

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POST GRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL



LIMITACIONES A LA VOLUNTAD DE LAS PARTES ANTE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN JUDICIAL DE REDUCCIÓN DE PENALIDADES DERIVADAS DE LOS ACUERDOS CONTRACTUALES SEGÚN EL CRITERIO ASUMIDO POR LOS JUECES ESPECIALIZADOS EN LO CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA, 2016

Tesis presentada por el Bachiller:

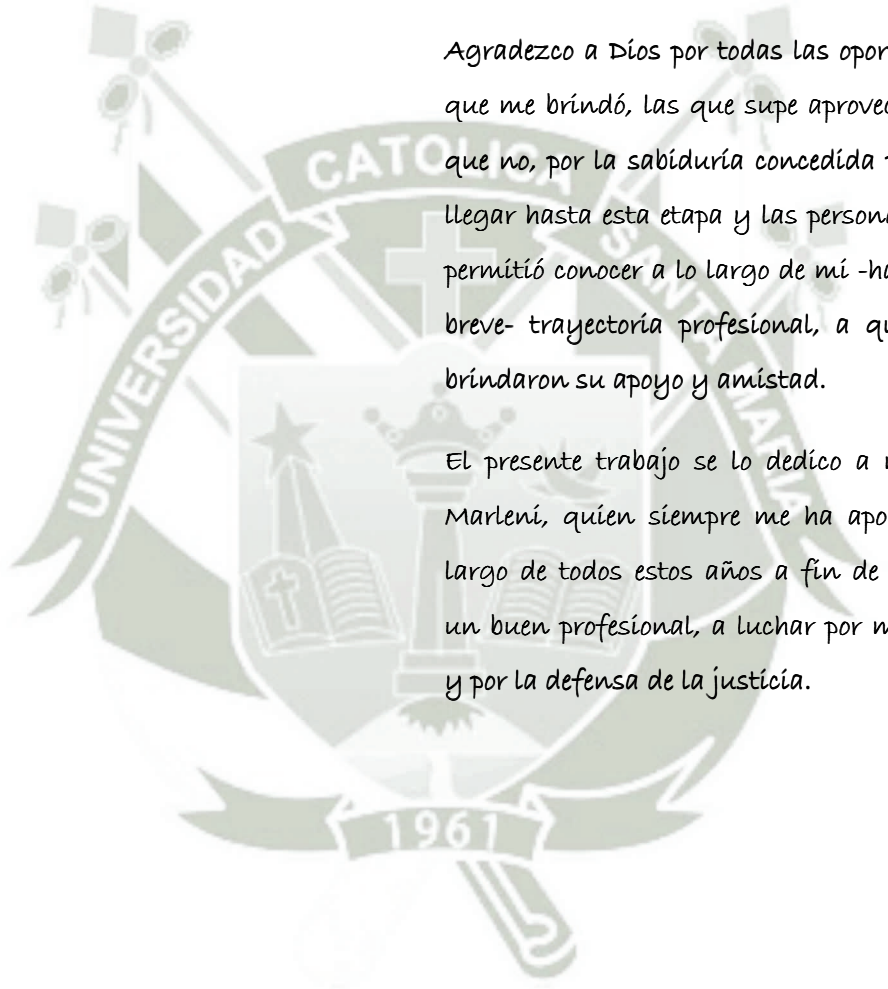
JOAN AUGUSTO CUBA QUENTA

Para optar el Grado Académico de:

MAGÍSTER EN DERECHO CIVIL

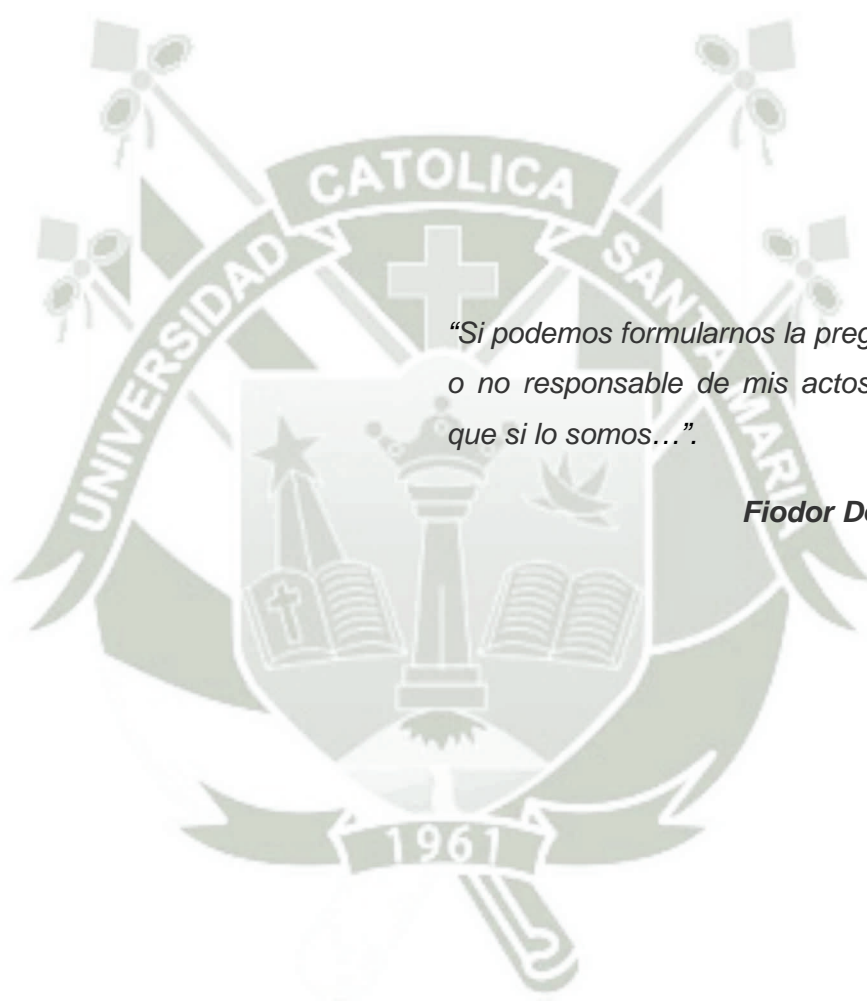
AREQUIPA- PERÚ

2016



Agradezco a Dios por todas las oportunidades que me brindó, las que supe aprovechar y las que no, por la sabiduría concedida para poder llegar hasta esta etapa y las personas que me permitió conocer a lo largo de mi -hasta ahora breve- trayectoria profesional, a quienes me brindaron su apoyo y amistad.

El presente trabajo se lo dedico a mi mamá Marleni, quien siempre me ha apoyado a lo largo de todos estos años a fin de lograr ser un buen profesional, a luchar por mis ideales y por la defensa de la justicia.



“Si podemos formularnos la pregunta: ¿Soy o no responsable de mis actos?, significa que si lo somos...”.

Fiodor Dostoievski.

ÍNDICE GENERAL

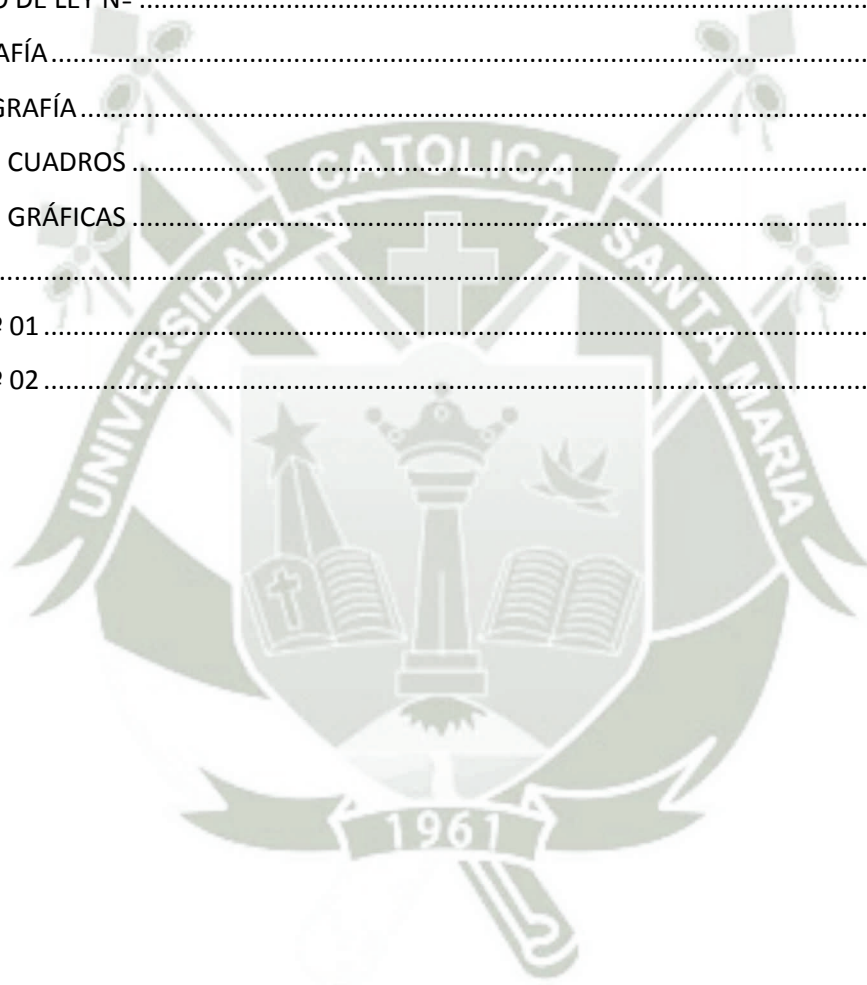
RESUMEN	9
ABSTRACT	11
INTRODUCCIÓN	13
CAPITULO I	14
LIMITACIONES A LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.....	14
TITULO I	14
LA VOLUNTAD DE LAS PARTES	14
1. GENERALIDADES RESPECTO A LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.-	15
2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.-.....	17
3. LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD.-.....	17
3.1. DECLARACIÓN DE VOLUNTAD RECEPTICIA.-	18
3.2. DECLARACIÓN DE VOLUNTAD IMPERFECTA.-.....	18
4. EL CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES.-.....	18
5. EL SILENCIO DENTRO DE LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD.-	19
6. LOS HECHOS CONCLUYENTES.-	20
7. LIMITES A LA AUTONOMÍA PRIVADA.-.....	20
7.1. ORDEN PÚBLICO.....	21
7.2. NORMAS IMPERATIVAS.....	21
7.3. BUENAS COSTUMBRES.....	21
TITULO II	22
LOS ACUERDOS CONTRACTUALES.....	22
1. DEFINICIÓN DE CONTRATO.-.....	22
2. ELEMENTOS DEL CONTRATO.-	23
2.1. ACUERDO DE VOLUNTADES.-.....	23
2.2. PLURALIDAD DE SUJETOS.-.....	24
2.3. CONSECUENCIA JURÍDICA.-	24
3. PRINCIPIOS CONTRACTUALES.-	25
3.1. AUTONOMÍA PRIVADA O AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.-	25
3.2. CONSENSUALISMO.-.....	25
3.3. BUENA FE CONTRACTUAL.-	25
3.4. OBLIGATORIEDAD DEL CONTRATO O PACTA SUNT SERVANDA.-	25

4.	EFFECTOS DE LOS CONTRATOS.-.....	27
5.	EFFECTOS RELATIVOS DEL CONTRATO.-	27
6.	OBJETO DE LOS CONTRATOS.-.....	28
6.1.	CREACIÓN DE UNA RELACIÓN JURÍDICA.-	28
6.2.	REGULACIÓN DE UNA RELACIÓN JURÍDICA.-	28
6.3.	MODIFICACIÓN DE UNA RELACIÓN JURÍDICA.-.....	28
6.4.	EXTINCIÓN DE UNA RELACIÓN JURÍDICA.-	29
7.	LICITUD DE LA OBLIGACIÓN CONTENIDA EN LOS CONTRATOS.-	29
8.	FORMA DE LOS CONTRATOS.-	30
8.1.	CONTRATOS LEGALES.-.....	30
8.2.	CONTRATOS CONVENCIONALES.-	30
9.	INCUMPLIMIENTO DE LOS ACUERDOS CONTRACTUALES.-	31
10.	SUPUESTOS EN LOS CUALES EL INCUMPLIMIENTO NO RESULTA ATRIBUIBLE AL DEUDOR.-	31
10.1.	INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR Y LA DILIGENCIA ORDINARIA.-.....	32
10.2.	CASO FORTUITO Y/O FUERZA MAYOR.-	34
10.2.1.	ACTUAL.-.....	34
10.2.2.	EXTRAORDINARIO.-	34
10.2.3.	IMPREVISIBLE.-	35
10.2.4.	IRRESISTIBLE.-	35
10.2.5.	SOBREVINIENTE.-.....	35
10.2.6.	ACONTECIMIENTO AJENO A LA VOLUNTAD DEL DEUDOR.-	35
10.2.7.	OBSTÁCULO QUE HAGA INSUPERABLE EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN POR PARTE DEL DEUDOR.-	36
11.	INCUMPLIMIENTO, CUMPLIMIENTO PARCIAL, TARDÍO O DEFECTUOSO POR CAUSA NO IMPUTABLE AL DEUDOR.-	36
12.	SUPUESTOS EN QUE EL INCUMPLIMIENTO RESULTA IMPUTABLE AL DEUDOR.-	37
12.1.	DOLO.-	37
12.2.	CULPA.-.....	37
12.2.1.	CULPA LEVE.-	38
12.2.2.	CULPA INEXCUSABLE.-	38
12.3.	NEGLIGENCIA.-	39
13.	SUPUESTOS PREVISTOS POR LA LEY QUE PERMITEN LA REVISIÓN DEL CONTRATO.-	39
13.1.	LESIÓN.-	39

13.2.	DESAPARICIÓN DE LA BASE DEL NEGOCIO.-	40
13.2.1.	EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN.....	40
13.2.2.	FRUSTRACIÓN DEL FIN DEL CONTRATO.-	41
13.3.	CLÁUSULA PENAL EXCESIVA.-.....	42
13.4.	CLÁUSULAS ABUSIVAS PREDISPUESAS EN LOS CONTRATOS.-	42
13.5.	MODIFICACIÓN DEL CONTRATO POR PARTE DEL ESTADO.-	42
14.	REVISIÓN DEL CONTENIDO DE LOS CONTRATOS POR PARTE DE UN TERCERO NO INTERVINIENTE.-.....	43
	CAPITULO II	45
	EJERCICIO DE LA ACCIÓN JUDICIAL DE REDUCCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL.....	45
	TITULO I.....	45
	OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL.....	45
1.	CONCEPTO DE CLÁUSULA PENAL.-	46
2.	LA CLÁUSULA PENAL DENTRO DEL DERECHO COMPARADO.-.....	47
2.1.	CÓDIGO CIVIL ARGENTINO.-.....	47
2.2.	CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO.-	48
2.3.	CÓDIGO CIVIL SALVADOREÑO.-	48
2.4.	CÓDIGO CIVIL MEXICANO.-	49
2.5.	CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.-	50
3.	FUNCIONES DE LA CLÁUSULA PENAL.-	50
3.1.	FUNCIÓN COMPULSIVA O COHERCITIVA.-.....	50
3.2.	FUNCIÓN INDEMNIZATORIA O RESARCITORIA.-.....	51
3.3.	FUNCIÓN PUNITIVA O SANCIONADORA.-	51
3.4.	FUNCIÓN MIXTA.-.....	52
3.5.	FUNCIÓN DE SIMPLIFICACIÓN PROBATORIA.-	52
3.6.	FUNCIÓN RESOLUTORIA.-	53
3.7.	FUNCIÓN COMPENSATORIA.-	53
3.8.	FUNCIÓN MORATORIA.-.....	53
4.	NATURALEZA ACCESORIA DE LA CLÁUSULA PENAL.-	54
5.	OBJETO DE LA CLÁUSULA PENAL.-	56
6.	ESTIPULACION DE LA CLÁUSULA PENAL.-	56
7.	EXIGIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL.-	56
7.1.	EXISTENCIA DE UNA OBLIGACION PRINCIPAL VÁLIDA.-.....	57
7.2.	VALIDEZ DE LA PENA ESTIPULADA.-	57

8. CONDICIONES ADICIONALES QUE DEBE TENER LA CLÁUSULA PENAL PARA SU EXIGIBILIDAD.-	57
8.1. INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL DEUDOR.-	57
8.2. DEUDOR CONSTITUIDO EN MORA.-	58
8.3. INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL DEUDOR.-	58
9. EXTINCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL.-	59
9.1. PAGO.-	59
9.2. PAGO POR CONSIGNACIÓN.-	60
9.3. DACIÓN EN PAGO.-	60
9.4. PAGO INDEBIDO.-	60
9.5. NOVACION.-	61
9.6. CONDONACIÓN.-	61
9.7. CONSOLIDACIÓN.-	61
9.8. TRANSACCIÓN.-	61
9.9. MUTUO DISCENSO.-	61
TITULO II	62
REDUCCIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL	62
1. GENERALIDADES.-	63
2. PRINCIPIOS APLICABLES EN EL DERECHO PERUANO PARA REDUCIR EL MONTO DE LA PENALIDAD CONVENCIONALMENTE ESTABLECIDA.-	67
3. EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL.-	69
4. DIVISIBILIDAD E INDIVISIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL.-	70
5. MANCOMUNIDAD Y SOLIDARIDAD EN LA CLÁUSULA PENAL.-	72
6. REDUCCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL EN NUESTRO MEDIO.-	74
7. SUPUESTOS FÁCTICOS DE REDUCCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL.-	76
7.1. PENALIDAD MANIFIESTAMENTE EXCESIVA.-	76
7.2. PRESTACIÓN PARCIAL O IRREGULARMENTE CUMPLIDA.-	77
8. TRATAMIENTO PROCESAL DEL PEDIDO DE REDUCCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL.-	77
9. VIA PROCEDIMENTAL APLICABLE AL PEDIDO DE REDUCCIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL.-	78
10. PEDIDO DE REDUCCIÓN JUDICIAL DE LA PENALIDAD CONTRACTUALMENTE ESTABLECIDA.-	78
11. OPORTUNIDAD DEL PEDIDO DE REDUCCIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL.-	79
12. REDUCCIÓN OFICIOSA DEL MONTO DE LA CLÁUSULA PENAL.-	79

13. CORRESPONDENCIA DE LA CARGA DE LA PRUEBA DENTRO DEL PROCESO DE REDUCCIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL.-	80
14. MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA QUE DETERMINA LA REDUCCIÓN DE PENALIDAD A FAVOR DEL DEUDOR.-	81
15. LA POTESTAD DEL JUEZ DE REDUCIR LA CLÁUSULA PENAL.-	82
CAPITULO III	84
ANÁLISIS DE LA ACCIÓN JUDICIAL DE REDUCCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL.....	84
CONCLUSIONES	109
SUGERENCIAS.....	111
PROYECTO DE LEY Nº	113
BIBLIOGRAFÍA.....	116
HEMEROGRAFÍA.....	118
ÍNDICE DE CUADROS	119
ÍNDICE DE GRÁFICAS	121
ANEXOS	123
ANEXO Nº 01	124
ANEXO Nº 02	170



RESUMEN

En nuestro vivir cotidiano resulta necesario que los seres humanos nos interrelacionemos con nuestros semejantes, a fin de poder desarrollar nuestras capacidades y satisfacer nuestras necesidades de manera conjunta, razón por la cual el ser humano necesita manifestar su voluntad de realizar dichos actos, lo cual se fue perfeccionando con el paso de los años, hasta materializarse en las diversas formas de contratación contemporánea que nos ofrece nuestro ordenamiento jurídico civil.

Como bien es sabido, no todos los compromisos asumidos, ni los contratos suscritos se llegan a cumplir y muchos otros presentan un cumplimiento tardío o defectuoso, razón por la cual el Derecho Civil, ante tal circunstancia y a fin de desincentivar el incumplimiento de parte de los deudores y facilitarle al acreedor el poder acceder a la indemnización que corresponda ante el eventual incumplimiento, les otorga a los contratantes la posibilidad de establecer, de modo previo al mismo, una indemnización que tendrá carácter disuasivo, pues con ella se motiva al deudor a cumplir con su obligación y carácter indemnizatorio en caso se llegue a producir el incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación por parte del deudor y mediante la cual se ha de determinar de forma previa el monto al cual ha de ascender la indemnización que corresponda producto de los daños y/o perjuicios producidos.

La penalidad antes señalada puede ser establecida de modo previo a las posibles contingencias que se produjeran en el desarrollo de la obligación principal; razón por la cual asumirá un carácter accesorio. Se hace presente que tanto el acreedor y deudor han negociado de modo previo tanto los términos como el monto al cual ascenderá la cláusula penal, a fin de poder introducirla dentro del contrato mediante una cláusula que regule el cumplimiento de la obligación principal.

Ante este panorama, parece sencillo señalar que producido el incumplimiento por parte del deudor, el acreedor únicamente deberá de efectivizar la cláusula penal y dar por concluida toda discrepancia que pudiera producirse al respecto, pero sucede que nuestro Código Civil faculta al deudor, en caso que este considere que la penalidad pactada resulte ser manifiestamente excesiva, o hubiera un cumplimiento parcial de la obligación garantizada, a solicitar al Juez que reduzca equitativamente el monto de dicha penalidad.

El conflicto surge cuando el acreedor exige judicialmente la ejecución de la penalidad pactada, en principio porque pese a que el artículo 1343 del Código Civil señala que *“para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe la existencia de los daños y perjuicios sufridos...”*, sin embargo muchos jueces son de la postura que sí deben de ser probados los mismos; para luego tener que seguir el correspondiente proceso judicial a fin que el juez ordene que el deudor cumpla con pagar el monto de la penalidad pactada que inicialmente se comprometió a cumplir.

En el otro extremo se tiene que el deudor al momento de contestar la demanda de ejecución de penalidad, podrá manifestar al juez su intención de que la misma deba ser reducida, efectuando la misma como un argumento de su contestación a la demanda, como reconvencción o como una demanda independiente, ello debido a que el artículo 1346 del Código Civil no establece una formalidad específica a seguir a fin de realizar dicho pedido; la misma que será valorada por el juez a fin de establecer si la penalidad pactada resulta ser manifiestamente excesiva y por consiguiente merezca ser reducida de manera equitativa.

La controversia se suscita ante la aparente colisión normativa existente al respecto, la cual por un lado permite a las partes decidir libremente respecto a los términos en los cuales van contratar y que por otro lado faculta al deudor, a solicitar la modificación judicial de dichos términos, en el sentido que se reduzca la penalidad convencionalmente establecida. Por tal razón es que resulta necesario establecer que criterio asumen nuestros jueces al respecto, y más aún si con el mismo se limita a la voluntad de las partes contractuales.

ABSTRACT

In our daily life results necessary that people has mutual relationships to develop their capacities and satisfy their necessities, that's the reason why people needs to show their will's manifestation of realize some actions, that situation has been perfect with the past of the years until reach many kinds of contract's shapes in these days, that we can choose of our Civil Law's repertoire or make a new one.

As people know very well, not all contracts reach their objectives, others only have a partial, delayed or defective accomplishment, that was the reason why our Civil Law, in the circumstance to avoid the debtor's non fulfillment, and to make easy the worthy's indemnization, give the contractual parts the possibility of establish, in a previous way, the indemnization that could be request in case of contract didn't realized, and it also has a dissuasive purpose, that motivates the debtor's accomplishment. On the other hand the penalty clause has an indemnity purpose too, that it's demanded when exist a partial, delayed or defective breach of the obligation and it also means that the contractual parts had to determinate, in a previous way the amount of the indemnization that the worthy's deserve product of the damage and no gain produced by the debtor's non fulfillment.

The penalty clause, that must be establish in a previous way to the obligation's non fulfillment, it's a clause that depends of the normal fulfillment of the main obligation. It's necessary to say that debtor and worthy have negotiated the terms of that clause in a previous way before to put it in a contract that regulate the main obligation's fulfillment.

