues únicamente estará obligado a probar los daños y determinar la cuantía de los mismos, mediante la estipulación de penas convencionales, si el acreedor sufre daños como consecuencia del incumplimiento de su deudor, la penalidad pactada será la indemnización de los daños causados.

Respecto al carácter de la indemnización, Felipe Osterling Parodi señala que cuando la cláusula penal se ha estipulado para el caso de inejecución total de la obligación o para el caso de asegurar una obligación determinada, la penalidad es el resarcimiento de los daños y perjuicios compensatorios; en cambio, cuando se estipula una cláusula penal para el caso de mora, la indemnización resarcirá los daños y perjuicios moratorios. (2010, pp. 2-3)

Al respecto, Espín Alba (Citado por Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2024, p. 2833), señala lo siguiente:

(...) las partes fijan de forma previa los posibles daños que el acreedor pudiera sufrir, sustituyendo una futura indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento. Además, señala que la principal ventaja de este tipo de cláusulas es evitar todas las dificultades relativas a la necesidad de aportar pruebas de la existencia de los daños y su cuantía. De esta manera, precisa dicha autora, no habría que discutir posteriormente la indemnización, pudiendo el acreedor reclamar directamente la cuantía prefijada.

Así también, De la Maza Gazmuri (2006), indica que:

(...) a través de la cláusula penal la indemnización se encuentra fijada ex ante, por lo mismo, no es necesario recurrir a los tribunales para que cumpla esta tarea, lo cual resulta especialmente ventajoso por dos consideraciones íntimamente relacionadas: una, es que solicitar la intervención de los tribunales posee costos importantes que la cláusula contribuye a disminuir; dos, es que ciertos daños serán especialmente difíciles de probar (p. 25).

Ahora bien, el Código Civil peruano, regula la función indemnizatoria de la cláusula penal, en el artículo 1341, que prescribe lo siguiente:

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 ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.

Como se advierte, el citado artículo alude claramente a la función indemnizatoria de la cláusula penal; precisándose además que, dicho argumento se sustenta en lo señalado en la Exposición de Motivos del Código Civil, en el cual indica que este sistema “está destinado a asegurar al acreedor que ve incumplida la obligación por dolo o por culpa del deudor, la cobranza del íntegro de la penalidad, que constituye el resarcimiento fijado anteladamente” (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2024, p.2836).

Al respecto, debe precisarse que esta función resulta un mecanismo útil para evitar demandas de indemnización por daños y perjuicios, pues las partes en atención a su autonomía de voluntad, con la estipulación de la cláusula penal, buscan fijar previamente los posibles daños y perjuicios que pudiera sufrir el acreedor en caso de incumplimiento de la obligación, con lo cual además, se evitaría entrar a la probanza sobre la existencia y cuantía de daños, pues el acreedor ante el incumplimiento de la obligación, podría reclamar directamente el monto prefijado sin que sea necesario solicitar una indemnización.

En ese sentido, cabe precisar que, el sistema de inmutabilidad relativa de la pena, al que se adhiere nuestro ordenamiento jurídico, relativiza la función indemnizatoria de la cláusula penal, al permitir la revisión de

la pena a través de su reducción; por lo que, esta función se vería desnaturalizada con la reducción de la pena, por cuanto las partes en atención a su autonomía de voluntad al pactar la cláusula penal, limitan de mutuo acuerdo el monto a indemnizar por un posible incumplimiento de las obligaciones, el mismo que con la revisión de la pena ya no se haría efectivo, sino que éste será establecido por el juez a su criterio y discreción.

En consecuencia, a efectos de evitar la desnaturalización de la función indemnizatoria de la cláusula penal, resulta imperioso que se regulen criterios objetivos de reducción del monto de la pena que permitan mantener las funciones en mérito a las cuáles las partes han pactado la cláusula penal en sus contratos.

c) Función de Simplificación Probatoria

Otra de las funciones que cumple la cláusula penal es la función de simplificación probatoria, la misma que tiene como efecto evitar entrar en un posible debate probatorio sobre la existencia de los daños y perjuicios que pudiera originar el incumplimiento de la obligación, así como de su cuantía.

Osterling Parodi y Castillo Freyre (2024) señalan que:

Parte de la doctrina observa en la cláusula penal, además del carácter compulsivo o indemnizatorio que presenta, un pacto relativo a la carga de la prueba del daño. En ese orden de ideas, el acreedor podría exigir el cumplimiento de la cláusula penal sin probar la existencia misma del daño, ni demostrar el *quantum* del perjuicio. Sin embargo, ella no se deberá si el deudor prueba que no se ha producido daño. Se trata, en suma, de una reversión de la carga probatoria (p. 2850).