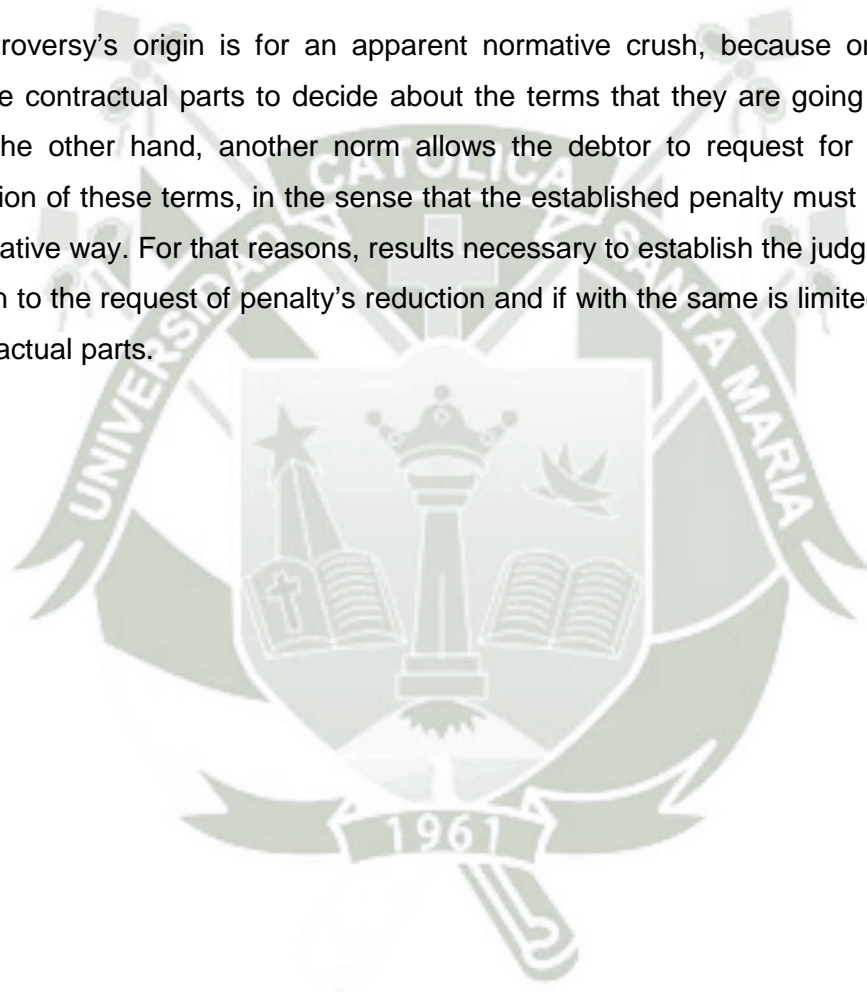
At first sight, it looks easy to say *"when your debtor didn't realize the obligation, you only have to execute the penalty clause"*, but in a practice way, that affirmation couldn't be easy, because our Civil Law allows the debtor, who considerate that the penalty clause it's excessive, or in the case that the main obligation has a partial, delayed or defective accomplishment, to request to the Civil Judge the reduction of the penalty clause in a fair way.

The conflict begins when the worthy demands the judicial execution of the penalty clause, because although the article 1343 of the Civil Code indicates that's not necessary to prove the existence of the suffered damages and no gain produced, nevertheless many judges have the position that the worthy must to prove them and

after that, he must to have a trial to get the judge's order about the debtor must to pay the penalty that he has promised to fulfill.

On the other hand we had the debtor, when he has to answer the execution of penalty's demand, can show to the judge his intentions about the penalty's reduction, that it could be like an argument of his demand's answer, reconvention or an independent demand, it because the article 1346 of the Civil Code doesn't establish a specific formality of make that request that must be valued by the judge in order to establish if this penalty is manifestly excessive or not, and therefore deserves to be reduced in a fair way.

The controversy's origin is for an apparent normative crush, because one of them allows the contractual parts to decide about the terms that they are going to contract and on the other hand, another norm allows the debtor to request for the judicial modification of these terms, in the sense that the established penalty must be reduced in a equitative way. For that reasons, results necessary to establish the judge's mindset in relation to the request of penalty's reduction and if with the same is limited the will of the contractual parts.




INTRODUCCIÓN

Mediante el presente trabajo de investigación denominado *“LIMITACIONES A LA VOLUNTAD DE LAS PARTES ANTE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN JUDICIAL DE REDUCCIÓN DE PENALIDADES DERIVADAS DE LOS ACUERDOS CONTRACTUALES SEGÚN EL CRITERIO ASUMIDO POR LOS JUECES ESPECIALIZADOS EN LO CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA, 2016”*, se pretende determinar la forma en la cual el accionar ante el Órgano Jurisdiccional, por parte del deudor que solicite la reducción equitativa de la cláusula penal aceptada de forma libre y voluntaria, limita la voluntad inicial de las partes contratantes, contraviniendo el principio de libertad de contratación consagrado en la Constitución Política del Perú y nuestro Código Civil.

El presente trabajo de investigación consta de tres capítulos, teniendo el primero dos títulos, orientados a desarrollar la voluntad de las partes y los contratos, respectivamente, señalando cómo la forma en la cual manifestamos nuestra voluntad, ha sido regulada por nuestro ordenamiento jurídico civil, estableciendo el empleo de diversas modalidades contractuales conforme a Ley; el segundo capítulo enfoca su primer título en analizar la cláusula penal, definiéndola en primer lugar, explicando además sus funciones, naturaleza y objeto; así como el momento en el cual se establece la misma y sus formas de extinción; el segundo título aborda propiamente la reducción judicial de la penalidad voluntariamente pactada, los principios aplicables en el Derecho nacional para la reducción de penalidad; sus correspondientes supuestos fácticos, tratamiento procesal y culminando en la potestad que tiene el juez de poder reducir la cláusula penal.

El tercer capítulo expone los resultados obtenidos luego de desarrollar la presente investigación, mediante la obtención de datos producto del empleo de la cédula de preguntas en las unidades de estudio de modo directo, señalándonos de modo gráfico y descriptivo cada uno de los resultados parciales obtenidos así como las dificultades surgidas al momento de recabar la información como la falta de voluntad de apoyo por parte de algunos entrevistados; para posteriormente poder consolidar dichos resultados plasmándolos en las conclusiones y sugerencias e incluso se efectúa la correspondiente propuesta legislativa para poder solucionar el presente problema materia de investigación, la cual resulta menos onerosa que tener que acudir ante el Poder Judicial a fin de buscar una posible y aparente solución equitativa a la controversia y que a su vez esta tenga un alcance generalizado.



CAPITULO I
LIMITACIONES A LA VOLUNTAD DE LAS PARTES
TITULO I
LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

«La voluntad de las partes se caracteriza por su autonomía que les permite contratar en el modo, forma y condiciones que estimen por conveniente y en igualdad de condiciones, a fin de poder hacer realidad aquella conocida expresión que establece *“lo contratado es Ley entre las partes”*; por lo que conforme a lo antes señalado se evidencia que lo acordado sólo afectará a las partes y a terceros interesados, sin trascender a la esfera de la comunidad, la cual mediante nuestro ordenamiento jurídico civil le impone como únicas limitaciones el respeto a la moral, el Orden público y las buenas costumbres...» El Autor.

1. GENERALIDADES RESPECTO A LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.-

El vocablo voluntad proviene del latín *voluntas/atís*, el cual semánticamente se define como “*potencia del alma, que mueve a hacer o no hacer una cosa...*”¹, la cual muchas veces se ve íntimamente relacionada con el libre albedrío, que caracteriza al ser humano como un ser racional, por el cual debe decidir constantemente sobre aquellas acciones que debe realizar o abstenerse de hacer en su vivir cotidiano.

Dentro del ámbito del Derecho se tiene que la voluntad es la fuente principal del negocio jurídico, pues consiste en una expresión común entre el acreedor y el deudor para lograr una mutua satisfacción de intereses mediante la generación de un nexo o vínculo entre ellos. Los efectos que pueda producir la voluntad de un sujeto se conocen dentro de la doctrina como “*ex-voluntate*”, debido a que esta deja la esfera interior del sujeto y se exterioriza produciendo efectos tanto para sí, como para sus semejantes.

Al respecto, Espinoza Espinoza² citando a Giacomo Venezian, define a la voluntad como: “*La posibilidad consiente de producción de efectos...*”, la cual necesariamente requiere que se exteriorice el proceso psíquico interno para poder producir sus efectos; dicha exteriorización puede ser expresa o tácita, conforme lo establece el artículo 141 del Código Civil, el cual a su vez precisa que para ser expresa se debe realizar “*en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico o análogo...*”, siendo que en el caso de la voluntad tácita, esta se infiere de una actitud o circunstancia de comportamiento del sujeto que revelen su existencia y el sentido de la misma.

La voluntad humana se materializa generalmente en una decisión exteriorizada, que suele denominarse como “*declaración de la voluntad*”, por lo que teniendo en consideración lo señalado por la doctrina alemana consultada por Espinoza Espinoza³ puede distinguirse entre la “*voluntad de actuar*”, mediante la cual se establece un signo de la declaración integrado por la voluntad de declarar (conciencia de la declaración) y la “*voluntad negocial*” (orientada a producir consecuencias jurídicas dirigidas a un resultado económico).

¹ OCEANO: *Diccionario de la lengua española*, Barcelona, 1997, pág. 782.

² ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *Acto Jurídico Negocial, Análisis doctrinario, legislativo y Jurisprudencial*, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, pág. 49.

³ *Ibíd.*, pág. 53-54.

El profesor Taboada Córdova⁴ efectúa una distinción entre la “*voluntad declarada*”, la cual es el contenido de la declaración de la voluntad, que es expresada mediante una conducta y la “*voluntad de declarar*”, que a su vez se compone de la voluntad de realizar la conducta (voluntad del acto externo) y del conocimiento de que a través de una determinada conducta se está declarando la voluntad (valor declaratorio de la conducta), siendo que dicha distinción la realizó para poder diferenciar el momento volitivo del decisivo.

Dicha voluntad posee elementos constitutivos tales como el discernimiento, la intención, la libertad y la manifestación de la voluntad. Revilla Pulcha⁵ los describe como “*La aptitud para comprender el significado de la actividad que se realiza, el deseo o razón que mueve a una persona a realizar o no, la posibilidad de poder realizar o no y la exteriorización de esa voluntad en actos positivos y negativos que puedan ser expresos o tácitos...*”.

Dentro de las diversas posturas que abordan el problema de la presunta incompatibilidad entre la voluntad y su declaración⁶ se debe hacer mención especial a la teoría de la responsabilidad, la cual señala que “*el agente emisor debe asumir jurídicamente las consecuencias de su actuar...*”, teniendo como ejemplo que el disponerse a saludar a alguien en medio de una subasta puede ser considerado por el oferente como una oferta; por lo que se aprecia la existencia respecto del agente, de la necesidad de soportar las consecuencias del acto vinculante una vez realizado. Hago especial mención a dicha teoría, debido a que resulta ser la que mayor relación tiene con la voluntad de las partes, y muchas veces se encuentra plasmada en el documento que contiene al contrato en sí, tiene fuerza vinculante entre las partes que lo celebraron y hace que las mismas pierdan la libertad de sustraerse de las consecuencias ulteriores del mismo, sean estas buenas o malas.

Se debe tener presente que la manifestación de voluntad no solamente guarda relación con el declarante, debido a que la misma posee un carácter social que afecta o influye al receptor de dicha voluntad que interviene en la relación jurídica.

⁴ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo: *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*; GRIJLEY, Lima, 2002, pág. 150 - 151.

⁵ REVILLA PULCHA, Arquímedes: *Lecciones sobre el Acto Jurídico*; Legislación Peruana General, Arequipa, 2004, pág. 23 – 24.

⁶ ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *Óp. Cit.*, pág. 55.

2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.-

La voluntad consiste en todo acto intencional realizado por el ser humano, la cual a su vez consta de dos momentos, siendo el primero la voluntad de querer realizar o efectuar un determinado acto, que se efectúa en el interior de la persona, y la intención de declarar nuestra voluntad mediante una conducta externa.

Dentro del Derecho Civil se aprecia que la autonomía de la voluntad viene a ser uno de los principios fundamentales que otorga a las partes la posibilidad de contratar o no; así como el fijar o modificar las condiciones del contrato conforme a sus intereses.

Debe tenerse presente que dicha autonomía de la voluntad permite a las partes el obligarse a contratar o no, el discutir las condiciones del contrato, su contenido, objeto y efectos, escogiendo las normas que mejor les convenga y rechazando las que no, así como la respectiva formalidad que ha de tener la misma, lo cual limita el ámbito de intervención del Estado a tener que verificar que se cumpla la voluntad de las partes.

El objetivo de la voluntad de las partes está orientado a dirigir la formación y desenvolvimiento de las relaciones entre estas. Al respecto Hedermann⁷ señala que *“Los contratantes promulgan su Ley, pues por esta causa se dice que en esta materia predomina la autonomía privada...”*.

3. LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD.-

Consiste en la exteriorización de la voluntad, en hacer conocible lo que interiormente se quiere mediante signos *“inequívocos y sensibles”*, convencionalmente admitidos por la sociedad. Existen teorías que delimitan la naturaleza de la declaración de voluntad, entre las cuales tenemos aquella que señala que existe una *“declaración expresa”* cuando esta sirve para manifestar una intención jurídica negocial (Teoría Objetiva); y por otra parte aquella que señala que la declaración expresa debe darse por medio de *“signos de declaración”* (Teoría Subjetiva); siendo que el artículo 141 del Código Civil recoge ambas teorías, al señalar que la manifestación de voluntad *“...es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo...”*.

⁷ HEDERMANN, Justus Wilhelm: *Tratado de Derecho Civil, Derecho de las Obligaciones*. Volumen III; Traducción Efectuada por Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 63.

Dentro de la declaración de voluntad se tiene dos variedades que merecen especial atención, las cuales procedo a desarrollar:

3.1. DECLARACIÓN DE VOLUNTAD RECEPTICIA.-

Es un tipo especial de declaración de voluntad, la cual requiere del conocimiento del destinatario, por lo que hasta que se dé ese momento dicha manifestación de voluntad no existe o no tiene efecto jurídico, siendo además que dicha manifestación de voluntad debe estar dirigida a una persona determinada, como por ejemplo el otorgamiento del poder y su revocación del mismo.

3.2. DECLARACIÓN DE VOLUNTAD IMPERFECTA.-

Un sector de la doctrina alemana, representada por Karl Larenz⁸ comprende dentro de la denominación de “*declaración de voluntad imperfecta*” a la voluntad viciada, la cual engloba a los supuestos de la reserva mental, la declaración “*iocanti gratia*” o formulada en broma, el negocio simulado y los vicios de voluntad señalados por nuestro ordenamiento jurídico civil tales como el dolo, error, violencia o intimidación, siendo que a su vez se incluye dentro de este grupo a la declaración escénica y la formulada por motivos didácticos.

4. EL CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES.-

Se manifiesta con el simple acuerdo de voluntades, el cual resulta suficiente para perfeccionar un contrato. Para Rodríguez Velarde⁹ viene a ser “*el resultado de la integración armoniosa y conjunta de las declaraciones de voluntad de las partes...*”, por lo cual se tiene que las voluntades parciales de las partes contratantes se suman (oferta + aceptación), para dar lugar a una nueva forma de voluntad denominada como “*voluntad contractual*”, la cual está orientada a producir los efectos jurídicos deseados por las partes.

Así mismo se tiene que el consentimiento de las partes constituye el elemento perfeccionador del contrato, conforme a lo establecido por el artículo 1352 del Código Civil, en concordancia con lo establecido por el artículo 1373 del citado cuerpo de Ley.

⁸ LARENZ, Karl: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Traducción de Carlos Fernández Rodríguez. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, pág. 37.

⁹ RODRIGUEZ VELARDE, Javier: *Contratación Empresarial*, RODHAS, Lima, 1998, pág. 41.

Podría decirse al respecto que cuando la oferta y la aceptación han concertado de forma breve, se trataría de un acto jurídico instantáneo, en cambio cuando no exista certeza respecto al momento en que se toma conocimiento de la oferta y se formula la aceptación, y en el que esta sea conocido por el oferente, resultará necesario, de forma previa, el establecer cuando ha nacido el contrato.

5. EL SILENCIO DENTRO DE LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD.-

El silencio suele ser definido como un comportamiento omisivo, el cual puede tener las consecuencias jurídicas de una declaración de voluntad si la Ley o la autonomía privada así lo predeterminan, conforme lo señala el artículo 142 del Código Civil.

Debo señalar que el término “*silencio*” tiene cierta ambigüedad, debido a que puede tener múltiples significados, por lo que el citado artículo del Código sustantivo señala que este “*adoptará el significado que la Ley o el Convenio le atribuyan...*”, por lo que en principio se tendría que el comportamiento omisivo no produciría los efectos de la declaración, excepto cuando el interesado hubiera tenido la obligación de hablar y no lo hizo, o cuando hubiera algún precedente jurídico o extra jurídico, como la costumbre, mediante la cual se tenga que el silencio produzca efectos idénticos a aquellos propios de la manifestación del consentimiento.

Al respecto, conforme a lo señalado por el profesor Espinoza Espinoza¹⁰, se tiene que nuestro ordenamiento jurídico civil le puede atribuir ciertas finalidades, de acuerdo al caso en concreto, como por ejemplo tenemos que en los artículos. 1380 y 1381 del Código Civil, en los cuales se señala que “*no se requiere de la aceptación para que la prestación del contrato se ejecute o para que se concluya el contrato...*”, dicha circunstancia consistiría en un supuesto de adquisición; así mismo se señala la finalidad que tendría el silencio cuando una persona deja transcurrir el plazo -prescriptorio o de caducidad-, lo que sería un *supuesto de pérdida de derechos*; además el citado autor a su vez propone una especie de “*supuesto mixto*”, el cual podría ser conocido como “*silencio bilateral*”, que se materializa por ejemplo, en lo señalado por el artículo 1700 del Código Civil, el cual regula “*la continuación del contrato de arrendamiento, vencido el plazo del contrato, bajo sus mismas estipulaciones hasta que el arrendador solicite su devolución...*”.

¹⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan: Óp. Cit., pág. 60.

6. LOS HECHOS CONCLUYENTES.-

Puede entenderseles como actos autónomos y autosuficientes, es decir que por sí solos producen determinados efectos jurídicos a los que se les debe de distinguir de la declaración de voluntad tácita debido a que mediante los hechos concluyentes se llega a admitir la existencia de una declaración de voluntad respecto del negocio en cuestión solamente de una deducción. Por lo que podría señalarse que un determinado modo de comportarse, puede adquirir en el ambiente social en que se produce, el significado y valor de una declaración de voluntad.

Un hecho puede ser declarado como concluyente en cuanto impone una conclusión es decir, *“una deducción lógica que no está fundada sobre la conciencia del agente...”*. Para ejemplificar los conceptos antes mencionados se tendría el supuesto de uso de una prestación ofrecida a título oneroso, como por ejemplo el servirse de un buffet dentro de un restaurante, el subir a un medio de transporte público o estacionarse dentro de una playa de estacionamiento, siendo que tales acciones, las cuales se han desarrollado sobre actos concluyentes, generan la obligación de pago respecto al propietario del restaurante, el cobrador de la empresa de transporte público o el recaudador de la playa de estacionamiento. Para que se produzca la obligación de pago antes mencionada, debe tenerse en cuenta que la onerosidad de la prestación utilizada debe ser reconocible.

El artículo 141 del Código Civil señala que *“no puede considerarse que existe manifestación tácita cuando el agente formula reserva o declaración en contrario”*, por lo cual se podría deducir que si es que no se quiere que el acto concluyente produzca efectos jurídicos, la persona que los realiza tiene la obligación de formular reserva, conocida también como *“protesta o protestatio”* es decir efectuar la aclaración correspondiente que destruya la apariencia de que se realizó una declaración de voluntad; se debe precisar que dicha protesta reviste únicamente un carácter aclaratorio, más la misma no se puede poner en contradicción con los mismos actos.

7. LIMITES A LA AUTONOMÍA PRIVADA.-

Al constituir la autonomía privada una *“autorregulación de intereses”*, se debe señalar que dicha autonomía no reviste un carácter absoluto, pues conforme se tiene de el artículo V del Título Preliminar de nuestro Código Civil, la voluntad privada encuentra

sus límites dentro del orden público y las buenas costumbres, adicionándose a ellos los principios de corrección, buena fe y confianza que debe existir entre las partes, conforme lo señala el profesor Aníbal Torres Vásquez¹¹. De modo sucinto procederé a definir dichos límites, conforme se tiene a continuación:

7.1. ORDEN PÚBLICO.-

Es un conjunto de fundamentos sobre los cuales se basa el ordenamiento jurídico de un Estado, pero dichos principios a su vez pueden ser de carácter social, económico, moral, etc. y a su vez regulan la actividad social.

7.2. NORMAS IMPERATIVAS.-

Son todas las normas orientadas a permitir o prohibir un determinado comportamiento dentro de la sociedad, su carácter imperativo se debe a que tienden a prevalecer sobre la voluntad de las partes, debido a que estas no pueden sustituirlas ni modificarlas, contrario sensu a las normas permisivas las cuales sirven de complemento a la voluntad de las partes.

7.3. BUENAS COSTUMBRES.-

Deben entenderse como un principio de carácter moral aplicable en un contexto social y temporal, generalmente suelen estar basadas en la opinión común de las personas y tienden a ser dinámicas, pues cambian de acuerdo al paso de los años y en función al lugar donde se produzcan, por lo cual se concluye que la definición de una “buena” o “mala” costumbre resulta ser relativa.

¹¹ TORRES VASQUEZ, Aníbal: *Acto Jurídico*, GRIJLEY, Lima, 200, Pág. 94.



TITULO II

LOS ACUERDOS CONTRACTUALES

«Al existir el correspondiente acuerdo de voluntades entre las partes, este viene a constituir en si un contrato, orientado a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídico patrimoniales de carácter económico; por lo que contrario sensu, al común creer de la sociedad, el contrato no solamente es un papel donde conste aquel acuerdo, siendo este el medio físico o soporte digital que lo contiene...» El autor.

1. DEFINICIÓN DE CONTRATO.-

Los contratos son un medio jurídico - económico que permite la circulación del flujo de riqueza en nuestro entorno, siendo que mediante el mismo se adquiere derechos entre las partes intervinientes y a su vez se asume obligaciones, siendo que su función radica en conciliar intereses económicos aparentemente opuestos.

Reiterada doctrina señala que los contratos son un acuerdo de dos o más partes, las cuales deben tener un interés jurídico patrimonial orientado a crear, regular, modificar o extinguir obligaciones, siendo que dicha definición se haya expresamente establecida en el artículo 1351 del Código Civil peruano. Los bienes o intereses que son objeto del contrato deben de poseer una naturaleza netamente económica o que estos sean susceptibles de dicha valorización. Deben ser excluidos de la definición de contratos la realización de actos jurídicos extra patrimoniales y aquellos que no tengan un valor económico, por ejemplo las relaciones jurídicas emanadas del Derecho de las Personas o del Derecho de familia.

Retomando la definición establecida por el artículo 1351 del Código Civil, el doctor Javier Rodríguez Velarde¹² señala que: *“El contrato es un acto jurídico plurilateral y patrimonial y que la falta de estos dos elementos determinaría la invalidez del contrato como tal...”*.

Al respecto se tiene que Guillermo Cabanellas de Torres¹³, al definirlo señala que: *“La convención [...] es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico; y el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones...”*.

2. ELEMENTOS DEL CONTRATO.-

El contrato, como instrumento jurídico mediante el cual se establece relaciones jurídicas patrimoniales entre las partes contractuales deberá tener los siguientes elementos:

2.1. ACUERDO DE VOLUNTADES.-

Los contratos se perfeccionan mediante el consentimiento de las partes, el cual se puede señalar que está amparado tanto por la libertad de contratar y la libertad de contratación. Si bien es cierto las personas pueden contratar libremente, dicha libertad no resulta ser absoluta del todo, pues se encuentra delimitada por la Ley y las buenas costumbres.