Ahora bien, el artículo 1343 del Código Civil peruano, prescribe lo siguiente:

Artículo 1343.- Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario.

En ese sentido, se advierte que nuestro ordenamiento jurídico regula entre las funciones de la cláusula penal, la función de simplificación probatoria, por cuanto con la estipulación de la pena, las partes efectúan una prefijación de los posibles daños y perjuicios que pudiera originar el incumplimiento de la obligación; por lo que tal avalúo tendría como finalidad evitar entrar al debate probatorio en un proceso judicial sobre la existencia y cuantía de daños y perjuicios.

Por tanto, si en el contrato se estipula una penalidad y el deudor incumple con sus obligaciones ya sea por dolo o por culpa, esto es, por causa imputable a éste, el acreedor podrá exigir el pago de la cláusula penal, sin que sea necesario que pruebe los daños y perjuicios sufridos, pues las partes al celebrar el contrato, han convenido en atención de su autonomía de voluntad de manera anticipada el monto de los posibles daños y perjuicios que ocasionaría el incumplimiento de la obligación.

Al respecto, cabe precisar que, la función de simplificación probatoria, reviste gran utilidad, pues entrar a la probanza de los daños y perjuicios sufridos, así como de su cuantía, “constituye uno

de los temas de mayor dificultad en todo proceso judicial, en el que con frecuencia puede probarse la efectiva producción de dichos daños y perjuicios, pero no se llega a acreditar el monto y cuantía exacta de éstos” (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2024, p. 2851).

En ese sentido, Arana de la Fuente (2009) señala que:

La cláusula penal excluye la necesidad de pruebas sobre la existencia y alcance de los perjuicios derivados del incumplimiento, pues el quantum indemnizatorio a cargo del deudor será el prefijado por las partes. En esta materia, como parte integrante del derecho de los contratos, rige el principio de la autonomía de la voluntad (p. 1611).

Por tanto, permitir la revisión de la cláusula penal en un proceso judicial, implica que el deudor deberá probar los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el incumplimiento de la obligación, y que el monto de la penalidad convenida es excesivo; asimismo, el acreedor también deberá entrar a la probanza de la cuantía de los daños y perjuicios sufridos, a fin de garantizar que el monto de la penalidad pactada es el que corresponde ser pagado, lo que conlleva a que esta función se desnaturalice y se vea relativizada, pues las partes de la relación jurídico obligacional deberán entrar al debate probatorio sobre los daños y perjuicios efectivamente sufridos, así como de su cuantía, el mismo que se quiso evitar al pactar la cláusula penal, lo que implica además, que se tengan que solventar los costos y costas de un proceso judicial.

Ahora bien, debe precisarse que la cláusula penal no sólo cumple funciones jurídicas, sino que también cumple una importante

función económica, ya que, con su estipulación en el contrato, se disminuyen costos de transacción, así como los costos que demanda el inicio de un proceso judicial.

En consecuencia, a fin de evitar la desnaturalización de la función de simplificación probatoria de la cláusula penal, resulta imperioso que se regulen criterios objetivos de reducción de la pena, que permitan reforzar las funciones en mérito a las cuáles las partes han pactado la cláusula penal en sus contratos.

d) Función Punitiva

La cláusula penal cumple una función punitiva, por cuanto se constituye en una sanción o pena para el deudor, la misma que es establecida convencionalmente para el caso de incumplimiento o cumplimiento parcial de la obligación.

Diez Picazo (Citado por Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2024, p. 2849), considera a esta función como “Una sanción convencionalmente establecida del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso. De ahí su nombre de pena y multa convencional”

Por su parte Osterling Parodi y Castillo Freyre, señalan que: “la finalidad punitiva de la cláusula penal siempre estará presente, sea en un caso o en el otro, pero se apreciará con mayor nitidez su carácter sancionatorio cuando ella guarde desproporción, por exceso, con la prestación incumplida.” (2024, p. 2850)

Así, se tiene que, la pena cumple una función punitiva o sancionadora por cuanto opera “como una sanción civil al incumplimiento”, lo cual “refuerza considerablemente el vínculo obligatorio” (Arana de la Fuente, 2009, p. 1599); por lo que, la cláusula penal, se constituye en una sanción que tendrá que pagar el deudor que incumpla con sus obligaciones, pues de ser un contratante fiel, no se le aplicaría ninguna pena.