¹² RODRIGUEZ VELARDE, Javier: Óp. Cit., pág. 16.

¹³ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Duodécima Edición, 1997, pág. 92.

El principio de la autonomía de la voluntad se encuentra regulado por el artículo 1354 del Código Civil, el cual señala que *“Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a la Ley...”*, por lo tanto se tiene que la libertad contractual es la regla general y su limitación la excepción a dicha regla.

Conforme lo señala el profesor Rodríguez Velarde¹⁴ *“el acuerdo de voluntades requiere que ambas voluntades deben ser recíprocas, coincidentes y simultáneas, porque el contrato se perfecciona con el consentimiento de las partes...”*. Debe hacerse la precisión que la relación existente entre la voluntad y su manifestación se rige por el principio de lo declarado o expresado.

El artículo 1361 del Código Civil señala que *“los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos...”*, por lo cual existe una presunción respecto a que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes, correspondiéndole probar lo contrario a quien pretenda negarlo.

2.2. PLURALIDAD DE SUJETOS.-

Lo correcto sería decir *“pluralidad de partes”*, debido a que puede haber varios sujetos que conformen una sola parte contractual, siendo de igual manera respecto a su contraparte; por lo cual gran parte de la doctrina señala que el contrato es un acto jurídico bi o plurilateral.

Demás está el mencionar que dichas partes deben de poseer de la correspondiente capacidad de goce y ejercicio requerida por la Ley al momento de intervenir en un contrato, siendo por ejemplo el caso de las personas naturales al haber cumplido 18 años o en el caso de las personas jurídicas al momento de su constitución y correspondiente inscripción en Registros Públicos.

2.3. CONSECUENCIA JURÍDICA.-

Conforme a lo anteriormente señalado, se tiene que los contratos son un acuerdo de voluntades, cuya consecuencia es la creación, modificación, regulación o extinción de actos jurídicos de naturaleza patrimonial.

¹⁴ RODRIGUEZ VELARDE, Javier: Óp. Cit., pág. 20

3. PRINCIPIOS CONTRACTUALES.-

Dentro de los principios que regulan toda relación contractual tenemos los siguientes:

3.1. AUTONOMÍA PRIVADA O AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.-

Desde el ámbito Constitucional la autonomía privada consiste en el poder que tienen las personas para regular sus intereses, en uso de su derecho a la libertad para contratar; así mismo las partes gozan de la libertad de poder determinar libremente el contenido del contrato de acuerdo a lo preceptuado en el Código Civil, derecho conocido como libertad contractual, por medio del cual uno puede contratar porque quiere, con quién quiere y como quiere.

3.2. CONSENSUALISMO.-

Está contemplado en el artículo 1352 del Código Civil, el cual señala que el contrato se forma por el sólo consentimiento de las partes, el cual da lugar al nacimiento de una voluntad común, por lo que dentro de este principio está comprendido de manera intrínseca el de la libertad de formalidad, el cual establece que las partes pueden optar, al momento de celebrar un contrato, por la forma contractual que mejor les convenga, excepto cuando haya un mandato previamente establecido por Ley de seguir una formalidad predeterminada, siendo que dicha norma tiene carácter de obligatoria y su inobservancia generalmente es sancionado con su nulidad.

3.3. BUENA FE CONTRACTUAL.-

Las partes deben comportarse con lealtad y honestidad entre sí, debido a que existe un deber auto impuesto proveniente de la relación contractual existente, la buena fe exige a las partes contratantes a actuar conforme a derecho y a no aprovecharse del estado de necesidad que pueda estar atravesando su contraparte.

3.4. OBLIGATORIEDAD DEL CONTRATO O PACTA SUNT SERVANDA.-

Dicho principio otorga seguridad jurídica a las partes y al tráfico patrimonial, se encuentra contemplado en el artículo 1361 del Código Civil, señalando: “*la obligatoriedad de los contratos en cuanto se haya expresado en ellos...*”, importa además una presunción *iuris tantum*, respecto a que “*lo expresado en el contrato*

corresponde a la voluntad común de las partes...”. Al haber incluido el legislador dicho principio dentro del código sustantivo se debe entender el papel fundamental que dicho principio desempeña dentro del derecho contractual peruano.

El profesor Soto Coaguila¹⁵ demuestra cierta contrariedad a la equiparación que se hace entre los efectos del contrato y la fuerza de Ley, debido a que señala que dichas categorías jurídicas son distintas y que la expresión “*fuerza de Ley*” tiene una finalidad de carácter retórica, empleada más que todo para dar énfasis al vínculo jurídico existente entre las partes contractuales, señalando además que los contratos y la Ley tienen roles y efectos distintos.

Al respecto De la Puente y Lavallo¹⁶ detalla las diferencias existentes entre los efectos del contrato y la Ley, siendo que el contrato: **i)** Reglamenta una situación jurídica particular, la cual sólo produce efectos entre las partes debido a que es el producto del acuerdo de voluntades de dos o más partes, **ii)** Suele tener una vida efímera la cual se inicia cuando se crea la relación jurídica contractual y se extingue cuando se ejecutan las prestaciones asumidas, y puede quedar sin efecto por medio de otro contrato, un acto unilateral o de manera excepcional mediante la intervención del Estado.

En cambio la Ley determina un mandato, prohibición o permisión de carácter general y abstracto para todas las personas que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación, la cual no requiere de un acuerdo de voluntades, pues se origina en el *ius imperium* que le asiste al Estado, que se materializa mediante los preceptos legales emanados del Poder Legislativo, que están orientados a perdurar en el tiempo, con el fin de lograr el orden social y bien común. Toda Ley sólo puede derogarse de modo expreso o tácito por otra Ley.

Desde el punto de vista del Derecho debe tenerse presente que si el Estado ha conferido autonomía y libertad a las personas para que auto regulen sus intereses, celebrando toda clase de contratos dentro de los límites que este les ha impuesto, por lógica también debe de dotarle de fuerza vinculante y

¹⁵SOTO COAGUILA, Carlos Alberto: *El pacta Sunt Servanda y la revisión del contrato*, obtenido de <http://www.jusdem.org.pe/webhechos/N010/elpactasun.pdf> 02/09/15 10:31 a.m., pág. 05.

¹⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLO, Manuel: *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil*, Tomo I. Segunda Edición actualizada, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, pág. 311.

obligatoriedad a los mismos, lo cual viene a constituir la tan ansiada seguridad jurídica que caracteriza al estado de derecho. Es por tal razón que el Estado faculta al contratante, perjudicado por el incumplimiento, a solicitar el respectivo cumplimiento del mismo (ejecución forzada), o el pedir que se deje sin efecto la obligación asumida (resolución del contrato) y/o la correspondiente indemnización por daños y perjuicios a que hubiere lugar producto del incumplimiento ocurrido.

El principio contractual del *pacta sunt servanda*, tiene como consecuencia directa la intangibilidad del contrato, es decir que este no pueda ser modificado o dejado sin efecto una vez que se ha celebrado, salvo mediante un nuevo acuerdo de las partes, protección también regulada por nuestra Constitución Política en su artículo 62, el cual señala que *“los términos contractuales no pueden ser modificados por Leyes u otras disposiciones de cualquier clase...”*, salvo por mandato Judicial.

4. EFECTOS DE LOS CONTRATOS.-

En principio los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, conforme a lo señalado por el artículo 1363 del Código Civil, excepto al tratarse de derechos y obligaciones no transmisibles, como por ejemplo en los contratos personalísimos, verbigracia la prestación de servicios profesionales, en los cuales al fallecer el profesional contratado, la obligación asumida mediante contrato desaparece por no ser transmisible esta a sus herederos.

5. EFECTOS RELATIVOS DEL CONTRATO.-

El contenido del contrato y las obligaciones que emanen de este afectan única y exclusivamente a los celebrantes del mismo, es decir no se puede afectar la esfera jurídica de terceros no participantes. Soto Coaguila¹⁷ señala que este principio tiene como excepción cuando se trata de los herederos de una de las partes contractuales - que asumen la obligación producto de la muerte del causante- y del acreedor -aquel que ve amenazado su derecho crediticio por actos del deudor que afecten directamente su patrimonio-.

¹⁷SOTO COAGUILA, Carlos Alberto: Óp. Cit., pág. 03.

6. OBJETO DE LOS CONTRATOS.-

El artículo 1402 de nuestro Código Civil señala que el objeto de los contratos consiste en “*crear, regular, modificar o extinguir obligaciones...*”, por lo que se aprecia que el objeto del contrato consiste en ser una fuente creadora de obligaciones de dar, hacer y no hacer, lo cual procedo a detallar a continuación:

6.1. CREACIÓN DE UNA RELACIÓN JURÍDICA.-

La cual debe estar orientada a satisfacer las necesidades de los contratantes, los cuales, conforme a lo señalado por el artículo 1354 del Código Civil, podrán determinar libremente el contenido de los contratos, siempre que el mismo no sea contrario a norma legal de carácter imperativo, ello en concordancia con lo establecido por el artículo V del Título Preliminar del citado cuerpo de Ley.

Partiendo de este principio se tiene que las partes pueden crear toda clase de obligaciones, empleando para tal fin los contratos establecidos en nuestro Código Civil (Contratos típicos), o incluso crear una nueva forma de contrato que les permita satisfacer todas sus expectativas, sea ya empleando elementos de los contratos contemplados por la Ley o creando uno totalmente nuevo (Atípico), los cuales deberán observar la restricción señalada en el párrafo anterior.

6.2. REGULACIÓN DE UNA RELACIÓN JURÍDICA.-

De modo previo debe hacerse distinción entre los términos “*regulación*” y “*modificación*”, pues en nuestra realidad sociocultural se aprecia que existe cierto grado de confusión en gran parte de las personas, siendo que la regulación consiste en las precisiones que hacen las partes contractuales de la relación jurídica que han asumido. Puede entenderse también que la regulación consistiría en la “*interpretación que se haga de la relación contractual*” o como coloquialmente se diría el “*establecer las reglas del juego*”, en cambio el modificar la relación contractual implica un “*cambio de lo ya existente*”, es decir una transformación de lo que hay en algo nuevo.

6.3. MODIFICACIÓN DE UNA RELACIÓN JURÍDICA.-

Conforme a lo anteriormente señalado se tiene que las partes contractuales podrían, sea ya por voluntad propia o por necesidad, de acuerdo a las circunstancias, cambiar los términos de la relación jurídica contractual existente,

sin necesidad de extinguir la misma, lo cual a su vez conllevaría un cambio de las condiciones (estipulación) u obligaciones existentes.

6.4. EXTINCIÓN DE UNA RELACIÓN JURÍDICA.-

Debe entenderse como la extinción de la relación jurídica, cuando las partes han decidido poner término al contrato antes de su vencimiento, es decir debe haber la voluntad expresa de ambas partes de dar fin a la relación contractual existente, conociéndose en la doctrina dicha figura como “*distracto*”.

Conforme señala Rodríguez Velarde¹⁸, “*El distracto sólo puede tener lugar para poner fin a una relación jurídica cuyas prestaciones aún no han sido ejecutadas, o cuya ejecución sea continua o periódica...*”. Así mismo señala que el mutuo disenso constituye una especie de distracto, debido a que “*es la resolución convencional de una relación jurídica patrimonial nacida de un contrato...*”. De modo complementario León Barandarián¹⁹ sostiene que “*el mutuo disenso sólo puede operar en los contratos bilaterales con prestaciones recíprocas, debido a que en los contratos unilaterales existiría cierta confusión con la remisión...*”.

7. LICITUD DE LA OBLIGACIÓN CONTENIDA EN LOS CONTRATOS.-

El artículo 1403 de nuestro Código Civil preceptúa que “*la obligación que es objeto del contrato debe ser lícita*”, es decir debe ser conforme al ordenamiento legal; en cambio la prestación, que es el objeto de la obligación, necesitaría ser posible tanto física como jurídicamente, pues lo contrario implicaría su imposibilidad de ejecución o cumplimiento.

Nuestro ordenamiento jurídico civil clasifica el contenido obligacional de los contratos - vale decir lo que las partes se comprometen-, en obligaciones de dar, hacer o no hacer, las cuales a su vez generan una contraprestación consistente en dinero o especies.

¹⁸ RODRIGUEZ VELARDE, Javier: Óp. Cit., pág. 34.

¹⁹ BARANDARIÁN, José León: *Tratado de Derecho Civil, Las Obligaciones*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002. Pág. 177.

8. FORMA DE LOS CONTRATOS.-

Debe entenderse a la forma de los contratos en sentido amplio como *“el medio por el que se exterioriza la declaración de la voluntad...”*, el cual muchas veces se convierte en un elemento esencial del contrato. En sentido estricto puede entenderse al contrato como un medio concreto y determinado para la exteriorización de la voluntad contractual, como vendrían a ser los contratos solemnes, por ejemplo, siendo que para muchos contratos la forma no constituye un presupuesto necesario para su validez y eficacia. La formalidad que asuma un contrato tiene por finalidad el brindar mayor seguridad jurídica que aquellos contratos celebrados sin ninguna formalidad.

Existe una presunción *juris tantum* respecto a la forma que puede observar un contrato, en el sentido que si las partes han convenido previamente el seguir una determinada forma para un contrato aún no celebrado, se presume que la misma ha sido la escogida para determinar la validez del acto, conforme a lo señalado por el artículo 1411 del Código Civil. Dentro de las formas que establece la ley, los contratos pueden adoptar las siguientes:

8.1. CONTRATOS LEGALES.-

En este tipo de contratos existe la obligatoriedad de que los mismos se celebren por escrito, debido a que por mandato de la Ley deberán revestir dicha formalidad, como por ejemplo en un contrato de fianza o suministro; en cambio existen otro tipo de contratos que deben tener como formalidad adicional el tener que elevarse a escritura pública, bajo la correspondiente sanción de nulidad como por ejemplo la constitución de una hipoteca o un contrato de anticresis, etc.

8.2. CONTRATOS CONVENCIONALES.-

Dichos contratos están regulados de modo expreso por el artículo 1411 del Código Civil, en el sentido que existe la presunción *iuris tantum* de que *“la forma que las partes convienen adoptar es un requisito indispensable para su validez...”*.

9. INCUMPLIMIENTO DE LOS ACUERDOS CONTRACTUALES.-

La finalidad de todo acuerdo contractual u obligación consiste en el cumplimiento del compromiso asumido, siendo la forma más frecuente del mismo el pago y tiene como característica su exigibilidad, la cual consiste en la facultad que tiene el acreedor de requerir al deudor el cumplimiento de la obligación y en caso que este no fuera posible se podrá reclamar el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento.

Debe entenderse tal incumplimiento en el sentido amplio, es decir no solamente el incumplimiento absoluto de la obligación, sino además el cumplimiento parcial, el excesivo, anticipado, tardío, defectuoso; los cuales se encuentran contemplados dentro del ámbito de la inejecución de las obligaciones. Se debe precisar que cada tipo de inejecución tiene un efecto propio, siendo que en algunos casos de manera adicional al incumplimiento incurrido, se requerirá que, para determinar la presencia de responsabilidad por parte del deudor haya la existencia de culpa o dolo; y en otros casos a la ausencia de culpa por parte de este. Debe acotarse que la existencia de caso fortuito o fuerza mayor implicarán muchas veces la no responsabilidad por parte del deudor incumpliente.

Nuestro ordenamiento jurídico civil establece que el obligado podrá librarse de las consecuencias de su incumplimiento en caso que ocurra alguna situación fuera de lo común que le impida cumplir la obligación asumida, siendo que dicha situación excepcional le impida efectuar la obligación conforme a lo acordado entre las partes o por mandato legal.

10. SUPUESTOS EN LOS CUALES EL INCUMPLIMIENTO NO RESULTA ATRIBUIBLE AL DEUDOR.-

En primer lugar se debe establecer si el incumplimiento producido se debe a una causa imputable o no imputable al deudor, por lo que al ser la causalidad uno de los factores de atribución de responsabilidad civil, el cual consiste en la relación que debe existir entre el hecho o la omisión (dolosa o culposa) producida y los daños y perjuicios originados, por lo que su existencia o ausencia no determinaría si resultan exigibles las consecuencias del incumplimiento al deudor.

Existen circunstancias en las cuales no sería posible asignar responsabilidad por los daños y/o perjuicios que se originen al deudor incumpliente, lo cual quebrantaría la relación de causalidad existente entre el accionar del deudor y el incumplimiento de la obligación, y a su vez podría exonerarle de responsabilidad al justificar su conducta; por lo que resulta adecuado hacer un breve análisis de los supuestos antes mencionados como a continuación se detalla:

10.1. INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR Y LA DILIGENCIA ORDINARIA.-

Si el deudor emplea la debida diligencia y a pesar de ello deja de cumplir con la obligación, se produce la ruptura del nexo causal. Debe recalcarse que el incumplimiento al cual hago mención se debe entender en un sentido amplio, es decir comprende también el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, siendo que al respecto el artículo 1314 del Código Civil señala que *“no le es imputable la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso a quién actúa con la debida diligencia...”*; lo cual le confiere cierta inimputabilidad al deudor incumpliente; pero contrario sensu, quien no actúe con tal diligencia si resultaría imputable; por lo tanto el actuar con la diligencia ordinaria constituye una circunstancia exoneratoria de responsabilidad civil.

Habiendo hecho mención previa a la diligencia ordinaria, considero adecuado el efectuar una breve definición de la misma, señalando que consiste en una conducta (acción u omisión) que el deudor debe desplegar a fin de satisfacer el interés de su acreedor; siendo que de sólo interesar el resultado de la misma, sería irrelevante que el deudor hubiera actuado con o sin la diligencia correspondiente, debido a que sólo se evaluaría el resultado del compromiso, constituyendo tal circunstancia un caso de responsabilidad objetiva²⁰.

Guillermo Cabanellas²¹ complementa el concepto anteriormente señalado en el siguiente sentido: *“La diligencia se erige en la clave de la observancia de las obligaciones legales y aún voluntarias y determina en su declinación o falta, la calibración de la culpa...”*.

²⁰ En la responsabilidad objetiva no interesa la existencia de dolo o culpa, debido a que ingresa al campo del riesgo creado, el mismo que gradúa la responsabilidad, su determinación e imputación.

²¹ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1989, Tomo III, pág. 253.

Al respecto Osterling Parodi y Castillo Freyre²² señalan que: “*en caso de ausencia de culpa, el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o fuerza mayor [...] simplemente está obligado a probar que prestó la diligencia que exigía la naturaleza de la obligación...*”; por lo que en los demás casos el deudor, de no haber empleado la debida diligencia, responderá por la indemnización de daños y perjuicios a que hubiere lugar.

Ahora bien, para que el incumplimiento resulte imputable al deudor, este debe reunir ciertas características, como por ejemplo: **i)** Debe tratarse de un actuar humano, es decir un incumplimiento contrario a lo contratado y relacionado a una obligación previamente establecida, siendo que dicho actuar debe manifestarse mediante un hecho exterior, positivo y/o negativo; **ii)** El incumplimiento debe ser contrario al Derecho establecido por las partes contratantes, lo cual le reviste de cierta antijuricidad; y **iii)** Debe haber una obligación pre existente, lo cual resultaría obvio, pues al no haber una obligación previamente establecida, no habría obligación garantizada que se inejecute.

Ante la interrogante de ¿Cómo medir la diligencia con la que actuó o dejó de actuar un sujeto que no ha cumplido con su obligación? Se tiene que la respuesta a dicha pregunta determinará la existencia de responsabilidad y su correspondiente graduación. En primer lugar podría decirse que la diligencia constituye “*el conjunto de actos orientados a un resultado...*”, es decir se debe determinar qué pasos debió dar el deudor a fin de poder satisfacer la obligación asumida ante su acreedor.

Si una persona no actúa con la diligencia ordinaria, incurriría en culpa leve, de acuerdo a lo señalado por el artículo 1320 del Código Civil, por lo que se debe tener en consideración la naturaleza de la obligación y las correspondientes circunstancias que rodearon a la misma como tiempo y lugar. Así mismo se debe señalar que si dentro de la culpa leve no está presente la intención de incumplir, no habría mala fe por parte del deudor. En este caso la negligencia consistiría en la acción u omisión por parte del deudor, debido a su torpeza o falta de atención, por lo cual, lo que debería de juzgarse es la conducta del deudor ante un determinado evento y no el proceder de cualquier persona del género humano ante una circunstancia ordinaria.

²² OSTERLING PARODI, Felipe; CATILLO FREYRE, Mario: *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Palestra, Lima, 2008, pág. 819.

10.2. CASO FORTUITO Y/O FUERZA MAYOR.-

Tales circunstancias pueden incidir en el incumplimiento del deudor, las cuales a su vez deben ser extraordinarias, imprevisibles e irresistibles, siendo que las mismas le imponen al deudor el incumplimiento por un hecho ajeno a él, que constituye un supuesto de inimputabilidad que conllevaría la ruptura del nexo causal de la responsabilidad producida.

El artículo 1315 del Código Civil define al caso fortuito o fuerza mayor, precisando que son una causa no imputable, *“consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso...”*. Debe tenerse en cuenta que a veces no se da mucha importancia a la distinción entre dichos conceptos, siendo que la diferencia comúnmente establecida entre ellos consiste en señalar que se considera caso fortuito a hechos que derivan de la naturaleza y fuerza mayor a hechos que derivan del accionar del hombre.

Para poder catalogar un hecho como caso fortuito o fuerza mayor, este debe poseer ciertas características en lo concerniente al acontecimiento, tales como que este sea:

10.2.1. ACTUAL.-

Quiere decir que el evento se ha producido en el preciso momento en que le correspondía al deudor cumplir con la prestación; el evento que constituye un impedimento para el cumplimiento del deudor debe ser real, incuestionable y existir en el momento actual, pues caso contrario serían meras posibilidades; sin embargo se debe siempre tener en consideración las circunstancias particulares de cada caso.

10.2.2. EXTRAORDINARIO.-

Es decir no sea normal, sea fuera de lo común; no se le debe confundir con lo irresistible, pues puede haber eventos que sean imposibles de resistir, pero no se encuentran en la esfera de lo extraordinario.

10.2.3. IMPREVISIBLE.-

El diccionario virtual “El Mundo²³” define como imprevisible a lo que “no se puede prever o conocer de antemano lo que va a ocurrir...”, en este caso se debe entender en dicho sentido cuando el hecho producido supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor en la relación obligatoria.

El deudor tiene el deber de conocer lo que es normalmente previsible, lo cual le puede ser exigido por su acreedor, por lo que resulta adecuado el establecer ¿Qué es lo normalmente previsible? Pues lo previsible está relacionado con la diligencia, prudencia y cuidado.

10.2.4. IRRESISTIBLE.-

Quiere decir que el deudor resulta impotente al tratar de evitarlo, por más que quiera impedirlo; el carácter de irresistibilidad se debe determinar teniendo en consideración las características particulares de cada individuo, pues no es lo mismo que un deudor con recursos suficientes asuma una obligación, a otro que carece de los mismos.

10.2.5. SOBREVINIENTE.-

Es indispensable que el acontecimiento se haya producido de modo posterior al nacimiento de la obligación, debido a que si dicho impedimento resultaba contemporáneo al nacimiento de la obligación esta devendría en nula, debido a la imposibilidad de su objeto, conforme a lo señalado por el artículo 219 inc. 3 del Código Civil.

10.2.6. ACONTECIMIENTO AJENO A LA VOLUNTAD DEL DEUDOR.-

La voluntad del deudor debe encontrarse ausente del acontecimiento que le impida el cumplimiento de la obligación asumido por su persona, por lo que deberá abstenerse de realizar actividades cuyo resultado pueda influir en el

²³ http://diccionarios.elmundo.es/diccionarios/cgi/diccionario/lee_diccionario.html?busca=IMPREVISIBLE&diccionario=1 02/02/2015, 10:54 a.m.

cumplimiento de la obligación, pues ello denotaría una actitud negligente de su parte; o el exponerse a efectuar actividades fuera del ámbito de lo cotidiano, pues tal conducta sería también considerada negligente y el incumplimiento producido le resultaría imputable.