Ahora bien, cabe precisar que esta función está estrechamente vinculada a la autonomía de voluntad que tienen las partes de la relación jurídica obligacional de pactar penas privadas para los casos de incumplimiento de las obligaciones contraídas. Es así que, los contratantes buscan fortalecer el vínculo obligacional, en el cual la cláusula penal se constituye en una sanción privada para el caso de incumplimiento y que es pactada voluntariamente de mutuo acuerdo.

En consecuencia, la revisión judicial de la pena, a través de su reducción relativiza esta función, pues la penalidad convenida libremente por las partes en atención a su autonomía de la voluntad, ya no se constituiría en una sanción eficaz para el deudor que incumple con la obligación contraída; por lo que, resulta necesario que se regulen criterios objetivos que permitan al juez reducir la penalidad, siempre que se configuren determinados límites fijos y objetivos.

Es así que, aplicando el método exegético y hermenéutico, como resultado del análisis e interpretación de las normas que regulan las funciones de la cláusula penal en el Código Civil peruano de 1984, se advierte que, la estipulación de la cláusula penal en los contratos civiles, obedece a que ésta cumple diversas funciones en mérito a las cuáles las partes deciden incorporarla libremente en el contrato a fin de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones; sin embargo, con la reducción judicial de la pena regulada en el artículo 1346 del Código Civil, dichas funciones se ven relativizadas; por lo que, en aplicación de los métodos exegético, hermenéutico y argumentativo, realizando un análisis de las normas del Código Civil peruano, así como de las normas que regulan la cláusula penal y la revisión judicial de la pena en el Código Civil Brasileño de 2002, Código Civil Chileno de 2000 y Código Federal Mexicano¹⁶, así como de los criterios establecidos en la doctrina y en la jurisprudencia nacional, se ha determinado la importancia de establecer límites fijos y objetivos para proceder a la revisión judicial de la pena con la finalidad de evitar arbitrariedades por parte del órgano jurisdiccional.

En ese sentido, a efectos de salvaguardar las funciones inherentes a la cláusula penal, las mismas que se ven relativizadas con la revisión de la pena a través de su reducción, se justifica la necesidad de que en el Código Civil peruano se establezcan criterios objetivos de reducción de la pena, que permitan evitar su revisión en todos los casos en los que

¹⁶ Publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, actualizado con su última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de enero de 2024.

el deudor considere que es excesiva, sino que únicamente, se procederá a su reducción cuando se verifique que excede el límite previsto en la norma, tomando como modelo a la legislación comparada, así como los antecedentes de las Comisiones Reformadoras de nuestro Código Sustantivo, en cuyos proyectos ya se había contemplado la posibilidad de establecer un límite para proceder a la reducción de la pena convencional.

Por todo lo expuesto, teniendo en cuenta que, la reducción de la penalidad no sólo conlleva a la desnaturalización de sus funciones, sino que también limita el principio de autonomía de la libertad y atenta contra la seguridad jurídica contractual, la revisión de la pena a través de su reducción, debe operar excepcionalmente, cuando se configuren determinados criterios objetivos, tales como: a) Penalidad que excede el monto de la obligación principal y b) Penalidad moratoria que excede el interés máximo convencional fijado por el Banco Central de Reserva del Perú, en el caso de obligaciones dinerarias.

Al respecto, cabe precisar que, dichos criterios objetivos parten de lo regulado en el Código Civil de Brasil del 2002, el Código Civil Federal de México, publicado en el Diario Oficial de la Federación, los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, actualizado con su última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de enero de 2024, así como lo establecido en el Código Civil Chileno promulgado el 16 de mayo del 2000, los mismos que establecen límites para proceder a la reducción de la pena convencional.

En ese sentido, desde la concepción del positivismo incluyente, compartiendo lo postulado en el Código Civil Brasileño del 2002, Código Federal Mexicano y

Código Civil Chileno de 2000, consideramos pertinente que en el Código Civil peruano, se regulen criterios fijos y objetivos de reducción de la pena, que permiten determinar al juez cuándo procede o no la reducción del monto de la cláusula penal convenida libremente por las partes, a fin de evitar arbitrariedades e intromisiones en la autonomía privada, evitando además, atentar contra la seguridad contractual y la relativización de funciones inherentes a la cláusula penal, más aún, si de la jurisprudencia nacional se advierte que, en la reducción judicial de la pena convencional predomina el criterio subjetivo, pues al no existir un límite fijo y objetivo para determinar cuándo la penalidad se constituye en “manifiestamente excesiva”, los jueces justifican sus decisiones en el abuso del derecho, en la equidad y en su apreciación subjetiva.