10.2.7. OBSTÁCULO QUE HAGA INSUPERABLE EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN POR PARTE DEL DEUDOR.-

Al tener el acontecimiento naturaleza extraordinaria, imprevisible e irresistible, debe además haber una conexión causal entre el evento producido y la inejecución del contrato, es decir que la relación que exista entre el acontecimiento y el incumplimiento debe de ser directa y el impedimento debe de ser de carácter absoluto, debido a que el sólo obstaculizar el cumplimiento no libera de responsabilidad al deudor, debido a que no se produciría la fractura del nexo causal de responsabilidad.

11. INCUMPLIMIENTO, CUMPLIMIENTO PARCIAL, TARDÍO O DEFECTUOSO POR CAUSA NO IMPUTABLE AL DEUDOR.-

Nuestro Código Civil regula dichas circunstancias en sus artículos 1316 y 1317, siendo que el primero señala los supuestos de extinción de la obligación por causa no imputable al deudor, estableciendo que si los acontecimientos que le impiden el cumplimiento de la obligación son de carácter temporal, el deudor no resultaría responsable por el incumplimiento; en cambio si la causa persiste hasta que al deudor no le resulte obligatoria la ejecución, el acreedor pierda justificadamente el interés en la misma o la prestación le resulte inútil, se tendrá la extinción de la obligación.

Respecto a la ejecución parcial de las obligaciones, se tiene que esta puede extinguirse en el caso que la misma no fuese útil para el acreedor, o este no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. Ahora bien en el caso que resultara útil para el acreedor el cumplimiento de la obligación en el estado en que esta se encuentre, el deudor deberá ejecutarla con la respectiva reducción de la contraprestación si la hubiere.

Conforme a lo establecido en el artículo 1317 de nuestro código sustantivo, se tiene que el deudor no responde por los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación o su incumplimiento por causas que no le resulten imputables, por lo

tanto se puede apreciar que la Ley civil regula una causal de inimputabilidad legalmente establecida para el deudor ante determinadas circunstancias, salvo que otra norma con rango de Ley o la voluntad de las partes determine lo contrario.

12. SUPUESTOS EN QUE EL INCUMPLIMIENTO RESULTA IMPUTABLE AL DEUDOR.-

Dentro de los supuestos establecidos en nuestro ordenamiento jurídico civil, que hacen que el incumplimiento del acuerdo contractual sea imputable al deudor, tenemos:

12.1. DOLO.-

El dolo, referido al incumplimiento de la obligación, se entiende como la intención con la cual ha actuado el deudor a fin de inejecutar la prestación debida al cual se le conoce como "*dolo obligacional*" dentro del ámbito doctrinal. El dolo tiene como característica común la presencia de mala fe dentro de la realización de un acto o la omisión de este, su presunción se da ante la inejecución o mala ejecución de las prestaciones. Dentro del campo obligacional se tiene que el dolo se compone de la acción positiva de incumplir y el *animus nocendi* o la intención de causar daño.

Se debe anotar que cuando un deudor incumple su obligación por dolo, este no lo hace generalmente con el ánimo de perjudicar a su acreedor, sino lo hace para obtener un beneficio para sí, es decir incumple porque tiene una mejor propuesta, por lo que se puede apreciar que existe un incumplimiento deliberado y no por descuido o negligencia, lo cual suele materializarse muchas veces en un perjuicio hacia su acreedor o alteración de voluntad ajena.

12.2. CULPA.-

Consiste en la omisión de aquella diligencia que exigía la naturaleza de la obligación, por lo tanto se tiene que actúa con culpa leve quien omite la diligencia ordinaria que debió tomar. Esta diligencia viene a ser el común denominador de dicha conducta dentro de una circunstancia similar, siendo que para tener una apreciación respecto a que si la misma se aplicó de modo adecuado o no, se debe de tener en consideración la naturaleza de la obligación misma, por lo que debe de

entenderse a la culpa como aquella *“falta, voluntaria o involuntaria que causa un mal a otro”*, siendo que la misma se produce como consecuencia de la imprudencia, torpeza y/o negligencia del deudor.

Una característica respecto a la valoración judicial de la culpa, es que la responsabilidad que acarrea la misma puede ser regulada, pero nunca excluida por el juzgador, por lo que se deberá de tener en cuenta la omisión de diligencia apropiada, a fin de determinar si hubo mala voluntad por parte del deudor, en el caso que este se haya propuesto no cumplir con la obligación.

La culpa se caracteriza por ser contraria a lo dispuesto por la Ley, en la cual muchas veces se incurre sin dolo ni mala fe, aunque resulte contraria a lo que debió ser. Dentro de los componentes de la culpa se tiene a la impericia, como la falta de conocimiento o práctica que aqueja a la conducta del deudor, estando muchas veces relacionada con su torpeza o inexperiencia. Es común que el inexperto confíe en su conocimiento de modo osado, lo cual le lleve a ejecutar el objeto de su obligación, sin considerar la deficiencia que adolece su capacidad para poder realizarla. En cambio la imprudencia, muchas veces suele estar presente en toda conducta humana, la cual se puede definir como un *“desafío de las desgracias o infortunios”*, y muchas veces se puede entender como falta de precaución por parte del deudor, y a la vez lo motiva a actuar con la esperanza de poder evitar la infracción. Como tipos de culpa tenemos:

12.2.1. CULPA LEVE.-

Es aquella omisión de diligencia exigida por la naturaleza de la obligación de acuerdo a las personas, tiempo y lugar; se origina cuando el deudor no presta la atención debida o no tiene el cuidado que ordinariamente se acostumbra. Se hace presente que esta falta de diligencia es la que podría ocurrirle a cualquier persona, la que se configura ante una acción u omisión no querida por el deudor, obedece a su torpeza o falta de atención, y puede tener un grado de atenuación de responsabilidad de acuerdo a las circunstancias particulares del caso.

12.2.2. CULPA INEXCUSABLE.-

Se encuentra definida por el artículo 1319 de nuestro Código Civil, en el sentido que está íntimamente relacionada con la negligencia grave, la cual impide el

cumplimiento de la obligación por parte del deudor. Doctrinariamente se le define como un “*grado de culpa muy grave*”, por lo que se le suele asignar las mismas consecuencias que el incumplimiento doloso de la obligación, lo cual origina que el deudor incumpliente deba indemnizar a su acreedor por todos los daños y perjuicios causados como consecuencia inmediata y directa de su incumplimiento.

12.3. NEGLIGENCIA.-

Consiste en la omisión de diligencia o cuidado que debe ponerse en el actuar diario de cada persona; por lo que resulta negligente aquella persona que desconoce la medida exacta de su capacidad a aplicar en determinada circunstancia.

Conforme lo señalan Osterling Parodi y Castillo Freyre²⁴, los artículos 1319 y 1320 del Código Civil, relativos a la culpa inexcusable y culpa leve “*están destinados a dar pautas generales o líneas directivas al juez, debiendo este decidir si la acción u omisión del deudor contraviene la obligación, y si lo hace, decidir si tal contravención obedece a culpa inexcusable o culpa leve...*” por lo que se debe apreciar la conducta del deudor ante el caso en concreto a fin de poder clasificarla dentro de algún tipo de culpa.

13.SUPUESTOS PREVISTOS POR LA LEY QUE PERMITEN LA REVISIÓN DEL CONTRATO.-

Existen supuestos legalmente establecidos, los cuales permiten la revisión de los contratos por parte de un tercero, vale decir el juez o un árbitro, ante determinadas circunstancias y ante pedido expreso de una de las partes contratantes, las cuales son:

13.1. LESIÓN.-

Consiste en el aprovechamiento de un estado de necesidad apremiante, basado en la desproporción existente entre la prestación y contraprestación, la cual según el artículo 1415 del Código Civil debe “*ser mayor a las 2/5 partes*”. Ante tal

²⁴ OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario: Óp. Cit., pág. 853.

circunstancia el lesionado puede solicitar la rescisión del contrato o ejercitar la acción de reajuste (aquella que se emplea cuando el demandado no pueda devolver la prestación recibida), a fin que se anule el mismo o se le reintegre proporcionalmente el valor que debió recibir.

En fin lo que se busca mediante el ejercicio de la acción por lesión es la revisión del contrato en sede Judicial, provocando de esta manera una inevitable colisión entre la seguridad jurídica y la justicia.

13.2. DESAPARICIÓN DE LA BASE DEL NEGOCIO.-

Debe entenderse a la base del negocio como una representación mental que ha influido notablemente en la motivación del negocio y en circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato; dentro de esta categoría existen dos supuestos que desarrollaré a continuación:

13.2.1. EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN.-

Se presenta en contratos de ejecución continuada, periódica o diferida; cuando producto de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles se rompe el equilibrio contractual en la ejecución de la prestación. Conforme lo establece el artículo 1440 de nuestro Código Civil, se tiene que la parte perjudicada puede solicitar la revisión del contrato, para que el juez reduzca su prestación o aumente la contraprestación, ello debido a que la prestación se ha convertido, desde un punto de vista económico, en otra completamente distinta de lo que originalmente pensaron y quisieron las partes, llegando incluso a creerse que la relación tiene los efectos de otro contrato y no los que originalmente se quiso.

Un gran sector de la doctrina, sostiene como fundamento, la existencia de una cláusula implícita en los mismos, de carácter tácita, establecida de acuerdo al principio contractual del “*Rebus sic stantibus*”, el cual señala que “*el cumplimiento de los contratos debe de quedar subordinado al mantenimiento del estado de las cosas existentes al momento de la celebración del contrato...*”.

Respecto a la aplicación de la cláusula *Rebus sic stantibus*, esta debe de efectuarse con mucho cuidado, pues de aplicarse de modo estricto, habría que

liberar al deudor de su obligación cada vez que las circunstancias contractuales cambiasen. Al respecto Manuel de la Puente y Lavalle²⁵ niega la existencia de una cláusula implícita que condicione el cumplimiento de la obligación a la subsistencia de las condiciones existentes al momento de celebrarse el mismo, pues de ser el caso las partes cuidarían que dicha cláusula se establezca de forma expresa, dada su excepcional importancia.

El dejar que se revise el contrato ante el supuesto de excesiva onerosidad de la prestación no conlleva la vulneración del principio *pacta sunt servanda*, pues de existir un riesgo al momento de contratar, este sería el que normalmente esperaría un contratante prudente y diligente; en cambio de tratarse de un acontecimiento extraordinario e imprevisible, resultaría correcto que el contrato sea revisado por las partes y de no ser posible, que el Estado le otorgue de manera excepcional el derecho de acción al contratante perjudicado sea en vía judicial o arbitral.

13.2.2. FRUSTRACIÓN DEL FIN DEL CONTRATO.-

Tal circunstancia se configura cuando aún siendo posible cumplir con la prestación, esta pierde su utilidad, interés, o razón de ser para el acreedor, el cual viene a ser el fin del negocio o aquella razón determinante que le sirvió de fundamento para contratar, por lo que ante tal circunstancia puede observarse la relativización del principio del *Pacta Sunt Servanda* debido a la existencia de contratos que no se ejecutarán porque la finalidad que los llevó a contratar no se pudo alcanzar.

Al respecto se tiene que Soto Coaguila²⁶ hace énfasis en que no se debe confundir el fin con el motivo del contrato, señalando que el motivo siempre revestirá un carácter subjetivo, el cual es el interés buscado por cada contratante; en cambio el fin es un objetivo, pues es el propósito que tuvieron ambas partes para contratar.

²⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel: Óp. Cit., Tomo II, pág. 575.

²⁶ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto: Óp. Cit., pág. 16.

13.3. CLÁUSULA PENAL EXCESIVA.-

La cláusula penal consiste en una prestación de dar, hacer o no hacer, libremente pactada por las partes con carácter convencional, orientada muchas veces a reforzar el cumplimiento de las obligaciones; así mismo tiene una función indemnizatoria o resarcitoria en caso que el incumplimiento del deudor cause daño al acreedor, el cual sería reparado mediante el cobro de dicha penalidad, sin necesidad de acudir ante los tribunales a fin de dilucidar la controversia suscitada.

Actualmente nuestro ordenamiento jurídico civil contempla la posibilidad de que el deudor, en caso considerase manifiestamente excesiva la penalidad pactada, acuda ante el Poder Judicial a fin que se reduzca equitativamente la misma.

13.4. CLÁUSULAS ABUSIVAS PREDISPUESITAS EN LOS CONTRATOS.-

Las cláusulas predispuestas son aquellas que han sido redactadas, total o parcialmente de manera previa y unilateral, a fin de imponer sus condiciones a las personas que sólo podrán aceptar el celebrar o no un contrato en tales condiciones. Dichas cláusulas suelen ser consideradas abusivas cuando las mismas originan una desviación del principio de buena fe contractual, creando un desequilibrio en la relación contractual y a su vez generando un perjuicio al adherente, beneficiando al pre disponente.

Debe tenerse presente que dichas cláusulas no deben ser declaradas nulas de plano, pues contrario sensu, deben de ser interpretadas dentro del contexto del contrato a fin de determinar el sentido que las partes le brindaron al mismo.

13.5. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO POR PARTE DEL ESTADO.-

El Estado Peruano puede intervenir de modo directo o indirecto en la revisión o modificación del contenido del contrato mediante la dación de normas con rango de Ley conforme lo sostiene el artículo 1355 del Código Civil, ello es cuando existieran consideraciones de interés social, público o ético, las cuales orientan al Estado a dictar leyes para imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos, lo cual denota cierto papel intervencionista que pudiera llegar a

desempeñar el Estado Peruano dentro de una relación contractual, pero a su vez surge cierta contradicción con lo preceptuado por el artículo 62 de nuestra Constitución Política, el cual pregona la intangibilidad de los contratos y el respeto a los acuerdos contractuales.

Ante aquel aparente conflicto normativo, un gran sector de la doctrina nacional señala que el artículo 1355 del Código Civil ha sido derogado tácitamente por el artículo 62 de nuestra vigente Carta Magna, siendo que los representantes de la postura opuesta sostienen la supervivencia del artículo 1355, ello en base a que el mismo resultaría aplicable ante la concurrencia de los supuestos anteriormente mencionados, debido a que el Estado no puede recurrir a su facultad de dictar Leyes para regular la conducta de las personas.

Otro sector de la doctrina nacional sostiene que la razón de ser del artículo 62 de la Constitución se refiere en específico a los Contratos Ley, siendo su finalidad el brindar garantías y seguridades a los inversionistas nacionales como extranjeros a fin de crear convicción que las reglas del juego, conocidas al momento de la contratación, no sufrirán cambios durante su ejecución a raíz de la intervención del Estado mediante la dación de leyes *Ex profeso*.

14. REVISIÓN DEL CONTENIDO DE LOS CONTRATOS POR PARTE DE UN TERCERO NO INTERVINIENTE.-

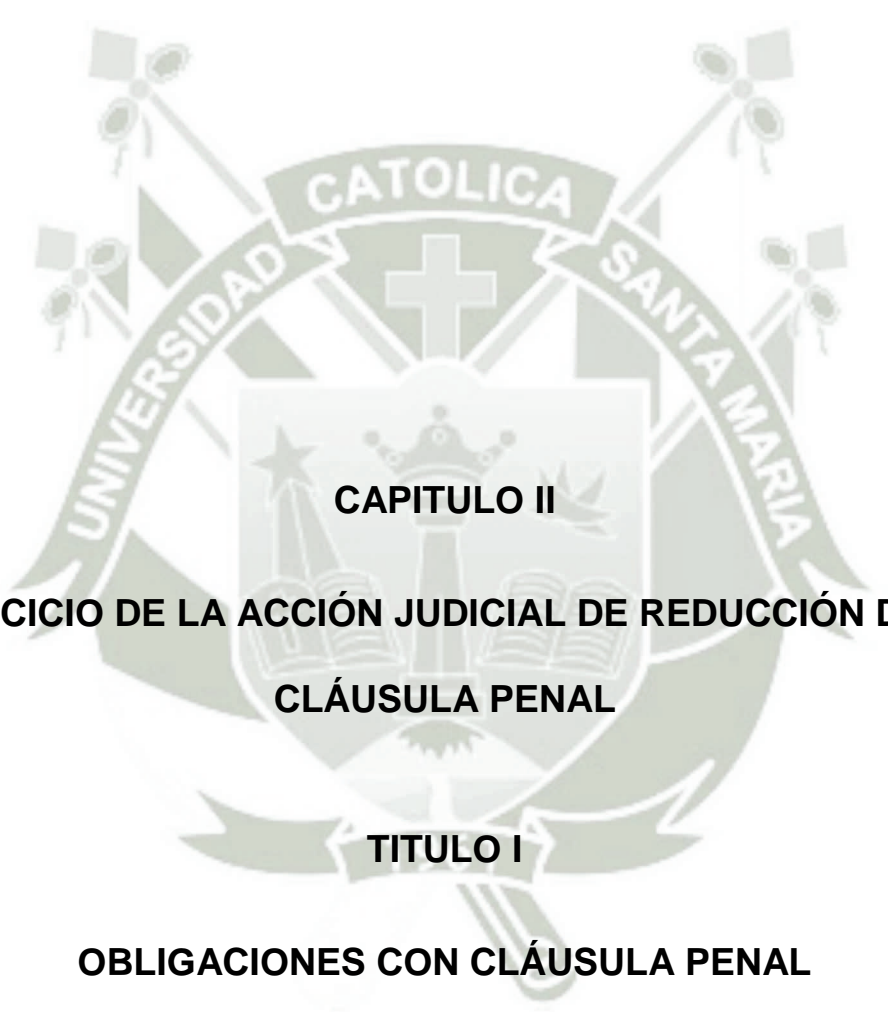
Es menester recordar que las partes contratantes deben de colaborar entre sí a fin de obtener los efectos deseados que los llevaron a contratar, es decir la satisfacción de sus intereses de manera oportuna y eficiente; por lo que en principio no debería de permitirse la intervención de un tercero que no forme parte de la relación contractual, pues la reducción judicial o arbitral de una penalidad previamente pactada, desnaturaría la finalidad y función de la cláusula penal, así mismo la intervención del Estado en los contratos en ejecución atentaría contra el principio contractual del *Pacta Sunt Servanda*.

Se hace presente que los contratos se celebran para ser cumplidos, que toda persona al celebrar un contrato asume un riesgo normal de contratar y que nadie debe de desvincularse con la relación contractual asumida, teniendo como fundamento que el contrato ya no le conviene o que no le resulta beneficioso como lo era anteriormente.

Existen casos expresamente señalados en la Ley como son la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación, frustración de los fines del contrato o cláusulas abusivas en los contratos predispuestos, en los cuales no se puede legitimar el abuso o el aprovechamiento de un contratante sobre otro, debido a que existiría manifiesta vulneración del principio de la buena fe contractual, así como de las circunstancias contractuales que motivaron la contratación, pues estas se habrían alterado a raíz de un acontecimiento extraordinario e imprevisible.

Se debe tener en cuenta que resulta necesaria la corrección de desproporciones y el restablecimiento de desequilibrios que surjan ante el fenómeno económico de la contratación moderna a fin de garantizar el bien común, siendo que el Estado debe reducir su intervención a realizar, dentro de la autonomía de la voluntad de las partes a su mínima expresión, otorgándole un carácter residual en caso que ya no resulte posible un nuevo acuerdo de voluntades entre las partes y dicha intervención esté orientada a cautelar el normal cumplimiento de los compromisos contractuales.





CAPITULO II

**EJERCICIO DE LA ACCIÓN JUDICIAL DE REDUCCIÓN DE LA
CLÁUSULA PENAL**

TITULO I

OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL

«La cláusula penal es aquella salvaguarda que pueden acordar las partes, de modo adicional a la obligación principal, a fin de en caso que se produzca un incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso, el deudor se comprometerá a, según sea el caso, pagar una suma de dinero o realizar una prestación distinta o adicional a la obligación garantizada; la cual se deberá pactar necesariamente de modo previo al incumplimiento producido, pudiendo este constar en el mismo contrato o de modo adicional al mismo...» El autor.

1. CONCEPTO DE CLÁUSULA PENAL.-

La cláusula penal consiste en la estipulación efectuada dentro de un contrato, referida al castigo convenido por las partes ante un eventual incumplimiento, la cual se caracteriza por tener carácter accesorio, es decir, esta no podría existir sin una obligación cuyo cumplimiento asegure y es a su vez considerada como un *“pacto anticipado de indemnización”*, debido a que casi siempre la probanza de daños y perjuicios resulta ser una labor para nada sencilla, por lo que ante el incumplimiento por parte del deudor de la obligación asumida, este deberá pagar el monto de la indemnización previamente especificada en el contrato.

La cláusula penal se encuentra contemplada en el artículo 1341 del Código Civil, siendo que para dicho cuerpo de Ley la misma posee una función indemnizatoria – resarcitoria, pero para otro sector de la doctrina esta posee una función preventiva y punitiva.

Los profesores Osterling Parodi y Castillo Freyre²⁷ señalan que la cláusula penal puede tener naturaleza moratoria o compensatoria, *“dependiendo si con ella se busca indemnizar la mora en el pago o si sólo se pretende indemnizar el cumplimiento parcial o defectuoso, o el incumplimiento de la obligación...”*, La finalidad de la cláusula penal consiste en garantizar el cumplimiento de la obligación asumida, debido a que las personas no están acostumbradas a cumplir con las obligaciones asumidas, por lo cual se tiene que dicha cláusula está orientada a reducir los efectos que pueda producir un eventual incumplimiento de la obligación garantizada.

Considero que al tener la cláusula penal una finalidad disuasiva, su monto debe de ser elevado, a fin de prevenir el posible incumplimiento por parte del deudor, por tratarse de una posible sanción o castigo que lo conminaría a cumplir de manera espontánea, diligente y oportuna. Debe tenerse en consideración que es el deudor quién se encuentra en mejor posición a fin de evitar la aplicación de la penalidad pues está en sus manos el cumplimiento de la obligación.

El monto de la penalidad pactada, aparte que fue negociada previamente entre las partes, debe estar orientado a cubrir aquellas consecuencias que se originen debido al posible incumplimiento, deliberado o no del deudor, a fin de evitar el tener que acudir, de modo posterior, ante el órgano jurisdiccional para determinar el monto de los

²⁷ OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario: Óp. Cit., pág. 938.

mismos; contrario sensu, no resultaría útil el establecer una penalidad diminuta, debido a que la misma no serviría para nada e incluso le resultaría más ventajoso al deudor el incumplir con la obligación asumida debido al ínfimo monto de la penalidad pactada.

Un sector de la doctrina señala que debe existir proporcionalidad entre el monto a pagar por el deudor incumpliente, establecido previamente mediante cláusula penal y la obligación incumplida; al respecto se tiene que el querer establecer el monto de la cláusula penal, teniendo en consideración dicho criterio implicaría el tener que analizarla desde una óptica netamente subjetiva.

2. LA CLÁUSULA PENAL DENTRO DEL DERECHO COMPARADO.-

La cláusula penal se encuentra comprendida dentro del ordenamiento jurídico civil de diversos países, las cuales presentan las siguientes similitudes y diferencias con el ordenamiento jurídico civil peruano, respecto a su estipulación y reducción, conforme se detalla a continuación:

2.1. CÓDIGO CIVIL ARGENTINO²⁸.-

Se encuentra regulada dentro de su Título XI, denominado “*De las obligaciones con cláusula penal*”, comprendida entre los artículos 652 al 666, siendo resaltable que la misma se establecerá a fin de evitar el retardo o no ejecución de una obligación garantizada.

El artículo 654 del citado código establece que incurre en penalidad quien no cumple con la obligación garantizada en el tiempo convenido, aunque “*por causas justas no hubiera podido verificarlo*”, sustituyendo el monto de la misma a la indemnización de perjuicios e intereses que se pudieran producir, conforme a lo señalado por su artículo 655. Resulta destacable que el artículo 656 libera al acreedor de la obligación de probar el perjuicio sufrido, así mismo excluye la posibilidad del deudor de eximirse del cumplimiento de la obligación en caso que su acreedor no haya sufrido perjuicio alguno.

En el segundo párrafo del artículo 656 se aprecia la facultad conferida por Ley al juzgador de reducir el monto de la penalidad cuando su monto sea

²⁸ http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf 23/08/2016 17:15 hrs.

“desproporcionado con el valor de la falta sancionada”, teniendo en consideración para calificarlo como tal “el valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso”, lo que pudiera evidenciar un abuso por parte del acreedor de la situación del deudor. El artículo 660 del citado código contempla la reducción proporcional de la penalidad por cumplimiento parcial o irregular de la obligación.

2.2. CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO²⁹.-

Se encuentra regulada dentro de su libro cuarto, titulado “De las obligaciones en general y de los contratos”, en su Título XI, denominado “De las obligaciones con cláusula penal”, abarcando desde el artículo 1592 hasta el artículo 1601. Resulta destacable que su artículo 1596, establece como causal de reducción de penalidad el cumplimiento parcial de la obligación; así mismo su artículo 1599 señala que la pena resultará exigible en todos los casos, descartando la posibilidad del deudor de señalar que su acreedor no ha sufrido perjuicio alguno o incluso se haya beneficiado con el incumplimiento de la obligación a fin de no dar cumplimiento a dicha penalidad.

Su artículo 1600 le otorga carácter excluyente a la penalidad pactada respecto a la indemnización de perjuicios a que hubiera lugar, salvo que hubiere pacto en contrario, otorgándole al acreedor la posibilidad de escoger entre el monto la penalidad pactada o la indemnización en todos los casos.

Respecto a la reducción judicial de la cláusula penal, se tiene que conforme a su artículo 1601, esta podrá ser rebajada “todo lo que exceda al duplo” de la obligación garantizada. Respecto a los contratos de mutuo, el artículo en mención establece como límite de la penalidad convencional “el máximo de interés que es permitido estipular” y en el caso de las obligaciones inapreciables económicamente, deja a la “prudencia del juez el moderarlas en caso que de acuerdo a las circunstancias pareciera ser enorme”.

2.3. CÓDIGO CIVIL SALVADOREÑO³⁰.-

Se encuentra regulada dentro del Libro Cuarto de su Código Civil, titulado “De las obligaciones en general y los contratos”, en su Título XI, denominado “De

²⁹ https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Colombia.pdf 23/08/2016 15:33 hrs.

³⁰ https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_El_Salvador.pdf 23/08/16 15:40 hrs.

las obligaciones con cláusula penal”; abarca desde el artículo 1406 hasta el artículo 1415, siendo que el artículo 1410 del citado dispositivo normativo establece la reducción proporcional de la penalidad convencional, en caso que el deudor cumpla solamente con una parte de la obligación principal y el acreedor acepte esta.

Así mismo resulta relevante que el artículo 1413 de dicho código establece la exigibilidad de la pena en todos los casos en que se hubiera establecido, restringiéndole al deudor la posibilidad de señalar que su acreedor no ha sufrido perjuicio alguno a raíz del incumplimiento o incluso que se haya beneficiado del mismo a fin de no cumplir con la penalidad pactada.

Resulta destacable que el código salvadoreño le otorga carácter excluyente a la cláusula penal respecto a la indemnización a que hubiere lugar a raíz del incumplimiento de parte del deudor, salvo pacto en contrario, así mismo le otorga al acreedor la posibilidad de escoger alternativamente entre ambas consecuencias del incumplimiento, conforme lo establece su artículo 1414.

Respecto al monto del límite superior de la cláusula penal, se tiene que el artículo 1415 del citado código limita de modo expreso el valor de la cláusula penal al *“duplo de la cantidad ofrecida en pago”*.

2.4. CÓDIGO CIVIL MEXICANO³¹.-

Se encuentra regulada dentro de su Libro Cuarto, denominado *“de las obligaciones”*, Primera Parte *“De las obligaciones en general”*, Título Primero *“Fuentes de las obligaciones”*, Capítulo I *“Contratos”*, en el acápite denominado *“Cláusulas que pueden contener los contratos”*, estableciendo en su artículo 1840 que se pueden establecer penalidades en caso que la obligación no se cumpla o se cumpla de manera distinta a la establecida, excluyendo la posibilidad del acreedor de exigir daños y perjuicios.

Resulta destacable lo señalado por su artículo 1842, el cual libera al acreedor de la obligación de tener que acreditar que ha sufrido perjuicios y restringe al deudor de la posibilidad de eximirse de su responsabilidad en caso que su acreedor no haya sufrido perjuicios. Su artículo 1843 limita el valor de la

³¹ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_241213.pdf 23/08/2016 16:02 hrs.

cláusula penal al de la obligación principal, no pudiendo sobrepasarla bajo ninguna circunstancia.

El artículo 1844 establece la reducción proporcional de la pena en caso exista cumplimiento parcial de la obligación. Se establece la no exigibilidad de la penalidad en caso que el acreedor sea responsable del incumplimiento, o hayan influido en el mismo circunstancias de caso fortuito o fuerza insuperable.

2.5. CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL³².-

Se encuentra regulada dentro de su Libro Cuarto, titulado “*De las Obligaciones y los contratos*”, en su sección sexta, denominada “*De las obligaciones con cláusula penal*”, abarcando desde el artículo 1152 hasta el artículo 1155; siendo que su artículo 1152 establece de modo expreso el carácter sustitutorio de la penalidad convencional respecto a la indemnización por daños a que hubiera lugar y al respectivo pago de intereses que se hayan generado.

Su artículo 1153 señala que tanto el acreedor como el deudor podrán reservarse el derecho que corresponda respecto al cumplimiento de la obligación garantizada y el pago de la penalidad, pudiendo otorgarles un carácter excluyente o conjunto de acuerdo a lo estipulado. Así mismo su artículo 1154 establece como única causal de reducción judicial de la cláusula penal el cumplimiento parcial o irregular de la obligación.

3. FUNCIONES DE LA CLÁUSULA PENAL.-

Dentro de las diversas funciones que puede tener la Cláusula Penal, se puede indicar las siguientes:

3.1. FUNCIÓN COMPULSIVA O COHERCITIVA.-

Se configura al ejercer el acreedor presión psicológica respecto de su deudor, mediante la misma se refuerza el cumplimiento de las obligaciones garantizadas; por lo que acorde con lo establecido por los artículos 1341 y 1342 del Código Civil;

³² <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf> 23/08/2016 16:15 hrs.

se tiene que la cláusula penal puede tener función compulsiva compensatoria y función compulsiva moratoria.

El artículo 1341 del Código Civil señala que la función compulsiva compensatoria consiste en que *“en caso de incumplimiento, existirá la obligación de pago de una penalidad, la cual limitará el resarcimiento a esta prestación y que se devuelva la contraprestación...”*, salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior.

Así mismo se tiene que el artículo 1342 del Código Civil establece la función compulsiva moratoria, la cual señala que en casos de mora o cuando hay la finalidad de asegurar un pacto determinado, el acreedor puede exigir además de la penalidad el cumplimiento de la obligación, por lo tanto ambos articulados compulsan al deudor a cumplir con la prestación en la forma, plazo y modo determinado.

3.2. FUNCIÓN INDEMNIZATORIA O RESARCITORIA.-

Mediante la cláusula penal se determina la liquidación preventiva de los daños y/o perjuicios que se pudieran ocasionar por falta de ejecución de la obligación principal o retardo de la misma.

Dicha función tiene por finalidad reparar los daños y/o perjuicios causados por el deudor al acreedor con su incumplimiento, cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación a la cual estaba obligado. Osterling Parodi y Castillo Freyre³³ señalan que la cláusula penal siempre tendría una función indemnizatoria *“cuando ella pudiera corresponder en su monto a la cuantía de los daños y perjuicios verdaderamente causados...”*.

3.3. FUNCIÓN PUNITIVA O SANCIONADORA.-

Dicha función efectúa una separación entre la penalidad y el daño ocasionado, es decir del incumplimiento en sí y los efectos patrimoniales de la inejecución de la obligación.

³³ OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario: Óp. Cit. pág.940.

La cláusula penal tiene una función punitiva en cuanto su monto supera la cuantía real de los daños y perjuicios ocasionados y a su vez esta es pagada por el deudor. En cambio el artículo 1346 del Código Civil le resta dicha función a la cláusula penal, ello ante la posibilidad que el deudor demande la reducción judicial de la cláusula penal, al percibir que el monto establecido por dicha cláusula le resulte manifiestamente excesivo, y lograrse su cometido.

Esta función se mantiene en caso que el deudor, pese a que el monto de los daños y perjuicios efectivamente producidos sean menores que la penalidad pactada, no reclame su reducción. Por lo que se llegaría a la conclusión que el deudor ha ratificado su voluntad de ser sancionado con la penalidad pactada, lo cual en nuestra realidad resultaría ser algo poco común.

3.4. FUNCIÓN MIXTA.-

Otorga a la cláusula penal una función resarcitoria y sancionadora, la predominancia de una respecto a la otra deberá determinarse según el caso en concreto, pudiendo apreciarse en gran porcentaje de los casos que la cláusula penal obedece a un criterio netamente resarcitorio, debido a que su finalidad consiste en tarifar de manera preventiva y anticipada el monto del daño y/o perjuicio que se pueda producir.

3.5. FUNCIÓN DE SIMPLIFICACIÓN PROBATORIA.-

Al establecerse de modo previo y convencional el monto indemnizatorio y los supuestos en los cuales opera el mismo, se establece una suerte de “*convención probatoria*”, pues al estar de acuerdo -a nivel contractual- ambas partes respecto a los mismos, se simplifica la labor del Juzgador al momento de ejecutar el cumplimiento de la misma ante un eventual incumplimiento.

El sugerir la posible reducción de la Cláusula Penal, cuando esta fuese manifiestamente excesiva o diminuta implica que las partes tienen que ingresar necesariamente a la probanza de la existencia y monto de los daños y perjuicios ocasionados, lo cual significa el tener que hacer lo que se quiso evitar al estipular la Cláusula Penal.

En caso que el deudor considere que los daños infringidos han sido menores al monto pactado, tiene que asumir la carga de la prueba al momento de solicitar la

reducción judicial de la penalidad. Al parecer habría cierta imposición de carácter legal de la carga de la prueba hacia el deudor conforme a lo establecido por el artículo 196 del Código Procesal Civil, pero esta no resultaría exclusiva del mismo, pues todo acreedor diligente entrará necesariamente al campo probatorio a fin de demostrar que el monto de los daños y perjuicios sufridos coincide con el establecido en la cláusula o incluso los supera.

3.6. FUNCIÓN RESOLUTORIA.-

Da por concluida la obligación primigenia y pasa de modo directo al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación por parte del deudor, por lo que el acreedor perjudicado ejecutará la cláusula penal pactada exigiéndole al deudor el cumplimiento de dicha cláusula dentro del plazo y forma establecidos; razón por la cual el deudor no podría continuar obligado a cumplir con la obligación principal, salvo que se trate de una cláusula penal de carácter moratorio.

3.7. FUNCIÓN COMPENSATORIA.-

Su finalidad consiste en sustituir la prestación incumplida, lo cual implica la no subsistencia de la obligación principal. Aparentemente existiría un símil con la resolución de contratos, pues se dejaría sin efecto la obligación principal por la causal de incumplimiento de la obligación; pero debe distinguirse que en el presente caso el contrato seguiría existiendo por ser válido, pero ya no tendría los mismos efectos, pues dejaría de ser exigible el cumplimiento de la prestación original, para pasar únicamente al cobro de la penalidad.

3.8. FUNCIÓN MORATORIA.-

Sanciona el retraso en el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, el cual se mantiene obligado a cumplir con la prestación principal y a la vez satisfacer dicha la cláusula penal.

Un sector de la doctrina considera que la cláusula penal moratoria consiste en una pena acumulativa, vale decir que se le confiere tal clasificación debido a que su cumplimiento no libera al deudor de satisfacer la obligación principal conforme a lo señalado por el artículo 1342 de nuestro Código Civil.

4. NATURALEZA ACCESORIA DE LA CLÁUSULA PENAL.-

Conforme lo establece el artículo 1345 del Código Civil, la cláusula penal es accesoria de la obligación principal, debido a que ella no puede existir de modo independiente a la obligación garantizada, resultando evidente su carácter accesorio.

Otra circunstancia que se debe tener en consideración, a fin de determinar la naturaleza accesoria de la Cláusula Penal, es que esta depende necesariamente de la obligación garantizada, pues su nulidad acarrea la nulidad de la Cláusula Penal, en aplicación de aquel principio que establece que *“lo accesorio sigue la suerte de lo principal...”*.

En caso que la cláusula penal hubiera sido pactada de modo posterior a la constitución de la obligación principal, resultaría aplicable lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 224 del Código Civil, en lo concerniente a la nulidad de una o más disposiciones contractuales, ello en observancia del criterio de divisibilidad de las obligaciones; siendo de igual forma en el caso que la causal de nulidad afectase a otras cláusulas y no la obligación principal garantizada con la cláusula penal. También podría darse el caso de que con una sola cláusula penal se garanticen varias obligaciones, siendo que en caso una de ellas devenga en nula y las otras subsistan, la cláusula penal mantendrá sus efectos respecto a estas.

De ser que el acto jurídico, del cual emane la obligación principal devengue en nulo, se debe de tener presente lo señalado por el artículo 224 del Código Civil, el cual establece que *“La nulidad de una o más disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras siempre que sean separables...”*. Ante el supuesto que un contrato adolezca de nulidad absoluta y tal circunstancia impida la separación de aquellas cláusulas que no son nulas, entonces todo el acto jurídico que contenía dicho contrato sería nulo. Si este acto contenía la cláusula penal, esta también se vería afectada por dicha nulidad, lo cual concordaría perfectamente con el principio que señala que *“lo accesorio sigue la suerte de lo principal”*; y en el caso que la cláusula penal haya sido pactada en un acto o contrato distinto (por ejemplo una adenda), la cual se vea afectada por causal de nulidad, se tiene que el acto jurídico que contiene la cláusula penal no sería nulo por tratarse de un documento adicional, por lo que resultaría de estricta aplicación lo señalado por el artículo 224 del Código Civil, pero al estar intrínsecamente ligada la cláusula penal –establecida mediante documento o contrato independiente- a aquel acto jurídico que contiene la obligación principal y sea nulo,

este documento se vería afectado por dicha nulidad, pues aunque subsistiese la Cláusula Penal ya no existiría una obligación cuyo cumplimiento deba garantizar y a que a su vez haga exigible dicha cláusula.

Se debe tener presente que si bien el tercer párrafo del artículo 224 del Código Civil señala que *“la nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias”*, esta no hace la especificación si las obligaciones principales y accesorias deben tener un origen común –el mismo acto jurídico- o de origen diferido –distintos actos jurídicos-.

Mención aparte merece el caso en el cual la causal de nulidad afectara únicamente a la obligación principal garantizada y no al resto de obligaciones establecidas en el contrato de donde nace la obligación principal, por lo cual al ser la obligación principal nula, la cláusula penal que garantiza su cumplimiento lo sería también, pese a la subsistencia de las demás cláusulas u obligaciones que formaban parte del acto jurídico cuestionado y no se vieron afectadas por la causal de nulidad. Dado el caso que la mencionada cláusula garantice varias obligaciones y alguna de ellas devengue en nula, resultaría aplicable el criterio de divisibilidad de la obligación; por lo que la cláusula penal subsistiría garantizando únicamente el cumplimiento de las obligaciones que resulten válidas.

En caso que el vicio afecte solamente a la cláusula penal, resultaría de aplicación aquel principio que señala que *“lo principal no sigue necesariamente la suerte de lo accesorio”*, por lo que la obligación principal garantizada mantendrá su validez pese a que la cláusula penal sea nula. En lo concerniente a la anulabilidad, tanto de la obligación garantizada como de la cláusula penal, se debe tener en consideración que mientras no exista sentencia judicial firme que las declare nulas, ambas serán válidas.

Respecto a la obligación de pagar daños y perjuicios derivada del incumplimiento de la obligación principal, se debe señalar que esta no reviste un carácter accesorio, pues conforme a lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico, dicha obligación reviste el carácter de principal, debido a que surge a partir del incumplimiento de la obligación primigenia.

El grado de relación existente entre la obligación principal y la cláusula penal es determinado por las partes al momento de celebrar el respectivo contrato y la penalidad que garantice su cumplimiento.

5. OBJETO DE LA CLÁUSULA PENAL.-

El objeto de dicha cláusula generalmente consiste en el pago de una suma de dinero a favor del acreedor, pero no necesariamente reduce su cumplimiento a dicha actividad, pudiendo incluso tratarse de una obligación de hacer o no hacer que deba materializarse a raíz del incumplimiento suscitado. No se debe confundir la cláusula penal con la denominada “*multa penitencial*”, que es aquella penalidad pactada a raíz de un desistimiento convencional oneroso derivado de la facultad que le asiste a cualquiera de las partes de poder extinguir unilateralmente el contrato a cambio de una prestación como retribución por la cesación del contrato.

Conforme lo establece el Código Civil, las partes pueden establecer criterios que les permitan determinar el objeto de la cláusula penal, pudiendo incluso delegar dicha función a un tercero a fin que, en base a su valoración, realice la determinación del monto de la misma. En este supuesto en caso que el tercero no llegue o pueda efectuar dicha valoración, la cláusula penal devendrá en nula.

6. ESTIPULACION DE LA CLÁUSULA PENAL.-

La doctrina nacional, observando un criterio uniforme señala que la cláusula penal se puede establecer de modo conjunto a la constitución de la obligación principal; también puede establecerse de modo posterior a la misma, pero no debe existir incumplimiento de por medio y además deben haber prestaciones pendientes de ejecutar a cargo del deudor; todo ello necesariamente de modo anterior a la inexecución de la obligación o mora en la cual incurra el deudor, conforme a lo señalado por el artículo 1344 del Código Civil, pues resulta evidente que la misma no pueda ser concertada después del incumplimiento del deudor, y que de hacerlo esta dejaría de ser una cláusula penal para convertirse en una transacción.

7. EXIGIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL.-

Para poder ser exigible la cláusula penal debe verificarse de manera previa el incumplimiento de la obligación garantizada por parte del deudor, lo cual constituye un hecho netamente objetivo; salvo aquellos casos en los cuales este se haya producido a causa de imposibilidad sobrevenida de la prestación o, por causa no imputable al deudor, situaciones que producirían la extinción de la obligación principal y por consiguiente de la cláusula penal.

Se debe tener presente que la penalidad no resulta exigible en caso que el incumplimiento resulte atribuible al acreedor o este sea el causante directo del incumplimiento, de ser así el monto de la penalidad podrá ser reducido en base a la interpretación sistemática de los artículos 1326 y 1346 del Código Civil, los cuales se refieren a que el resarcimiento podrá reducirse en caso que el acreedor hubiera concurrido de manera dolosa o culposa en la realización del mismo y además tal circunstancia coincidiría con la facultad conferida por Ley al juzgador a fin que reduzca la cláusula penal. Osterling Parodi y Castillo Freyre³⁴ señalan que debe haber dos condiciones generales para la aplicación de la cláusula penal, las cuales procedo a señalar a continuación:

7.1. EXISTENCIA DE UNA OBLIGACION PRINCIPAL VÁLIDA.-

Ello debido al carácter accesorio que posee la cláusula penal respecto de la obligación principal garantizada, y al ser esta una medida de garantía que asegura su cumplimiento.

7.2. VALIDEZ DE LA PENA ESTIPULADA.-

Quiere decir que la penalidad estipulada no debe adolecer de defectos que conlleven a su nulidad, ni se halle sometida a condiciones que la tornen en inejecutable.

8. CONDICIONES ADICIONALES QUE DEBE TENER LA CLÁUSULA PENAL PARA SU EXIGIBILIDAD.-

Para que el acreedor pueda reclamar el cumplimiento de la pena convencionalmente establecida, esta debe reunir las condiciones que a continuación se detallan:

8.1. INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL DEUDOR.-

Ante el incumplimiento total de la obligación, cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, este debe valorarse de acuerdo a la naturaleza de la obligación y a la utilidad o beneficio que haya podido obtener el acreedor con el mismo; o en cambio si pese a que haya existido un cumplimiento parcial, tardío o defectuoso,

³⁴ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario; Óp. Cit., pág. 944.

este no satisfaga la obligación asumida o si dicho cumplimiento parcial no sea de utilidad al acreedor, por lo cual le correspondería a este exigir la totalidad de la penalidad pactada.

8.2. DEUDOR CONSTITUIDO EN MORA.-

Apenas sea verificable la situación morosa en la que haya incurrido el deudor, el acreedor ya podrá exigirle el cumplimiento de la penalidad moratoria, pudiendo ser desde ese momento o cuando lo considere pertinente.

El acreedor deberá exigir judicial o extrajudicialmente al deudor el cumplimiento de la obligación y a su vez constituirlo en mora; salvo que haya cláusula expresa de constitución en mora en el contrato que contiene la obligación principal garantizada y la cláusula penal, ello de conformidad con lo señalado por el artículo 1333 inciso 1 del Código Civil.

En caso que el acreedor no haya constituido en mora al deudor por el incumplimiento de la obligación, no le resultaría exigible a este el pago de la cláusula penal moratoria. Siendo que en caso de haberse pactado una penalidad compensatoria, esta resultaría exigible a partir del momento en que el incumplimiento del deudor se torne en absoluto.

8.3. INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL DEUDOR.-

En principio el incumplimiento debe ser imputable al deudor por dolo o culpa de este, resultando que de verificarse la existencia de caso fortuito y/o fuerza mayor, la pena pactada no le resultaría aplicable; ello debido a que resulta necesaria para la procedencia de la acción de daños y perjuicios la existencia de dolo o culpa por parte del deudor incumpliente.

Teniendo como referencia el deber de diligencia ordinaria y existencia de ausencia de culpa por parte del deudor, podría decirse que este no estaría obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o de fuerza mayor, sino únicamente está obligado a demostrar que prestó la diligencia que exigía la naturaleza de la obligación, la cual correspondía a las circunstancias de tiempo y lugar.

La doctrina nacional reconoce la validez de los pactos en los cuales el deudor asume los riesgos de la contratación, lo cual se ve materializado en la última parte del artículo 1343 del Código Civil, el cual señala que *“el cumplimiento de la cláusula penal pueda demandarse aún cuando la inejecución de la obligación principal no obedezca a dolo o culpa, en la medida en que exista pacto expreso...”*, por lo que se podría decir, a primera vista, que para que la Cláusula Penal resulte exigible debe ser necesario que el incumplimiento producido sea imputable al deudor, salvo que medie pacto expreso en el cual se establezca que la Cláusula Penal resulte aplicable en los casos en que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso haya sido sin su culpa.

9. EXTINCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL.-

La extinción de la obligación principal garantizada importa la extinción de la penalidad accesoria, sea bajo cualquiera de los mecanismos de extinción de la obligación que señala nuestro Código Civil, por lo que a continuación se detalla el modo como repercute el mismo en la Cláusula Penal:

9.1. PAGO.-

Constituye el medio de extinción de la obligación por excelencia, consiste en el cumplimiento de la obligación asumida dentro de sus propios términos y por consiguiente, una vez efectuado el mismo, la cláusula penal no tendría razón de ser, salvo en el caso que la misma revistiera un carácter indemnizatorio y la obligación se hubiera cumplido de manera tardía, con la finalidad de indemnizar los daños y perjuicios generados.

En caso que la obligación garantizada haya generado intereses, se deberá dar un tratamiento especial a la cláusula penal, debido a que la deuda proveniente de los intereses generados goza de cierta autonomía respecto de la obligación principal; pues esta puede subsistir pese a que se haya cancelado la deuda u obligación principal (capital).

9.2. PAGO POR CONSIGNACIÓN.-

Este debe ser válidamente efectuado para lograr la extinción de la obligación, cuyo efecto se retrotrae al día de ofrecimiento de pago efectuado por el deudor al acreedor. Resulta importante señalar que pese a que la consignación se haya efectuado, la cláusula penal puede subsistir si esta tuviera un carácter indemnizatorio debido a los intereses generados.