Para tal efecto, deberá modificarse el artículo 1346 del Código Civil, que contempla la reducción judicial de la pena y establecerse presupuestos objetivos, a fin de garantizar el respecto de la autonomía de la voluntad, así como la seguridad jurídica en la celebración de los contratos civiles, salvaguardando las funciones inherentes a la cláusula penal, permitiendo que ésta sea utilizada con todos sus beneficios, siendo que, el juez podrá reducir de la penalidad convenida libremente por las partes únicamente cuando el valor de la pena convencional exceda el límite establecido en la norma.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA LEGISLATIVA

Como se ha precisado a lo largo de la presente investigación, resulta necesario la regulación de presupuestos objetivos en el Código Civil para la reducción de la pena en los contratos civiles con cláusula penal, a fin de salvaguardar las funciones que le son inherentes y en mérito a las cuales las partes pactan la penalidad para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones. En ese sentido, en la presente investigación se propone una posible reforma legislativa del artículo 1346 del Código Civil, el cual contempla la reducción judicial de la pena.

Ahora bien, esta reforma sería de aplicación en todo el ámbito del territorio peruano, bajo los fundamentos siguientes:

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 1346 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO: REDUCCIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Apreciaciones sobre el Procedimiento Legislativo

Para la elaboración de la presente propuesta legislativa se ha tenido en cuenta los requisitos de las proposiciones legislativas reguladas en el artículo 75 del Reglamento del Congreso de la República.

Ahora bien, con el objeto de presentar una iniciativa legislativa, el artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República regula una serie de requisitos especiales, los cuales resultan importantes tener en cuenta.

Exposición de Motivos

En nuestro ordenamiento jurídico, la libertad contractual cobra vital importancia por ser un derecho fundamental que se encuentra regulado en el numeral 14) del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, en virtud de la cual “Toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no contravengan leyes de orden público” (1993); sin embargo, dicha autonomía encuentra sus límites tanto en el orden público como en las buenas costumbres; así como en protección de la parte más débil.

Ahora bien, cabe precisar que, en el Libro de Obligaciones del Código Civil peruano de 1984, se regula a la cláusula penal, la cual se caracteriza por ser un pacto accesorio estipulado por las partes para garantizar el cumplimiento de la obligación principal; precisándose que, cumple diversas funciones, tales como la función compulsiva o aflictiva, función indemnizatoria, función de simplificación probatoria, función punitiva, entre otras (Kemelmajer de Carlucci, 1981).

Al respecto, han surgido diferentes sistemas que regulan la modificación de la cláusula penal, tales como: el sistema de inmutabilidad absoluta, el sistema de inmutabilidad relativa y el sistema de mutabilidad absoluta.

En ese sentido, nuestro ordenamiento jurídico se adhiere al sistema de inmutabilidad relativa, pues el artículo 1346 del Código Sustantivo, faculta al juez, “a solicitud del deudor, reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida” (1984).

Es así que, respecto a la revisión judicial de la pena, surgen una serie de controversias, por cuanto se considera que, al otorgarle tal facultad al juez, limitaría la autonomía privada y se atentaría contra el sistema de seguridad jurídica; además se entraría a la probanza de la existencia y cuantía de daños y perjuicios, desnaturalizando así a la penalidad libremente convenida por las partes.

Por otro lado, se justifica la reducción de la pena, al considerar que una penalidad excesiva constituiría en un abuso del derecho, y que el deudor es la parte débil de la relación contractual; no obstante, en los contratos civiles, en los cuales existe paridad de partes, pues acreedor y deudor celebran la obligación en igual de condiciones, dicho supuesto no siempre se configura, a diferencia de lo que ocurre en los contratos por adhesión o celebrados con arreglo a la cláusulas generales de contratación, en los cuales sí se hace evidente la desigualdad de partes; razón por la cual, no se debería restringir el principio de autonomía de la voluntad sin que existan lesiones al orden público o a las normas imperativas, supuestos que se constituyen en los límites de la libertad contractual.

En tal virtud, permitir la reducción por parte del órgano jurisdiccional de la pena convenida libremente por las partes, implica que la cláusula penal deje de cumplir las funciones por las cuales las partes han decidido libremente incorporarla en el contrato, restándole utilidad.