Se debe tener presente que la posible extinción de la cláusula penal, producto del pago de la obligación principal dependerá de la sentencia firme que se haya expedido en el correspondiente proceso de pago por consignación.

9.3. DACIÓN EN PAGO.-

Se tiene que al tratarse de una prestación diferente a la que debería de cumplirse, la extinción de la obligación y la subsecuente extinción de la cláusula penal está condicionada a la aceptación de la prestación distinta por parte del acreedor; al igual que lo señalado en el párrafo anterior, existe la posibilidad de subsistencia de la cláusula penal en el caso que se haya generado retraso en el cumplimiento de la obligación.

9.4. PAGO INDEBIDO.-

Se debe tener presente que no se produce de ninguna manera la extinción de la obligación garantizada ni mucho menos de la cláusula penal debido a que no se pago la obligación que correspondía pagarse, esto es la que se encontraba garantizada con la respectiva penalidad pactada.

La cláusula dejará de tener existencia en el momento que el pago se efectúe a quién se debió realizar. Al igual que en los casos anteriores, no se descarta la subsistencia de la Cláusula Penal, pese a que se haya efectuado el pago de la obligación principal, en caso que la misma esté orientada a cubrir los intereses generados por el cumplimiento tardío de la obligación.

9.5. NOVACION.-

La cláusula penal dejara de tener existencia en aplicación estricta de lo señalado por el artículo 1283 del Código Civil, el cual señala de modo expreso la no transmisión de garantías de la obligación extinguida a la nueva obligación, salvo pacto en contrario, lo cual se podría producir mediante una renovación de garantías a favor del acreedor; se producirá la extinción de la penalidad con el cumplimiento total y oportuno de la nueva obligación.

9.6. CONDONACIÓN.-

La condonación de una deuda, en este caso de la obligación principal, cuyo cumplimiento estaba garantizado con la respectiva cláusula penal, influye de modo directo en la misma, en aplicación del precepto *“lo accesorio sigue la suerte de lo principal”*. Al condonarse la obligación principal, se condona la cláusula penal.

9.7. CONSOLIDACIÓN.-

Influye de modo directo en la extinción de la cláusula penal debido a que se reúne en una sola persona las calidades de acreedor y deudor y por consiguiente la garantía otorgada no resultaría exigible por el acreedor.

9.8. TRANSACCIÓN.-

Es un mecanismo de solución de conflictos entre las partes mediante el cual se puede convenir el dejar sin efecto la obligación principal y la cláusula penal, a cambio de concesiones reciprocas que se otorguen las partes.

9.9. MUTUO DISCENSO.-

Mediante dicho mecanismo, las partes pueden acordar dejar sin efecto tanto la obligación principal como la cláusula penal, debe tenerse presente que al momento de efectuarse el mismo deben existir obligaciones pendientes de realización entre las partes, caso contrario dejaría de haber mutuo disenso y se entraría al campo de la condonación.



TITULO II

REDUCCIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL

«Una vez concretada la relación contractual entre acreedor y deudor, que se encuentre garantizada mediante una cláusula penal; se puede producir por diversas razones el incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de la misma, la cual llegado el momento de efectivizarse desatará el inevitable conflicto de intereses: Por un lado el acreedor que solicitará al órgano jurisdiccional la ejecución de la penalidad pactada –en caso que el deudor no la haya cumplido por voluntad propia- y por el otro lado el deudor, al considerar que la penalidad que el mismo pactó, resulta ser “*manifiestamente excesiva*”, por lo que también acudirá ante el órgano jurisdiccional a fin que el juzgador reduzca equitativamente la misma...» El autor.

1. GENERALIDADES.-

Nuestro Código Civil permite al juzgador, a solicitud del deudor, reducir el monto de la penalidad pactada; ello a tenor de lo establecido en el artículo 1346 del mencionado cuerpo de Ley, que señala: *“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...”*, lo que genera polémica e incluso conflicto, provocado a raíz de la reducción judicial que se pueda realizar del monto de la cláusula penal, lo cual enfrenta a la seguridad contractual, representada por la inmutabilidad de la cláusula penal y la equidad, al permitirse su revisión en sede judicial.

Al respecto debo señalar que se tiene como antecedente normativo de la reducción antes mencionada al artículo 1227 del Código Civil de 1936, el cual obligaba al Juez a reducir la pena cuando esta fuese *“manifiestamente excesiva”*, no permitiendo su aumento e incluso permitía la supresión de la pena cuando se probara que el acreedor no ha sufrido perjuicios por el incumplimiento, cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, todo ello a fin de evitar el enriquecimiento sin causa y a fin de reprimir el negocio usurario, lo cual pareciera atentar contra la seguridad contractual que se busca.

Se debe tener presente que la cláusula penal se establece con la finalidad de evitar la controversia sobre la probanza de la existencia y monto de los daños y perjuicios, por lo que al habersele concedido a los juzgadores, mediante el artículo 1346 del Código Civil, la facultad de revisar el contenido de la misma, se reapertura dicha controversia, reemplazando aquel pacto libremente aceptado por las partes, por un proceso judicial largo, complejo y costoso, el cual estará orientado precisamente a cuestionar dicho pacto, por lo que resulta prácticamente inevitable la discusión respecto a la existencia de los perjuicios y su cuantía.

Resulta obvio señalar que el juzgador tiene la obligación de pronunciarse, en atención al pedido de reducción judicial de la penalidad convenida según las pruebas aportadas dentro del correspondiente proceso, debido a que no podría decidir si la indemnización pactada es excesiva o suficiente con tan sólo con un criterio de conciencia, siendo que para poder modificar la pena se debe acreditar de modo fehaciente que el monto de

los daños y/o perjuicios sufridos por el acreedor resultan ser superiores o inferiores a lo pactado.

A este punto del presente trabajo de investigación surgen las siguientes interrogantes: ¿Qué ocurriría si el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno? ¿Resultaría exigible la penalidad pactada ante tal circunstancia? Al respecto la legislación comparada sugiere que de no existir daños y/o perjuicios ocasionados al acreedor, dicha cláusula no resultaría exigible e incluso se cuestionaría su razón de ser dentro de la relación contractual.

Muchas personas, en especial los deudores consideran que la cláusula penal tendría un trasfondo usurario, opinión con la cual discrepo, debido a que en la usura el acreedor obtiene un beneficio pese a que el deudor cumplió puntualmente con lo establecido, siendo que los intereses que se generen en dicha relación están orientados hacia la obtención de un fin de lucro; en cambio en la cláusula penal existe un deudor incumpliente, el cual deberá cumplir con una penalidad que el mismo se obligó a realizar, siendo que dicha obligación se pactó de modo previo y bilateral, pues el acreedor consideraba justo recibirla y el deudor el pagarla.

Ante el incumplimiento producto del dolo, culpa inexcusable o culpa leve por parte del deudor, le corresponde al acreedor afectado el tener que exigirle la correspondiente indemnización por daños y perjuicios ocasionados, siendo que dicha pretensión podría verse frustrada con la eventual revisión de la cláusula penal por parte del Órgano Jurisdiccional; por lo que considero que sería lo más adecuado, el no solamente analizar la situación del deudor, sino tener la misma consideración con el acreedor que vió incumplido el contrato, por lo que tal circunstancia merecería un trato igualitario a fin de obtener una solución equitativa a dicha controversia.

Ante tal propuesta podría sugerirse que se imparta en nuestro país un sistema de mutabilidad absoluta respecto a las Cláusulas penales, conforme lo señalan Castillo Freyre y Osterling Parodi³⁵, este sistema permitiría *“aumentar o reducir la penalidad”*, debiendo otorgarse a ambos la posibilidad de modificar el monto de la penalidad.

La desnaturalización de la cláusula penal, implica la necesaria probanza de los daños y/o perjuicios realmente ocasionados, cuestionando de esta manera aquella

³⁵ OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario; Óp. Cit., pág. 966.

liquidación convencional anticipada que se efectuó de los mismos y que de modo previsible pudieran derivarse del posible incumplimiento. Debe tenerse presente que no necesariamente la cláusula penal deba ser pactada en dinero, debido a que la misma se puede estipular –de manera adicional- en una prestación de dar, hacer o no hacer; por lo que de tratarse el objeto de la penalidad pactada, de una prestación que por su naturaleza no pueda ser susceptible de disminución de manera equitativa, tal circunstancia implicaría la sustitución de la obligación establecida mediante cláusula penal por una suma de dinero y de esta manera poder reducir dicho monto de manera equitativa.

La reducción judicial de la cláusula penal tiene una necesaria razón de ser, de conformidad con lo señalado por el segundo precepto contenido en el artículo 1346 del código civil, referente a los casos de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación; ello debido a que el acreedor aceptó dicho cumplimiento sin estar obligado a ello, razón por la cual resultaría justo que se reduzca el monto de la penalidad pactada, debido a que de no darse tal circunstancia habría un enriquecimiento indebido por parte del acreedor beneficiado con dicho cumplimiento parcial y que a la vez exija el cumplimiento de la penalidad pactada.

En la actualidad existe cierta problemática cuando las partes contratantes se relacionan entre sí por medio de contratos por adhesión o mediante las cláusulas generales de contratación, en las cuales una de las partes tienen que aceptar o rechazar el íntegro del contenido del contrato, situación en la cual no habría cabida a una negociación previa, por lo que al suscribir el mencionado contrato, se estaría aceptando sin más el íntegro de lo establecido en el mismo y en la cláusula penal que este pudiera contener, lo cual provocaría un conflicto al establecer intereses aparentemente usurarios -pues ya se hizo líneas atrás la diferencia existente entre la penalidad pactada y la usura- o de sumas enormes, lo cual aunado a la posición en que se encuentren aquellas personas que se vean obligadas a suscribir el respectivo contrato por adhesión a fin de poder acceder a los bienes o servicios que requieren y que pueden obtener únicamente al suscribir dicho contrato, rompiendo de esta manera el equilibrio entre las partes que debe existir en todo contrato.

Aparentemente habría cierta posición tuitiva por parte del legislador peruano hacia el deudor -al momento de haber creado el artículo 1346 del Código Civil- el mismo que se hizo pretendiendo de alguna manera restituir aquel equilibrio perdido entre las partes contractuales mediante los contratos por adhesión y los que se rigen por las

cláusulas generales de contratación, razón por la cual se faculta al juzgador a intervenir ante determinadas circunstancias a fin de garantizar el respeto a los valores de justicia y equidad que deben primar al momento de establecer una relación contractual.

Ahora bien puede darse el caso en el cual se haya establecido una cláusula penal que tenga un valor simbólico, es decir que no cubra el monto de los daños y/o perjuicios que se puedan haber producido debido al incumplimiento, cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal, la cual aparentemente implicaría una renuncia al derecho que le asiste al acreedor de poder exigir el pago íntegro de la indemnización que corresponda, sin ir más allá del monto previamente pactado, pero se debe tener en consideración lo establecido por el artículo 1328 del Código Civil, que señala: *“La responsabilidad en los casos de dolo o culpa inexcusable es exigible en todas las obligaciones y es nula su exclusión o límite...”*.

Considero que el acreedor tiene derecho a exigir una indemnización superior a la pactada en caso que el monto de los daños y perjuicios realmente producidos supere los mismos, ello debido a que al momento de estipular la cláusula penal sólo se habría tenido en consideración aquellos hechos previsibles, pero se estaría obviando que el deudor tiene responsabilidad directa respecto a aquellos hechos imprevisibles que influyan en el cumplimiento de la obligación, por lo que de no pactarse una penalidad suficiente que cubra los daños y perjuicios ocasionados por dolo y/o culpa inexcusable del deudor, le quedará expedita al acreedor la posibilidad de exigir la indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable al deudor; lo cual constituiría, conforme lo sugiere Bustamante Alcina³⁶ una excepción al principio de que *“el acreedor no puede pretender otra indemnización, aunque haya sufrido un daño mayor...”*; ello ante el supuesto que el incumplimiento del deudor sea producto del dolo, pues constituiría un abuso de derecho el pretender acogerse a la cláusula penal, o solicitar la reducción judicial de la misma, a sabiendas que el incumplimiento se debe a un accionar consiente y voluntario por parte del propio deudor.

Al respecto Enneccerus³⁷, citado por Osterling Parodi y Castillo Freyre³⁸, sostiene que *“La pena convencional se puede exigir como un importe mínimo del daño, y si el*

³⁶ BUSTAMANTE ALCINA, Jorge: *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1987, Sexta Edición, pág. 203.

³⁷ ENNECCERUS, Ludwing, Theodor Kipp y Martin Wolff: *Derecho de Obligaciones*, Barcelona: Bosch, 1951, Vol. I, Tomo II, pág. 188.

³⁸ OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario: *Óp. Cit.*, pág. 972.

interés de cumplimiento es superior a la pena, se puede exigir ese plus...”, por lo que dicho autor sugiere que “la pena constituye una facilidad, pero no una limitación de la pretensión...”.

El tutelar el incumplimiento doloso del deudor, resultaría contrario al orden público, pues de resultar que el monto del daño realmente producido sea mayor al establecido en la cláusula penal, este asumiría una función limitativa de responsabilidad en cuanto a su monto mínimo, a lo cual se debe señalar que las cláusulas limitativas de responsabilidad se establecen para favorecer al deudor y se refieren al daño que este pueda ocasionar; en cambio la cláusula penal se orienta también a proteger los intereses del acreedor, cautelando además el incumplimiento de modo aparte al daño que se le pueda ocasionar.

2. PRINCIPIOS APLICABLES EN EL DERECHO PERUANO PARA REDUCIR EL MONTO DE LA PENALIDAD CONVENCIONALMENTE ESTABLECIDA.-

Conforme lo señalan Osterling Parodi y Castillo Freyre³⁹, el juzgador puede adoptar, tanto criterios objetivos como subjetivos a fin de resolver el pedido de reducción judicial del monto de la cláusula penal. Objetivamente el juez podrá reducir el monto de la penalidad cuando el deudor hubiera acreditado que el monto de los daños y/o perjuicios producto de su incumplimiento resultasen menores que el monto establecido mediante cláusula penal; pero se debe tener en consideración que conforme a lo establecido por el artículo 1346 del Código Civil, el juzgador deberá también determinar que está ante una cláusula “*manifiestamente excesiva*”, contrario sensu, de no verificarse tal condición, el Juez tendrá que declarar infundada la pretensión del deudor demandante respecto a que se reduzca el monto de la penalidad pactada.

Subjetivamente se tiene que es el juez quién deberá apreciar, de acuerdo a su criterio, si la cláusula penal efectivamente resulta ser “*manifiestamente excesiva*”, es decir si aprecia que entre el monto de la misma y el de los daños y perjuicios realmente producidos existe una desproporción manifiesta y hasta incluso abusiva, facultad que no le corresponde al deudor peticionante, quién únicamente deberá limitarse a alegar

³⁹ OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario: Óp. Cit., Pág. 974.

las razones por las cuales considera que dicha penalidad resulta ser manifiestamente excesiva y por consiguiente deberá de ser disminuida equitativamente.

Un sector de la doctrina sugiere que la probanza de los daños dentro del proceso, a cargo de las partes debería efectuarse una vez que el órgano jurisdiccional ha determinado que efectivamente se trata de una cláusula penal manifiestamente excesiva, por lo que podría sugerirse que a fin de evitar la demora en la tramitación de procesos judiciales, se debería establecer como pretensión que se declare la existencia de una penalidad manifiestamente excesiva y como petitorio el que se reduzca equitativamente el monto de la pena. Se sugiere que de modo previo el Juez declare la *“excesividad manifiesta de la pena”* y una vez efectuado dicho juicio de valoración, determine la adecuación del monto la penalidad a uno acorde a los daños y perjuicios producidos y acreditados.

Otro sector señala que necesariamente deberá probarse primero el monto de los daños y perjuicios realmente sufridos por el acreedor y a partir de allí el juez podrá calificar, previa comparación, a la penalidad pactada como justa, excesiva o manifiestamente excesiva, lo cual resulta acertado, pues el otorgarle al juzgador un punto de comparación entre el daño y/o perjuicio realmente producido y la indemnización pactada, le servirá para dilucidar si efectivamente corresponde la reducción equitativa de la pena solicitada por el deudor.

En el caso que el deudor omita aportar pruebas orientadas a demostrar la inferioridad del daño realmente producido dentro del correspondiente proceso, considero que sería inapropiado que el juzgador empleando su leal saber y entender reduzca la cláusula penal, pues de esta manera se quebrantaría el principio procesal de socialización del proceso, establecido en el artículo VI del Código Procesal Civil, pues se estaría generando una aparente parcialización a favor del deudor, al cual por poseer tal condición se le otorgaría mayores facilidades –y preferencias dentro del proceso-.

La Corte Suprema de Justicia de la República señala, respecto a la procedencia de la acción judicial de reducción de la cláusula penal, que esta tiene como finalidad *“fomentar el contenido ético de las relaciones contractuales, respecto a los pactos usurarios a los cuales suele estar sometido el deudor al momento de celebrar un contrato...”*⁴⁰, siendo además que se señala en el sexto considerando de dicha

⁴⁰ Casación N° 1753-97, del 24 de setiembre de 1998.

resolución que la reducción efectuada obedece a *“una apreciación subjetiva del magistrado”*, criterio el cual fuera nuevamente observado mediante sentencia expedida en el expediente N° 6653-2000⁴¹.

Otro criterio considerado por la Sala Suprema, a fin de analizar la correspondiente reducción de la Cláusula Penal, consiste en merituar la existencia de garantía suficiente que cautele el cumplimiento de la obligación, conforme a lo señalado mediante sentencia recaída en el expediente N° 276-1997⁴².

3. EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL.-

Los efectos de la cláusula penal se encuentran regulados por el Código Civil, en su artículo 1341, los cuales consisten en *“Limitar el resarcimiento al pago de la penalidad y a que se devuelva la contraprestación...”*; salvo que exista pacto de indemnización por daño ulterior. Al respecto se tiene que el pago de la penalidad se debería computar como parte de los daños y perjuicios existentes en caso que estos fuesen mayores que la pena convencional; lo cual concuerda con lo establecido por el artículo 1343 del citado código, en el sentido que *“la exigencia de la pena no está condicionada a la probanza de daños y perjuicios por parte del acreedor, únicamente respecto a que dicho incumplimiento resulte imputable al deudor...”*.

El artículo 1342 del Código Civil establece que *“La cláusula penal puede establecerse en seguridad de un pacto determinado...”*, a lo cual se tiene que mediante dicha cláusula se puede asegurar el cumplimiento de la obligación respecto a ciertos supuestos de incumplimiento en los cuales las partes han convenido que se garantice de manera especial el cumplimiento de una obligación.

La cláusula penal tiene además efectos anteriores y posteriores a su estipulación, a que se produzca la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, los cuales podrán ser percibidos por el deudor de modo intimidatorio y coercitivo, pues le empujan a cumplir con la obligación asumida dentro del respectivo plazo y en la forma establecida y además le tiene presente las posibles consecuencias de su incumplimiento. Tratándose del incumplimiento posterior, los efectos del mismo podrán ser compensatorios o moratorios conforme se haya pactado.

⁴¹ Sentencia de fecha 31 de julio del 2001, expedida por la Corte Superior de Justicia de Lima.

⁴² Sentencia Superior de fecha 31 de julio de 1997.

En lo concerniente al acreedor, se tiene como efecto que este puede exigir el cumplimiento de la obligación principal y a su vez reclamar el cumplimiento de la cláusula penal compensatoria. Osterling Parodi y Castillo Freyre⁴³ sugieren incluso la discrecionalidad que tiene el mismo respecto de poder exigir el cumplimiento de la cláusula penal o prescindir de la misma y emplear aquellas instituciones del derecho civil que le permitan ver satisfechas sus expectativas truncas.

Puede que también ya no resulte útil para el acreedor el cumplimiento de la prestación garantizada y este opte por la resolución del contrato por la causal establecida en el artículo 1371 del Código Civil y exija a su deudor la ejecución de la penalidad indemnizatoria establecida. Tal circunstancia impediría al deudor pretender dar cumplimiento a la obligación garantizada y subrogada a ese momento por la penalidad convencional.

Al acreedor se le atribuye doctrinalmente una doble ventaja, debido a que se le libera de la carga de la prueba respecto la existencia y monto del daño y/o perjuicio sufrido y a su vez tiene expedito el derecho de exigir la penalidad convenida; ello incluso si el daño y/o perjuicio realmente producido fuera inferior al valor acordado y hasta en el caso que no se haya producido daño y/o perjuicio alguno. Respecto al deudor se tiene que este sólo estaría obligado a pagar la penalidad convenida, aunque el valor real del daño ocasionado sea mayor al importe de la penalidad.

4. DIVISIBILIDAD E INDIVISIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL.-

Tanto la obligación principal como la cláusula penal le imponen al deudor una determinada conducta a realizar a favor de su acreedor a cambio de una determinada contraprestación, por lo que resulta adecuado el analizar cómo se daría cumplimiento a la cláusula penal en caso que la misma resulte ser divisible o indivisible.

Ante la existencia de varios acreedores, deudores o ambos a la vez dentro de la relación contractual, lo cual ocasionaría discrepancias respecto a la naturaleza de la cláusula penal y la obligación garantizada, el Código Civil establece que se deberá remitir a lo referente al tipo de obligación en concreto, a fin de determinar la divisibilidad o indivisibilidad de la cláusula penal.

⁴³ OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario: Óp. Cit., pág. 980.

En principio nuestro Código Civil señala que resultaría necesaria la pluralidad de deudores y/o acreedores respecto a una obligación divisible, la cual no ha de ser solidaria, a fin que cada acreedor pueda exigir la parte que le corresponda respecto de la obligación, así como cada deudor pague la parte a la cual estaría obligado, ello en mérito a la presunción *iuris tantum* que “*el crédito o la deuda está dividido en tantas partes contractuales existan*”, por lo que al constituir la cláusula penal una obligación, esta deberá cumplirse de acuerdo a la cantidad de sujetos que intervengan en la relación contractual y en la proporción correspondiente.

Contrario *sensu*, de tratarse la obligación asumida, establecida mediante cláusula penal, de una prestación no susceptible de división o cumplimiento parcial, cualquiera de los acreedores podrá exigir a cualquiera de los deudores la ejecución total de dicha prestación, en este caso el deudor requerido deberá cumplir con lo estipulado mediante cláusula penal respecto a la totalidad de acreedores reunidos, o a sólo uno de ellos, si este garantiza a los demás acreedores el reembolso proporcional de la porción que les correspondiese respecto a la obligación.

Tratándose de la existencia de consolidación entre la condición de acreedor y uno sólo de los deudores, tal circunstancia no implicaría la extinción de la cláusula penal respecto a los demás deudores, únicamente existiría un deber impuesto por el artículo 1178 del Código Civil hacia el acreedor consolidante de tener que reembolsar a los otros codeudores el monto que debió asumir el codeudor consolidado de manera previa a la consolidación que se produjo, o garantizar el mismo una vez que los otros codeudores hayan cumplido con la penalidad pactada.

En el caso que un deudor efectuara novación con uno de los varios acreedores, tal circunstancia no conllevaría la extinción de la cláusula penal respecto a los otros codeudores, ergo los demás coacreedores no le podrán exigir la prestación indivisible a dicho deudor, previo reembolso de la prestación correspondiente al acreedor que efectuó la novación. El artículo 1179 del Código Civil señala que rige la misma regla en caso existiera compensación, condonación y transacción.

El artículo 1180 del Código Civil señala la posibilidad de resolver la cláusula penal de carácter indivisible en la de indemnizar daños y perjuicios, imponiendo a todos los deudores la responsabilidad por el total de la obligación, salvo que estos hubieran estado dispuestos a cumplir pudiendo contribuir con el valor que les correspondía.

5. MANCOMUNIDAD Y SOLIDARIDAD EN LA CLÁUSULA PENAL.-

La cláusula penal, en caso revistiera un carácter mancomunado, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1182 del Código Civil, deberá regirse por lo señalado anteriormente en lo concerniente a las obligaciones divisibles.