Por otro lado, debemos precisar que, en los contratos civiles paritarios, no es el acreedor quien decide unilateralmente la imposición de una penalidad, sino que es el deudor quien conjuntamente con el acreedor, los que determinan la aplicación de la cláusula penal; asimismo, resulta que es el deudor quien se encuentra en la

mejor posición de evitar que se aplique la penalidad convenida, si cumpliera con sus obligaciones.

Por lo que, la reducción de la pena debe ser verificada en base a presupuestos objetivos que eviten arbitrariedades e intromisiones en la autonomía privada, fijándose un límite que permita determinar cuándo procede o no la revisión judicial de la pena, a través de su reducción; máxime si de la jurisprudencia nacional se advierte que predomina el criterio subjetivo en la reducción judicial de la pena convencional, pues al no existir un límite fijo y objetivo para determinar cuándo la penalidad se constituye en “manifiestamente excesiva”, los jueces justifican sus decisiones en el abuso del derecho y en su apreciación subjetiva, evaluando la cláusula penal dentro del ámbito de justicia y equidad, sin que en la mayoría de los casos se realice una evaluación objetiva de los medios probatorios ofrecidos por las partes, a fin de determinar la desproporción existente entre el monto de la penalidad estipulada en el contrato y la cuantía de los daños y perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia del incumplimiento de la obligación por parte del deudor.

Ahora bien, cabe precisar que, en el derecho comparado, el Código Civil de Brasil del 2002, aprobado mediante Ley N.º 10406 del 10 de enero de 2002, en el artículo 412 señala lo siguiente: “El valor impuesto en la cláusula penal no podrá exceder el de la obligación principal”, manteniendo el precepto establecido en el Código Civil de 1916, de que la penalidad convenida no puede exceder el monto de la obligación principal. En ese sentido, se advierte que la norma citada establece como límite para pactar una cláusula penal, que esta no exceda el monto de la obligación principal.

En el mismo orden de ideas, el Código Civil Federal de México, publicado en el Diario Oficial de la Federación, los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, actualizado con su última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de enero de 2024, prescribe en el artículo 1843, lo siguiente: “La cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal”, precepto que supone establecer un límite a la estipulación de la cláusula penal e impide que ésta sea reducida en todos los supuestos que el deudor la considere excesiva, sino que establece que la revisión de la penalidad sólo operará cuando exceda al monto de la obligación principal.

Por su parte, el Código Civil Chileno promulgado el 16 de mayo del 2000, en su artículo 1544, prescribe lo siguiente:

Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.

La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular.

En las segundas se deja a prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme.

Es decir que, el Código Chileno establece límites para proceder a la reducción de la pena. En ese sentido, compartiendo lo postulado en el Código Civil Brasileño del 2002, Código Federal Mexicano y Código Civil Chileno de 2000, consideramos pertinente que el Código Civil peruano, regule presupuestos fijos y objetivos de reducción la pena, a fin de garantizar el respecto de la autonomía de la voluntad,

así como la seguridad jurídica en la celebración de los contratos civiles, salvaguardando las funciones inherentes a la cláusula penal.

Efecto de la Vigencia de la Norma

Como consecuencia de la propuesta normativa, se pretende la modificación del artículo 1346 del Código Civil peruano, referente a la reducción judicial de la pena, proporcionando presupuestos objetivos de reducción de la pena, evitando la desnaturalización de la cláusula penal convenida libremente por las partes. En ese sentido, al establecerse presupuestos objetivos de reducción de la pena, ésta cumplirá las funciones en mérito a las cuales las partes la incorporaron en el contrato.

Análisis Costo Beneficio

Cabe precisar que, la ciudadanía se constituye en beneficiaria de la presente Ley, pues con esta propuesta de reforma legislativa se procura garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes al celebrar sus contratos en respeto de su autonomía privada.

Análisis de Impacto de la Vigencia de la Norma en la Legislación Nacional

Como consecuencia de la aprobación de la propuesta de modificación normativa, se busca que, en el Código Civil Peruano, se establezcan presupuestos fijos y objetivos de los cuales el juez se sirva para reducir la pena convencional, con lo cual se garantizará el cumplimiento de las funciones de la cláusula penal en mérito a las cuales, las partes contratantes decidieron introducirla en sus contratos.

FÓRMULA LEGAL



Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”

"Año de la recuperación y consolidación de la economía peruana”

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 1346 DEL CÓDIGO CIVIL

El Congreso de la República

Propone el siguiente PROYECTO DE LEY:

FÓRMULA LEGAL

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 1346 DEL CÓDIGO CIVIL

Artículo 1. Objeto de la Ley

Modificar el artículo 1346 del Código Civil, a fin de salvaguardar las funciones de la cláusula penal y evitar su desnaturalización.

Artículo 2. Modificación del artículo 1346 del Código Civil

Modificar el artículo 1346 del Código Civil por cuanto la reducción judicial de la pena atendiendo a criterios subjetivos, afecta la naturaleza y funciones de la cláusula penal como pacto accesorio entre las partes para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en igualdad de condiciones.

Artículo 3. Vigencia de la Ley

La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Artículo 4. Modificación de la norma

Reducción judicial de la pena

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.

Reducción judicial de la pena

Artículo 1346.- El juez, a solicitud del deudor, puede reducir la pena cuando su valor exceda el monto de la obligación principal o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

En las obligaciones dinerarias en las cuáles se haya estipulado una cláusula penal moratoria, el monto de ésta no podrá exceder el interés máximo convencional establecido por el Banco Central de Reserva.

CONCLUSIONES

1. La hipótesis de la presente investigación ha sido contrastada, pues se ha determinado que los fundamentos jurídicos para que, en el Código Civil peruano se regulen criterios objetivos de reducción de la pena en los contratos con cláusula penal ante el incumplimiento de la obligación, son: garantizar el respeto de la autonomía de la voluntad en la celebración de los contratos civiles, garantizar la seguridad jurídica en la celebración de los contratos civiles y salvaguardar las funciones de la cláusula penal, la misma que se ha establecido para garantizar el cumplimiento de la obligación.
2. La autonomía de la voluntad cobra vital importancia en la celebración de los contratos civiles, pues son las partes quienes libremente determinan el contenido y la forma del contrato; sin embargo, dicha autonomía se ve limitada con la reducción de la penalidad pactada en igualdad de condiciones para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones; por lo que, se justifica que, en el Código Civil peruano, se incorporen criterios objetivos de reducción de la pena, a efectos de garantizar el respeto de la autonomía de la voluntad.
3. La modificación de la cláusula penal estipulada libremente por acreedor y deudor, a fin de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, atenta contra la seguridad jurídica que las partes buscaban al incorporar la cláusula penal en el contrato; razón por la cual, se justifica que en el Código Civil peruano, se incorporen criterios objetivos de reducción de la

pena, que permitan su revisión judicial sólo en determinados casos, a fin garantizar la seguridad jurídica que debe regir en el contrato.

4. La reducción de la pena conlleva a la desnaturalización de las funciones de la cláusula penal; por lo que, se justifica la necesidad de que en el Código Civil peruano se establezcan criterios objetivos de reducción de la penalidad convenida libremente por las partes, a fin de evitar su revisión en todos los casos en los que el deudor la considere excesiva, sino que ésta procederá únicamente, cuando se verifique que excede los límites previstos en la norma.
5. Los presupuestos objetivos para proceder a la reducción pena en los contratos civiles con cláusula penal en el Código Civil son: a) Penalidad que excede el monto de la obligación principal y b) Penalidad moratoria que excede el interés máximo convencional fijado por el Banco Central de Reserva del Perú, en el caso de obligaciones dinerarias.

RECOMENDACIÓN

1. Al Congreso de la República del Perú se recomienda modificar el artículo 1346 del Código Civil, pues resulta necesario establecer presupuestos objetivos de reducción de la pena, a fin de garantizar el respeto de la autonomía de la voluntad y la seguridad jurídica en la celebración de los contratos civiles; así como salvaguardar las funciones de la cláusula penal que le son inherentes y en mérito a las cuales las partes pactan la penalidad para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones.

LISTA DE REFERENCIAS

- Alexy, R. (2013). Derecho, Moral y la Existencia de los Derechos Humanos. *Signos Filosóficos*, XV, 153-171. Obtenido de <https://n9.cl/7um8o>
- Alpa, G. (2015). *El Contrato en General*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- Arana de la Fuente, I. (2009). La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria. *ADC*, 1579-1686.
- Aranzamendi Ninacondor, L. (2015). *Instructivo Teórico - Práctico del Diseño y Redacción de la Tesis en Derecho*. Lima: Editora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L.
- Atienza Rodríguez, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.
- Bobbio, N. (1965). *El Problema del Positivismo Jurídico*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Cárdenas Quirós, C. (2011). La Reforma del Derecho de Obligaciones. *THEMIS*, 170-187.
- Casación N.º 1705-2008 Piura (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, 3 de Julio de 2008).
- Casación N.º 16660-2014-Lima (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 17 de Junio de 2015).
- Casación N.º 1753-1997-Lima (Sala Civil de la Corte Suprema, 24 de Setiembre de 1998).