A fin de establecer la naturaleza de carácter solidario en la obligación estipulada mediante cláusula penal, esta deberá establecerse de modo expreso, sin importar la modalidad contractual mediante la cual se vincularon el acreedor y el deudor, manteniéndose únicamente el plazo o condición pactado para dar origen a la obligación.

Ahora bien, al momento de cumplir con la penalidad pactada, el Código Civil nos indica en sus artículos 1185 y 1186, la libertad que tiene el deudor de poder pagar el íntegro de la penalidad pactada a cualquiera de sus acreedores solidarios, pero a su vez nos indica que dicha circunstancia que no le exime de responsabilidad ante los otros acreedores; y *contrario sensu* el poder repetir contra los demás codeudores que no participaron en dicho pago.

En caso que se produjera el fallecimiento de cualquiera de los sujetos de la relación contractual, el cual hubiera estado obligado a asumir o percibir una determinada penalidad, le correspondería a sus herederos -ante tal circunstancia- el tener que dividirse proporcionalmente la acreencia o deuda que le correspondía a su causante.

Si previo al cumplimiento de la cláusula penal, el acreedor hubiera efectuado novación, compensación, condonación o transacción con alguno de los deudores solidarios, se produciría la liberación del cumplimiento de la penalidad pactada para la totalidad de deudores solidarios; siempre y cuando dicha negociación no se limite de modo expreso únicamente a la parte correspondiente de un codeudor determinado, lo cual excluiría del beneficio de liberación a los demás codeudores.

De configurarse la liberación de la totalidad de codeudores antes mencionada y en conformidad a lo establecido por el artículo 1181 del Código Civil, surgiría una nueva situación entre los codeudores liberados por la negociación efectuada entre uno de ellos y el o los acreedores, siendo que por ejemplo ante una novación o transacción, los codeudores deberán elegir si cumplen con su parte establecida en la obligación primigenia o asumen la parte que les correspondería de la nueva obligación. En caso

que se hubiera producido una compensación, que motivara la extinción de la penalidad pactada, los demás codeudores deberán responder ante el deudor compensante por el monto que les habría correspondido dentro de la obligación extinguida; y por último se tiene que de extinguirse la pena convencional mediante condonación, se tiene que esta beneficia a los codeudores en conjunto, salvo que la condonación se haya producido en mérito a una situación particular de uno de los deudores, por lo tanto considero que allí subsistiría la obligación entre los demás codeudores y el cuyas características produjo la condonación de la deuda por parte del acreedor.

Ubicándonos imaginariamente en la posición del acreedor solidario, se tiene que la realización de cualquiera de los actos descritos en el párrafo anterior liberaría a los codeudores en su totalidad, por lo que deberá de responder tanto el coacreedor que efectuó el acto, o el que cobró el monto adeudado, ante los demás coacreedores respecto al monto que les hubiera correspondido percibir producto del acuerdo arribado o la suma de dinero recibida.

De ocurrir que uno de los acreedores efectúe alguno de los actos anteriormente descritos a título personal y de modo parcial, sólo se extinguirá la parte que le correspondería de la obligación garantizada subsistiendo el derecho de los demás acreedores respecto a todos los codeudores.

Si durante el desarrollo de la relación contractual, garantizada mediante una cláusula penal, se hubiera producido el incumplimiento total, cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación garantizada por causas atribuibles a uno o varios codeudores, dicha circunstancia no liberaría a los demás de la obligación solidaria de cumplir con la penalidad pactada pese a que hubieran cumplido con la parte que les correspondía, ello en concordancia con lo establecido por el artículo 1195 del Código Civil; de igual manera le asistiría al acreedor el derecho de exigir la indemnización por daños y perjuicios que se hubieran producido a los codeudores de corresponder el caso.

Respecto a la proporción que le correspondería ser exigida por el acreedor a los deudores solidarios, se entiende que en aplicación de lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1203 del Código Civil, existiría una presunción de igualdad y proporcionalidad respecto al monto que le correspondería percibir a todos y cada uno de los codeudores. La misma presunción resulta aplicable en caso existiera un solo deudor y varios acreedores.

Conforme lo establece el artículo 1350 del Código Civil, se tiene que *“los codeudores que no fuesen culpables tienen expedito su derecho para reclamar a aquel cuyo actuar dio lugar a la aplicación de la pena...”*, siendo que dicha norma resulta de aplicación sin importar la naturaleza de la cláusula penal, debido a que la misma no hace distinción alguna.

6. REDUCCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL EN NUESTRO MEDIO.-

Conforme se tiene del primer precepto del artículo N° 1346 del Código Civil, la cláusula penal puede ser reducida en caso esta resulte ser manifiestamente excesiva, siendo que nuestro Código sustantivo asume al respecto un sistema de inmutabilidad relativa, el cual permite al deudor solicitarle al juzgador la reducción de la penalidad, más no al acreedor el poder solicitar el aumento de la misma en caso esta resulte ser insuficiente.

Cisneros Rojas y Vásquez Arrascue⁴⁴ sostienen que la regulación de la reducción judicial de la cláusula penal va en contra de la finalidad de dicha institución, *“pues ella no cumpliría con liberar al acreedor de las dificultades que se pueden presentar al momento de valorar la prueba en sede judicial, así como en su estimación...”*; por su parte el profesor Soto Coaguila⁴⁵ destaca la función punitiva que cumple la cláusula penal, señalando que *“resulta inequitativo que precisamente el sujeto que incumple la obligación acuda ante un juez para pedirle que reduzca el monto de la penalidad que el mismo aceptó...”*, llegando incluso dicho autor a proponer la derogatoria del artículo 1346 del Código Civil, bajo el fundamento de *“garantizar la libertad de contratación y dotar de plena eficacia a los acuerdos contractuales, de manera especial a las penalidades libremente pactadas...”*.

Por su parte el profesor Mesinas Montero⁴⁶ sostiene que *“la función primera y fundamental de la cláusula penal es evitar que los jueces determinen el monto indemnizatorio, con las dificultades y los costos que ello asume...”*, siendo que la

⁴⁴ CISNEROS ROJAS, Amet Williams; VASQUEZ ARRASCUE, Andrea Pilar: *La potestad del Juez de reducir la cláusula penal*, Actualidad Jurídica, tomo 248, julio 2014, Gaceta Jurídica, Pág. 77.

⁴⁵ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto: *La función de la cláusula penal en los contratos y la inmutabilidad de las penas convencionales. En libro homenaje a Jorge Avendaño*, Tomo II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2004, Página 862.

⁴⁶ MESINAS MONTERO, Federico: *Reduzcamos la Cláusula penal, ¿es obligatorio hacerlo cuando la penalidad equivale al doble de la deuda?*. En *Dialogo con la Jurisprudencia* Vol. 12, N° 98, Lima noviembre 2006. Pág. 105.

reducción judicial de la cláusula penal le resta eficacia como mecanismo de estimación convencional de daños o de incentivos del cumplimiento de obligaciones, favoreciendo a aquellas personas que no tienen la intención de cumplir con sus obligaciones. Por su parte Dávila Sánchez⁴⁷ propone que *“debería establecerse como tope de la penalidad un monto que no supere el monto de la obligación principal, para de esta manera cumplir con desincentivar el incumplimiento de las obligaciones...”*, debiendo proceder únicamente la reducción Judicial cuando lo solicite el deudor, y la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida, o se trate de obligaciones de valor inapreciable o indeterminado, cuya determinación quedará a la prudencia del Juez.

Cisneros Rojas y Vásquez Arrascue⁴⁸ concluyen que la norma establecida en el artículo 1346 del Código Civil es una norma incompleta, pues regula de manera imperfecta la reducción judicial de la cláusula penal, dando lugar a una interpretación basada en *“la magnitud del daño realmente producido”* y el interés del deudor que *“ha sufrido el perjuicio del daño excesivamente tasado en la penalidad...”*. Haciendo un análisis de lo preceptuado por el artículo 1346 del Código Civil, puede apreciarse que se encuentra establecido que el juez puede -más no que debe- reducir el monto de la cláusula penal, por lo cual resulta falaz el señalar que existe un derecho del deudor a que se le reduzca la penalidad pactada en todos los casos.

En consecuencia corresponde al juez el determinar si el monto de la penalidad pactada permite mantener o no el equilibrio contractual y por consiguiente que al momento de resolver el pedido de reducción judicial de penalidad, dicho equilibrio no se vea afectado por su decisión y por consiguiente debería dejarse de lado la evaluación del daño efectivamente sufrido a raíz del incumplimiento y meritarse el interés que tenía el acreedor en el cumplimiento real y efectivo de la prestación de acuerdo a la relevancia de su contenido, por lo cual el juez deberá evaluar la controversia de manera objetiva.

La valoración equitativa que efectuará el juzgador, de modo previo a determinar si corresponde disminuir el monto de la penalidad pactada, constituye un caso de integración judicial imperativa del contrato, pues no se está llenando un vacío o laguna en el mismo, sino está superponiendo el fallo del juzgador sobre la manifestación de la voluntad de las partes contractuales, por lo que tal acción constituiría en buena cuenta

⁴⁷ DAVILA SÁNCHEZ, William: *La reducción de la penalidad excesiva en el Perú ¿al fin una solución?*; en *Actualidad Jurídica*, Tomo 151, Gaceta Jurídica, Lima, junio 2006, pág. 66.

⁴⁸ CISNEROS ROJAS, Amet Williams; VASQUEZ ARRASCUE, Andrea Pilar: *Óp. Cit.* Pág. 78.

una excepción al principio de equidad que regula el contrato como fuente de integración supletoria.

El principio de equidad está orientado a garantizar un equilibrado desenvolvimiento de las prestaciones emanadas de la relación contractual, pero no conlleva el nacimiento de derechos que no se hayan previsto con anterioridad; contrario sensu está orientado a equilibrar derechos ya existentes, lo cual se materializaría con la función correctiva que tiene el juzgador al reconducir la relación contractual a la equidad, debido a que la autonomía privada habría sobrepasado de modo aparente los límites establecidos por el ordenamiento jurídico, evitando de esta manera el abuso y quebrantamiento de los principios de igualdad y libertad entre los contratantes.

Se debe recordar que la facultad conferida por Ley al juez de revisar el monto establecido mediante cláusula penal posee carácter excepcional y por consiguiente no resultaría aplicable de manera analógica a supuestos distintos a la cláusula penal, siendo que al ser la reducción judicial de la cláusula penal una norma orientada a restablecer el equilibrio contractual entre las partes, no resultaría admisible la renuncia anticipada del deudor aún en el supuesto de penalidad bilateral.

7. SUPUESTOS FÁCTICOS DE REDUCCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL.-

Tenemos como preceptos que conforman el artículo 1346 del Código Civil, los cuales se orientan a la reducción judicial de la pena, los siguientes:

7.1. PENALIDAD MANIFIESTAMENTE EXCESIVA.-

Característica *sine qua non* el juzgador no podrá disponer la reducción judicial de la pena amparándose en dicha causal, la misma que ha sido desarrollada ampliamente en las páginas precedentes del presente trabajo de investigación, debiendo adicionarse a los conceptos antes mencionados la opinión del profesor Palacio Pimentel⁴⁹, quién sostiene que la facultad otorgada al juez de reducir el monto de la pena, constituye “*una suerte de freno a la exagerada libertad de las partes...*”, Complementando dicha postura Ferrero Costa⁵⁰ quien sostiene que “*el juez debe evaluar necesariamente la existencia y cuantía de*

⁴⁹ PALACIO PIMENTEL, Gustavo: Las Obligaciones en el Derecho Civil Peruano, SESATOR, Lima 1974, pág. 238.

⁵⁰ FERRERO COSTA, Raúl: Curso de Derecho de las Obligaciones, Tercera Edición, GRIJLEY, Lima 2004, pág. 361.

los daños y perjuicios sufridos por el acreedor...”, opinión que es compartida por Osterling Parodi⁵¹.

7.2. PRESTACIÓN PARCIAL O IRREGULARMENTE CUMPLIDA.-

Segundo precepto contenido en el artículo 1346 del código civil, al respecto Palacio Pimentel⁵² sostiene que *“el juez deberá evaluar si la ejecución parcial de la obligación ha sido de utilidad para el acreedor, además de la gravedad de la falta producida por la conducta del deudor...”*, así como también *“el grado de interés lesionado con la inejecución total o parcial de la misma”*. De modo adicional se señala que el juzgador deberá evaluar la situación económica de las partes y la proporcionalidad que debe de existir entre el monto de la penalidad pactada y los daños y perjuicios realmente sufridos. Por su parte, Ferrero Costa⁵³ señala que el juzgador al momento de atender la solicitud de reducción de la penalidad pactada, al amparo de esta causal, deberá evaluar la existencia y el grado de ventaja obtenida por el acreedor producto de la ejecución parcial o irregular, debiendo además evaluarse la mayor o menor gravedad del incumplimiento. El presente supuesto de reducción judicial de la pena no constituye objeto de estudio para el presente trabajo de investigación.

8. TRATAMIENTO PROCESAL DEL PEDIDO DE REDUCCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL.-

De forma previa a interponer la demanda correspondiente, resulta necesario determinar la competencia del juez que ha de conocer la misma, siendo que en principio resulta ser el mismo juez que conoce la demanda en la cual se pretende la ejecución de la cláusula penal, por lo que el pedido de reducción judicial de penalidad pactada se podría efectuar en la contestación de la demanda de ejecución de cláusula penal, sea ya como un pedido intrínseco a los fundamentos de hecho de la misma y hasta incluso como reconvencción.

El Poder Judicial, de manera reiterada y uniforme sostiene que no procede demandar la ejecución de la penalidad en la vía ejecutiva, conforme lo señala la casación N°

⁵¹ OSTERLING PARODI, Felipe: Las Obligaciones, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1995, pág. 228.

⁵² *Ibíd.*, pág. 239.

⁵³ FERRERO COSTA, Raúl: *Ibíd.* pág. 292.

3192-1999-Callao, al señalar que: *“tratándose de una obligación sujeta a limitaciones que pueden ser objeto de reducción judicial, existe la necesidad del debate y la prueba para el esclarecimiento de los hechos, lo cual resulta incompatible con la naturaleza expeditiva del proceso ejecutivo...”*.

Así mismo Ortega López⁵⁴ sostiene que de tramitarse una demanda de ejecución de Cláusula Penal dentro de la vía ejecutiva, *“podría restringirse el derecho del deudor o demandado a solicitar la reducción de la cláusula penal, en vista que no se puede formular reconvencción en un proceso ejecutivo...”*; adicionando a su vez el citado autor que la reducción judicial de la penalidad requiere una debida motivación, la cual podría no darse en las sentencias expedidas en los procesos ejecutivos por su ausencia de etapa probatoria.

9. VIA PROCEDIMENTAL APLICABLE AL PEDIDO DE REDUCCIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL.-

Conforme a los argumentos anteriormente señalados, como vienen a ser la necesidad que exista la posibilidad de contradictorio por parte del demandado con la ejecución de cláusula penal, así como la necesidad de actuación probatoria a realizarse de modo previo a la expedición de sentencia, es que resulta adecuado el señalar como vía procedimental aplicable el proceso de conocimiento, independientemente de la cuantía establecida mediante cláusula penal.

Si el acreedor demandase la ejecución de la cláusula penal y, en proceso aparte el deudor demandase su reducción, resultaría adecuada la acumulación de procesos a fin de evitar se produzcan pronunciamientos contradictorios por parte del órgano jurisdiccional.

10. PEDIDO DE REDUCCIÓN JUDICIAL DE LA PENALIDAD CONTRACTUALMENTE ESTABLECIDA.-

La acción de reducción judicial de penalidad podría darse en vía de reconvencción, en caso el acreedor hubiera demandado al deudor a fin de lograr el cumplimiento de la

⁵⁴ ORTEGA LÓPEZ, Iván: *La cláusula penal en el impuesto general a las ventas y los intereses acumulables en vía de proceso ejecutivo dentro de una demanda de pago de arriendos*, en *Dialogo con la Jurisprudencia* N° 20, Lima, 2000, Pág. 54.

cláusula penal, teniendo como pretensión la reducción equitativa del monto de la penalidad por parte del órgano jurisdiccional; lo cual resulta adecuado debido a que un mismo juez conocerá la controversia en su totalidad y podrá optar, de ser el caso, por establecer como puntos controvertidos sobre la procedencia de la ejecución de la penalidad o su eventual reducción.

El Código Civil habla acerca de una solicitud que deberá efectuar el deudor ante el juez, lo cual da a entender que no necesariamente el deudor debería efectuar su pedido revistiéndole forma de demanda o reconvencción, podría hacerlo incluso como un argumento fáctico de su contestación de la demanda, lo cual resultaría atendible conforme lo señala el considerando décimo de la Casación N° 3179-2002-CALLAO⁵⁵.

11. OPORTUNIDAD DEL PEDIDO DE REDUCCIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL.-

El autor Abanto Torres⁵⁶ sugiere que ante una demanda de ejecución de cláusula penal, bastaría con que se efectúe la solicitud de reducción correspondiente, la cual debe de realizarse antes que se expida sentencia de primera instancia en el proceso de ejecución de cláusula penal, a fin que el juzgador la tenga en cuenta al momento de expedir sentencia, pues de ya existir sentencia de primera instancia respecto a la ejecución de la cláusula penal y el deudor no hubiera ejercitado su derecho de solicitar la reducción judicial de penalidad, la nueva demanda que este interponga devendría en improcedente, pues el nuevo pronunciamiento jurisdiccional no puede contravenir otro que tenga como característica principal el de ser firme.

12. REDUCCIÓN OFICIOSA DEL MONTO DE LA CLÁUSULA PENAL.-

El término oficioso debe entenderse como automático, es decir que la sola presentación de la demanda resulte suficiente para que el deudor exija ante el órgano jurisdiccional la reducción de aquel monto establecido mediante cláusula penal, ello en la errónea concepción que el deudor “*tiene derecho a...*” que se le reduzca de modo

⁵⁵ “**Décimo.-** *Habiendo solicitado los demandados mediante escrito de contestación la reducción por ser excesiva, dicha solicitud resulta amparable, pues la penalidad solicitada...equivale a casi el doble de la suma mutuada...*”.

⁵⁶ ABANTO TORRES, Jaime David: *Problemas Procesales en torno a la reducción de la Cláusula Penal: Cuando la doctrina y el legislador desconfían del Juez*, Revista Jus doctrina & práctica, N°6 (jun. 2007), pág. 216.

equitativo la pena debido a una interpretación antojadiza del artículo 1346 del Código Civil.

El entender de modo literal el término “*oficioso*” implicaría convertir a los jueces en una suerte de policías que tendrían que estar vigilando el contenido de todos los contratos que incluyan una cláusula penal dentro de la estipulación correspondiente, lo cual resulta imposible; por lo tanto no resulta procedente que el juzgador reduzca de oficio el monto de la penalidad pactada, puesto que necesariamente se requiere para ello una solicitud por parte del deudor, conforme lo señala de modo expreso el artículo 1346 del Código Civil, que podrá realizarse como argumento fáctico de contestación de la demanda, reconvenición dentro del proceso de ejecución de cláusula penal o mediante demanda de reducción judicial de cláusula penal y acreditar dentro de la misma, con el correspondiente sustento probatorio, que los daños y perjuicios producidos a raíz del incumplimiento sean inferiores a los convencionalmente establecido o son inexistentes.

13. CORRESPONDENCIA DE LA CARGA DE LA PRUEBA DENTRO DEL PROCESO DE REDUCCIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL.-

Conforme lo establece el artículo 196 del Código Procesal Civil, “*la carga de probar corresponde a quién afirma hechos que configuren su pretensión...*”, por lo tanto el tener que probar que la pena es manifiestamente excesiva le corresponde al deudor, quién a su vez tendrá chance de acreditar que el monto de los daños y perjuicios producidos a su acreedor, producto de su incumplimiento, resultan ser inferiores al monto de la pena convencionalmente estipulada o hasta incluso que los mismos no se han producido; contrario sensu, un acreedor diligente deberá a su vez demostrar dentro del correspondiente proceso judicial que dicho monto coincide con la penalidad pactada o hasta incluso que el mismo resulta ser superior al monto convencionalmente establecido, por lo que en la práctica la carga de la prueba recae sobre ambas partes a fin de acreditar la veracidad de sus afirmaciones y obtener un fallo judicial acorde a sus pretensiones.

14. MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA QUE DETERMINA LA REDUCCIÓN DE PENALIDAD A FAVOR DEL DEUDOR.-

El derecho a tener una resolución judicial debidamente motivada se encuentra contemplado en el artículo 139 inciso 5 de nuestra Carta Magna, la cual le impone al juzgador el deber de efectuar la correspondiente *“mención expresa de la Ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustenten...”*, por lo que necesariamente les corresponde a las partes procesales el poder conocer las razones por las cuales la penalidad convencional deberá o no ser reducida equitativamente, así como los fundamentos fácticos que sustenten dicho criterio de equidad. Al respecto el profesor Ferrero Costa⁵⁷ sostiene que *“hay una total discrecionalidad por parte del juzgador al momento de estimar la reducción de penalidad...”*, siendo que Osterling Parodi⁵⁸ discrepa con dicha postura, debido a *“La complejidad que observan las relaciones contractuales aseguradas por una cláusula penal...”* a lo cual añade que *“de sólo aplicar el criterio de conciencia, el juzgador se convertiría en un pretor e incurriría en arbitrariedad...”*.

Por su parte León Barandarián⁵⁹ señala que:

“Si una pena pronunciada es desproporcionalmente elevada, esta quedará a juicio discrecional del juez, siendo que este al momento de calificarla como tal debe considerar circunstancias importantes, tales como el contexto temporal en el cual se pactó la pena, cuándo se configuraron los supuestos para su realización y el contexto que tiene lugar al momento de expedirse la sentencia, además del daño realmente producido y el que se pudo producir debido a la conducta del deudor y las circunstancias que rodean la misma, la posición económica de las partes y el grado de culpa del deudor...”.

De las posturas anteriormente señaladas, arribo a la conclusión personal que la decisión del juez no debe de ser absolutamente discrecional, pues para la reducción de penalidad se requiere de manera necesaria un debate probatorio, una debida motivación, y hasta incluso se requeriría de conocimientos especiales de naturaleza científica, tecnológica, artística u otra análoga⁶⁰ de ser el caso a fin de poder determinar si la penalidad convencional resulta ser manifiestamente excesiva.

⁵⁷ FERRERO COSTA, Raúl: Op., Cit. pág. 292.

⁵⁸ OSTERLING PARODI, Felipe: Op., Cit. pág. 228.

⁵⁹ BARANDARIÁN, José León: Op., Cit. pág. 217.

⁶⁰ Artículo N° 262 del Código Procesal Civil.

15. LA POTESTAD DEL JUEZ DE REDUCIR LA CLÁUSULA PENAL.-

Conforme a lo desarrollado a lo largo del presente trabajo de investigación, se tiene que dentro de la contratación moderna, la estipulación de cláusulas penales resulta ser una opción práctica a fin de garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones de acuerdo a su cuantía o importancia. Por lo que en principio las partes pueden determinar libremente el contenido y monto de dicha penalidad y el acreedor podrá exigir su cumplimiento a la simple verificación del incumplimiento por parte del deudor; el cual de considerar que dicho monto resultase ser manifiestamente excesivo, o hubiera efectuado un cumplimiento parcial o irregular de la misma, podrá acudir ante el Órgano Jurisdiccional a fin que se reduzca equitativamente el monto de la misma.

Al ser el primer precepto de reducción judicial de la cláusula penal, contenido dentro del artículo 1346 del Código Civil, materia de análisis, se tiene que la potestad que goza el juzgador de poder reducir el monto de la penalidad pactada posee un carácter facultativo, pues el mencionado artículo sostiene que *“el Juez puede reducir equitativamente...”*, más no que *“debe reducir equitativamente”*; por lo que el ejercicio de dicha facultad deberá basarse necesariamente en los medios de prueba actuados a lo largo del correspondiente proceso, los cuales servirán para sustentar la decisión correspondiente.