Casación N.º 4603-2009- Lima (Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de la República 12 de Agosto de 2010).

Castillo Freyre, M., y Osterling Parodi, F. (2016). La funcionalidad de la cláusula penal. *Ius et Praxis*, 29-46.

Chang Hernández, Guillermo Andrés. (2013). La obligación de saneamiento en el Código Civil peruano. En *Los Contratos Consecuencias Jurídicas de su Incumplimiento* (págs. 403-418). Lima: Gaceta Jurídica.

Código Civil de Brasil del 2002, aprobado mediante Ley N° 10.406 de 10 de enero de 2002. (2002). Brasil: IberRed. Obtenido de <https://www.iberred.org › legislacion-codigo-civil>

Código Civil de Chile. (16 de Mayo de 2000). Chile. Obtenido de <https://n9.cl/hq7od>

Código Civil Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. (1928). Obtenido de <https://n9.cl/cmwkz>

Código Civil peruano, aprobado por Decreto Legislativo N° 295. (25 de Julio de 1984). Lima, Perú.

Congreso Constituyente Democrático del Perú. (29 de Diciembre de 1993). Constitución Política del Perú. Lima, Perú.

Cuentas Ormachea, E. (1997). *Repositorio PUCP*.
doi:<https://doi.org/10.18800/derechopucp.199701.016>

De de la Puente y Lavalle, M. (2017). *El Contrato en General* (Tercera ed., Vol. I). Lima: Palestra Editores S.A.C.

- De la Maza Gazmuri, I. (2006). El Secreto está en la técnica: Los Límites a la Cláusula Penal. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 19-50. Obtenido de <https://n9.cl/4mc25>
- De La Puente y Lavallo, M. (2017). *El Contrato en General* (Tercera ed., Vol. II). Lima: Palestra Editores S.A.C.
- De la Puente y Lavallo, M. (2022). Contratos en General Disposiciones Generales. En *Código Civil Comentado* (págs. 11-15). Lima: Gaceta Jurídica.
- Espinoza Espinoza, J. (2014). La Cláusula Penal The Requirement For Liquidated Damages. *THEMIS*, 221-243. Obtenido de <https://n9.cl/01m3d>
- Ferri, L. (2004). *Lecciones sobre el Contrato*. Grijley.
- Galindo Sifuentes, E. (2008). *Argumentación Jurídica, Técnicas de argumentación del abogado y del juez*. México: Editorial Porrúa.
- Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil Peruano de 1984 creado con Resolución Ministerial N° 0300-2016-JUS. (2016-2019). Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano de 1984. Perú.
- Gutiérrez Camacho, W., y Rebaza Gonzáles, A. (2022). Obligaciones con Cláusula Penal. En *Código Civil Comentado* (Sexta Edición ed., Vol. VI, págs. 1008-1053). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., y Baptista Lucio, M. (2014). *Metodología de la Investigación* (Sexta ed.). México: Interamericana Editores, S.A.

- Kelsen, H. (1965). Revista de la Facultad de Derecho de México-UNAM. *Revista Juristenzeitung (Revista Jurídica)*, 131-143. (M. d. Cueva, Trad.) México. Obtenido de <https://n9.cl/4ch3r>
- Kemelmajer de Carlucci, A. (1981). *La Cláusula Penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Landa Arroyo, C. (2013). La constitucionalización del derecho peruano. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, 13-36. doi:<https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.001>
- Legaz y Lacambra, L. (1952). *Derecho y Libertad*. Buenos Aires: Valerio Abeledo.
- Llambías, J., Raffo Benegas, P., y Sassot, R. (2005). *Manual de Derecho Civil* (Décimo Cuarta ed.). Buenos Aires: LexisNexis Argentina S.A.
- López Oliva, J. (2011). La consagración del principio de seguridad jurídica como consecuencia de la Revolución Francesa de 1789 . *Prolegómenos*, 121-134.
- Orteaga Piana, M. A. (2013). Consideraciones sobre la imposibilidad prestacional. En *los contratos consecuencias jurídicas de su incumplimiento*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Orteaga Piana, M. A. (2016). Sobre los alcances del objeto contractual en el diseño del Código Civil de 1984. *Ius et Praxis*, 123-151.
- Ossola , F. A., y Hiruela, M. d. (29 de Junio de 2007). *Revista Oficial del Poder Judicial*. doi:<https://doi.org/10.35292/ropj.v1i1.111>
- Ossorio, M. (2007). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* (Veintinueve ed.). Buenos Aires: Editorial Heliasta.

Osterlin Parodi, F., y Castillo Freyre, M. (2008). *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra Editores.

Osterling Parodi, F. (1965). *Dialnet*.
doi:<https://doi.org/10.18800/derechopucp.196501.003>

Osterling Parodi, F., y Castillo Freyre, M. (2003). *Tratado de las Obligaciones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú .

Osterling Parodi, F., y Castillo Freyre, M. (2013). Obligaciones con Cláusula Penal. En *Los Contratos Consecuencias Jurídicas de su Incumplimiento* (págs. 9-44). Lima: Gaceta Jurídica.

Osterling Parodi, F., y Castillo Freyre, M. (2024). *Tratado de Derecho de Las Obligaciones* (Vol. III). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Osterling Parodi, F., y Rebaza Gonzáles, A. (2005). Apuntes sobre la reducción de la pena obligacional y el replanteamiento de sus funciones. *Ius et veritas*, 153-163.

Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional. (s.f.). *IberRed*. Recuperado el 20 de Julio de 2019, de <https://www.iberred.org> › legislacion-codigo-civil

Resolución Número Cinco, Expediente N.º 09639-2021-0-1801-JR-CI-03 (Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, 10 de Enero de 2024).

Resolución Número Diez, Expediente N.º 00631-2017-0-3001-JP-CI-01 (Juzgado Especializado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, 13 de Octubre de 2021).

Resolución Número Nueve, Expediente N.º 00631-2017-0-3001-JP-CI-01 (Juzgado de Paz Letrado Civil de Villa María del Triunfo de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, 18 de Setiembre de 2019).

Resolución Número Ocho, Expediente N.º 2007-1365-0-0901-JP-CI-09 (Noveno Juzgado de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, 6 de Agosto de 2008).

Rioja Bermudez, A. (2024). *Constitución Política del Perú, Análisis Jurisprudencial Conforme al Tribunal Constitucional*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

Rivera Cervantes, F. (9 de octubre de 2018). La seguridad jurídica y la Constitución Peruana Pública, Garantías a la ciudadanía. Perú: Jurídica, Suplemento de Análisis Legal de El Peruano.

Rodríguez Llerena, D. (1940). Obtenido de Repositorio UC: <https://n9.cl/lmtpbo>

Rubio Correa, M. (2008). *El Título Preliminar del Código Civil* (Décima ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sentencia contenida en la Resolución Número Cinco, Expediente N.º 01959-2020-0-1801-JP-CI-03 (Tercer Juzgado de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Lima, 16 de Mayo de 2023).

Sentencia contenida en la Resolución Número Diecisiete, Expediente N° 03912-2016-0-0901-JR-CI-04 (Sexto Juzgado Especializado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, 8 de Noviembre de 2022).

- Soto Coaguila, C. (Diciembre de 2003). La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. *Vniversitas*(106), 519-562. Obtenido de <https://n9.cl/egw0w>
- Soto Coaguila, C. (2004). *Repositorio PUCP*. (P. U. Editorial, Ed.) doi:<https://n9.cl/fe0pc>
- Soto Coaguila, C. A. (2005). Inmutabilidad de las penas convencionales en el derecho peruano. *InDret*. Obtenido de <https://n9.cl/u228f>
- Soto Coaguila, C. A. (2006). La Función de la Cláusula Penal en los Contratos y la Inmutabilidad de las Penas Convencionales. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 87-111. Obtenido de <https://n9.cl/hky66>
- Soto Coaguila, C. A., y Vattier Fuenzalida, C. (2011). *Libertad de Contratar y Libertad Contractual*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Vigil Curo, C. (2004). La Cláusula Penal. *Revista Jurídica "Docentia et Investigatio"*, VI(2), 129-147.
- Zamora Zumárraga, M. I. (2017). La Argumentación Jurídica y su utilidad frente a la Práctica del Derecho. *Revista de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador*, 147-168. doi:<https://doi.org/10.26807/rfj.v1i2.22>