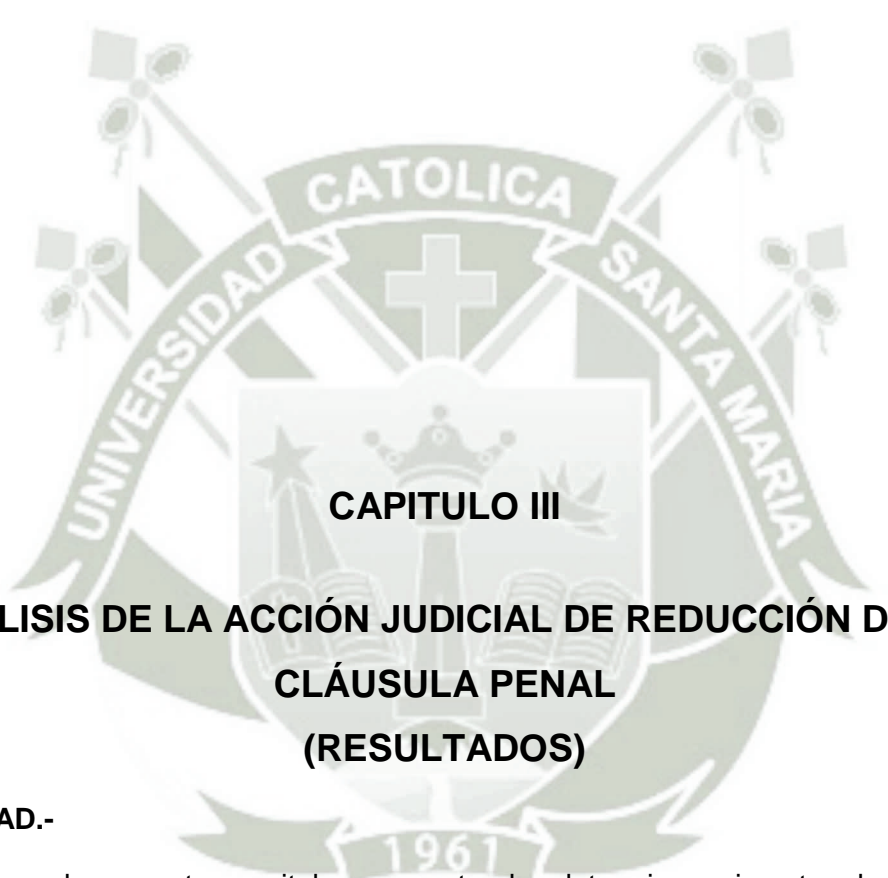
El juez a fin de resolver el conflicto de intereses suscitado producto del incumplimiento de una obligación garantizada y la exigencia de una penalidad convencional, deberá de analizar detalladamente los fundamentos de la demanda (de reducción de penalidad) o contestación/reconvención (de la demanda de ejecución de cláusula penal), a fin de verificar la existencia y validez de la obligación garantizada, su naturaleza de la misma, la correcta estipulación de la cláusula penal, la existencia y cuantía de los daños y/o perjuicios producidos al acreedor, así como la existencia de cumplimiento parcial de la obligación y/o su ejecución tardía o defectuosa.

De modo complementario se puede tener en consideración lo señalado por el autor Morales Hervias⁶¹ quien sostiene que *“El incumplimiento genera la obligación de resarcir el daño producido al acreedor [...] si la falta o la inexacta ejecución de la prestación dependen de causas imputables al deudor...”*, por lo que necesariamente deberá de subrogarse el cumplimiento de la obligación garantizada y proceder con el

⁶¹ MORALES HERVIAS, Rómulo: *Patologías y remedios del contrato*. Jurista Editores, Lima, 2011, pág. 260

resarcimiento de los daños y perjuicios producidos al acreedor; o el cumplimiento de la misma con el respectivo abono de los intereses moratorios establecidos mediante cláusula penal, independientemente del monto que pueda llegar a determinarse y acorde a los efectos que las partes hayan decidido conferirle a la penalidad convencionalmente establecida.





CAPITULO III

**ANÁLISIS DE LA ACCIÓN JUDICIAL DE REDUCCIÓN DE LA
CLÁUSULA PENAL
(RESULTADOS)**

FINALIDAD.-

Mediante el presente capítulo se pretende determinar si entre los Jueces Especializados en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa existe uniformidad de criterios respecto a la controversia que se origine ante el eventual pedido de reducción judicial de cláusulas penales, por lo cual mediante la correspondiente cédula de preguntas se ha constatado de modo directo en las unidades de estudio los criterios recurrentes que se observan al momento de conocer una demanda de ejecución de cláusula penal o el pedido de reducción judicial de la misma.

Se optó por aplicar una cédula de preguntas entre los entrevistados, pues mediante la misma se pudo recabar de modo directo los conocimientos, experiencias y apreciaciones que tienen los juzgadores al momento de evaluar el pedido de ejecución/reducción de la cláusula penal, pues de avocarse el investigador a analizar las sentencias expedidas por un solo órgano jurisdiccional, relacionadas al tema materia de investigación, significaría el limitar la presente investigación a estudiar el criterio asumido por el juez a cargo de un determinado órgano jurisdiccional, el cual estará plasmado en las diversas sentencias que este expida; contrario sensu el analizar todas las sentencias expedidas por los Juzgados Civiles que conforman la Corte Superior de Justicia de Arequipa ampliaría de modo innecesario el desarrollo de la presente investigación, en tiempo y recursos, pues en las mismas se apreciaría de modo recurrente el criterio que pudiera asumir el titular de cada uno de los órganos jurisdiccionales en sus sentencias, razón por la cual se optó por realizar preguntas puntuales sobre determinadas circunstancias relevantes a la fuente directa de información, es decir los mismos jueces, a fin de poder identificar el razonamiento efectuado ante las mismas y tratar de establecer la existencia de criterios uniformes.

En dicha cédula de preguntas se enfatizó que los datos a obtenerse serán únicamente empleados en la presente investigación y se garantizó la confidencialidad del caso, a fin que el encuestado no se vea comprometido con sus respuestas ofrecidas y las que deba de aplicar al momento de resolver un caso en concreto en el órgano jurisdiccional a su cargo, a fin que brinde las correspondientes respuestas con la sinceridad del caso, razón por la cual en la correspondiente matriz de recolección de datos se les identifica con un número y no con la denominación del cargo que ostentan. Se respetó en todo momento la voluntad de los encuestados de participar o no en el desarrollo de la presente investigación.

Se eligió como técnica de verificación el cuestionario y como instrumento la correspondiente cédula de preguntas o formulario, ello debido a que la misma puede ser aplicada sin la necesidad de que se encuentre presente el investigador al momento de desarrollarse, permitiendo reducir el tiempo de recolección de datos y la participación de personal de apoyo en el desarrollo del mismo.

TABLA N° 1

NECESIDAD DE PROBAR LA EXISTENCIA Y MONTO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS POR PARTE DEL ACREEDOR AFECTADO CON EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA.

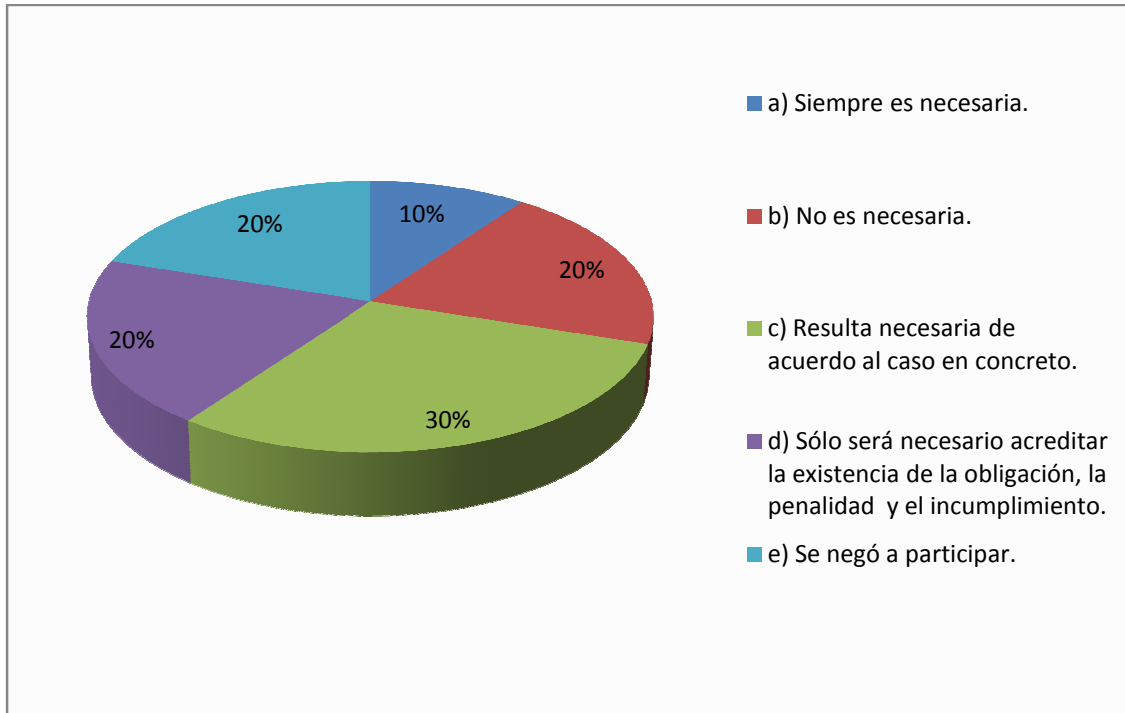
CRITERIO ASUMIDO	JUECES ESPECIALIZADOS EN LO CIVIL	
	F	%
a) Siempre es necesaria.	1	10%
b) No es necesaria.	2	20%
c) Resulta necesaria de acuerdo al caso en concreto.	3	30%
d) Sólo será necesario acreditar la existencia de la obligación, la penalidad y el incumplimiento.	2	20%
e) Se negaron a participar.	2	20%
TOTAL	10	100%

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA – RESPUESTAS DE LA CÉDULA DE PREGUNTAS.
F= Frecuencia; % = Porcentaje.

INTERPRETACIÓN.- En la tabla antes mostrada se puede apreciar el criterio asumido por los Jueces Especializados en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, respecto a la necesidad de que el acreedor pruebe la existencia y monto de los daños y perjuicios realmente sufridos dentro del proceso de ejecución de cláusula penal o contestación a la demanda de reducción judicial de cláusula penal; siendo que para el 10% de los encuestados siempre es necesaria la respectiva probanza de la existencia y monto de los daños y perjuicios producidos, pese a que el artículo 1343 del Código Civil señala que para exigir la penalidad no resulta necesaria dicha acción; en cambio para el 20% de los encuestados no es necesaria la misma. El 30% de los encuestados considera necesaria la respectiva probanza de acuerdo al caso en concreto. El 20% de los encuestados considera que sólo es necesario que el acreedor pruebe la existencia y validez de la obligación garantizada, la penalidad pactada, así como el respectivo incumplimiento por parte del deudor para poder exigir la penalidad; y finalmente el 20% de los encuestados se negó a participar respondiendo la cédula de preguntas, razón por la cual se desconoce el criterio que puedan asumir respecto a la pregunta planteada.

GRÁFICA Nº 1

NECESIDAD DE PROBAR LA EXISTENCIA Y MONTO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS POR PARTE DEL ACREEDOR AFECTADO CON EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA.



FUENTE: ELABORACION PROPIA - RESULTADOS DE LA CÉDULA DE PREGUNTAS.

INTERPRETACIÓN.- En la gráfica antes mostrada puede apreciarse la existencia de criterios dispersos por parte de los encuestados respecto a la pregunta formulada; siendo que existe cierta tendencia por parte de ellos respecto a la necesidad de que se pruebe la existencia y monto de los daños y perjuicios producidos al acreedor con el incumplimiento de parte del deudor, lo cual hace un 30% de las respuestas obtenidas. Para el 20% de las mismas no resulta necesaria dicha probanza, para el otro 20% de las respuestas obtenidas sólo será necesario que se acredite la existencia de la obligación garantizada, la penalidad pactada y el incumplimiento de parte del deudor. Para un 10% de las respuestas obtenidas, dicha probanza resulta ser siempre necesaria; en cambio el 20% de las respuestas obtenidas deben ser consideradas en blanco debido a la negativa de los encuestados a participar en la presente investigación, pues se desconoce la postura que pudieran asumir al respecto.

TABLA Nº 2

ORIENTACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS DENTRO DEL PROCESO, RESPECTO A LA EXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA, ESTIPULACIÓN, ACEPTACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL Y DEL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL DEUDOR.

CRITERIO ASUMIDO	JUECES ESPECIALIZADOS EN LO CIVIL	
	F	%
a) Deberán además acreditar existencia y cuantía de los daños y perjuicios realmente producidos.	2	20%
b) Sólo deben acreditar el incumplimiento de la obligación garantizada por parte del deudor.	6	60%
c) El deudor deberá de acreditar que el monto de los daños y perjuicios producidos es inferior al de la penalidad pactada.	0	0%
d) Deberán acreditar la conciencia y voluntad del deudor de no querer cumplir con la obligación garantizada.	0	0%
e) Se negaron a participar.	2	20%
TOTAL	10	100%

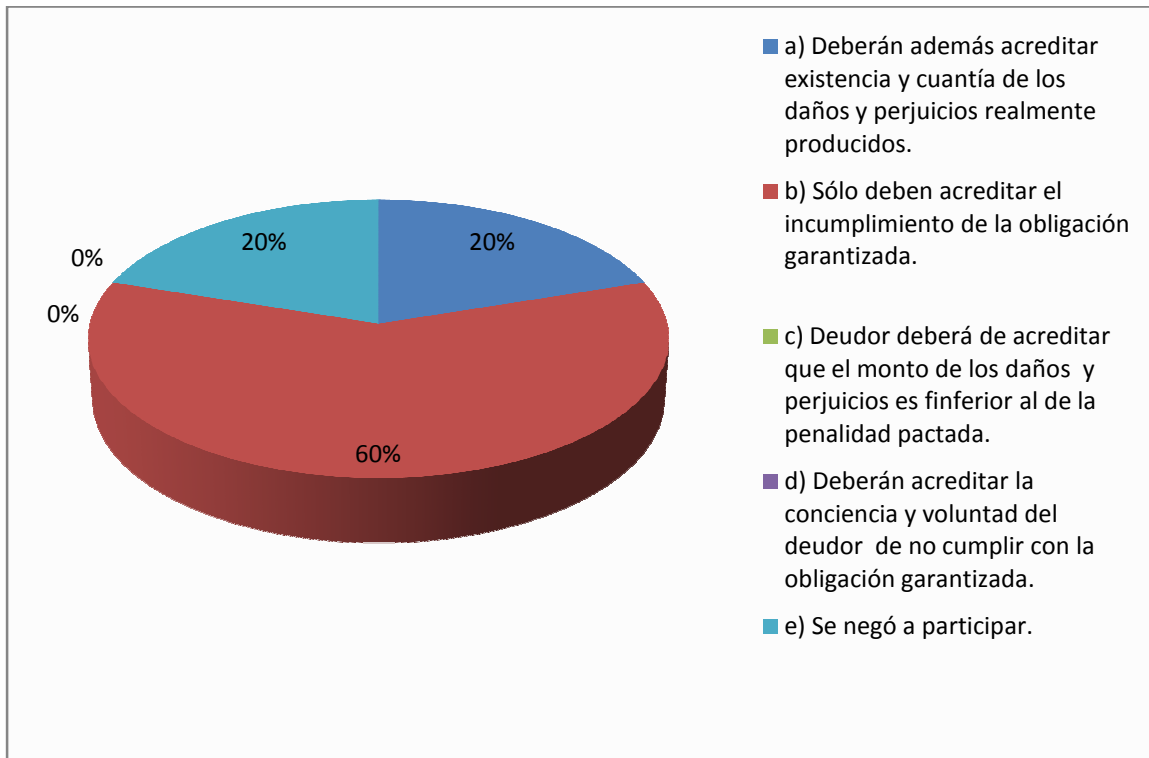
FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA – RESPUESTAS DE LA CÉDULA DE PREGUNTAS.

F= Frecuencia; % = Porcentaje.

INTERPRETACIÓN.- En la tabla antes mostrada se puede apreciar el criterio asumido por los Jueces Especializados en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, respecto a la orientación que deben de tener los medios probatorios ofrecidos por las partes al interior del proceso de ejecución y/o reducción judicial de cláusula penal, siendo que para el 20% de los encuestados el acreedor demandante de ejecución de cláusula penal o demandado con la reducción judicial de la misma deberá de acreditar la existencia y cuantía de los daños y perjuicios realmente producidos por el incumplimiento de parte del deudor; en cambio para el 60% de los encuestados la exigibilidad de la cláusula penal, deberá de acreditarse verificando el incumplimiento de la obligación garantizada por parte del deudor. Ninguno de los encuestados considera que el deudor deberá acreditar que el monto de los daños y/o perjuicios producidos es inferior al monto de la penalidad pactada, ni que se deberá acreditar la conciencia y voluntad por parte del deudor respecto a no cumplir con la misma; y finalmente el 20% de los encuestados se negó a participar respondiendo la cédula de preguntas, razón por la cual se desconoce el criterio que puedan asumir respecto a la pregunta planteada.

GRÁFICA Nº 2

ORIENTACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS DENTRO DEL PROCESO, RESPECTO A LA EXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA, ESTIPULACIÓN, ACEPTACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL Y DEL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL DEUDOR.



FUENTE: ELABORACION PROPIA

INTERPRETACIÓN.- En la gráfica antes mostrada puede apreciarse que existe predominancia por parte de los encuestados, respecto a que los medios probatorios presentados por el acreedor demandante de ejecución de cláusula penal deben de estar orientados a acreditar el incumplimiento de la obligación garantizada por parte del deudor, lo cual hace el 60% de las respuestas obtenidas; se tiene que para el 20% de los encuestados se deberá además acreditar la existencia y cuantía de los daños y perjuicios realmente producidos. En cambio el 20% de las respuestas obtenidas deben ser consideradas en blanco debido a la negativa de los encuestados a participar en la presente investigación, pues se desconoce la postura que pudieran asumir al respecto.

TABLA Nº 3

IMPORTANCIA DE LA CONSTITUCIÓN EN MORA AL DEUDOR MEDIANTE COMUNICACIÓN DE FECHA CIERTA COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION JUDICIAL DE EJECUCIÓN DE CLÁUSULA PENAL.

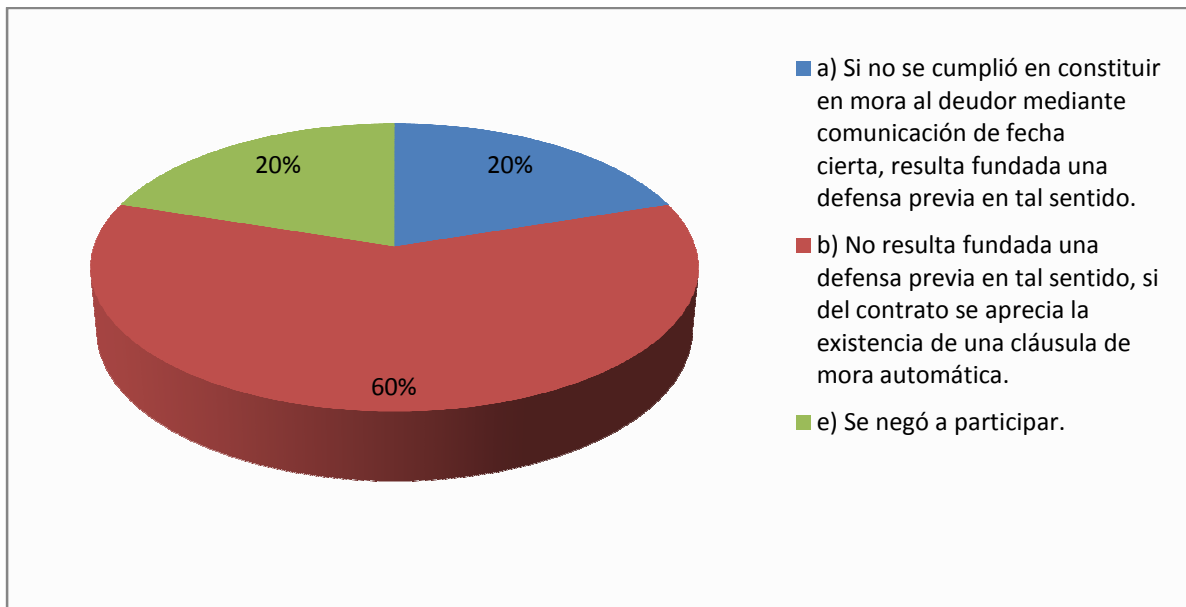
CRITERIO ASUMIDO	JUECES ESPECIALIZADOS EN LO CIVIL	
	F	%
a) Si no se cumplió en constituir en mora al deudor mediante comunicación de fecha cierta, resulta fundada una defensa previa en tal sentido.	2	20%
b) No resulta fundada una defensa previa en tal sentido, si del contrato se aprecia la existencia de una cláusula de mora automática.	6	60%
c) Se negaron a participar	2	20%
TOTAL	10	100%

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA – RESPUESTAS DE LA CÉDULA DE PREGUNTAS.
F= Frecuencia; % = Porcentaje.

INTERPRETACIÓN.- En la tabla antes mostrada se puede apreciar el criterio asumido por los Jueces Especializados en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, respecto a la necesidad de que se cumpla de modo previo, a la interposición de la acción judicial de ejecución de cláusula penal, con la respectiva constitución en mora al deudor mediante documento de fecha cierta; por lo que se tiene que el 20% de los encuestados asume dicha postura, el 60% de los encuestados considera que si dentro del contrato existe una cláusula de constitución en mora automática, no resultaría exigible al acreedor la constitución en mora al deudor mediante comunicación de fecha cierta por existir cláusula expresa; y finalmente el 20% de los encuestados se negó a participar respondiendo la cédula de preguntas, razón por la cual se desconoce el criterio que puedan asumir respecto a la pregunta planteada.

GRÁFICA N° 3

IMPORTANCIA DE LA CONSTITUCIÓN EN MORA AL DEUDOR MEDIANTE COMUNICACIÓN DE FECHA CIERTA COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION JUDICIAL DE EJECUCIÓN DE CLÁUSULA PENAL.



FUENTE: ELABORACION PROPIA

INTERPRETACIÓN.- En la gráfica antes mostrada puede apreciarse que existe cierta predominancia por parte de los encuestados, respecto a que sí resulta necesaria la constitución en mora al deudor, por parte del acreedor, mediante documento de fecha cierta, pero la misma no resulta exigible en caso que exista cláusula de constitución en mora automática estipulada en el contrato respectivo, lo cual hace un 60% de las respuestas obtenidas. El 20% de los entrevistados considera que si no hubo constitución en mora mediante comunicación de fecha cierta –pese a que hubiera cláusula de constitución en mora automática en el respectivo contrato- resultaría fundada una defensa previa propuesta por el deudor demandado. En cambio el 20% de las respuestas obtenidas deben ser consideradas en blanco debido a la negativa de los encuestados a participar en la presente investigación, pues se desconoce la postura que pudieran asumir al respecto.

TABLA Nº 4

IMPORTANCIA DEL RECONOCIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA, PENALIDAD PACTADA E INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL DEUDOR DENTRO DEL PROCESO JUDICIAL DE EJECUCIÓN/REDUCCIÓN DE CLÁUSULAS PENALES.

CRITERIO ASUMIDO	JUECES ESPECIALIZADOS EN LO CIVIL	
	F	%
a) Si resulta relevante, pues acepta los fundamentos de hecho de la demanda.	4	40%
b) No resulta relevante para los fines del proceso judicial.	0	0%
c) Si resulta relevante, pues acepta los hechos que sustentan el monto de la penalidad pactada.	1	10%
d) No resulta relevante, pues lo que está en controversia es el monto de la penalidad y su exigibilidad.	3	30%
e) Se negaron a participar	2	20%
TOTAL	10	100%

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA – RESPUESTAS DE LA CÉDULA DE PREGUNTAS.

F= Frecuencia; % = Porcentaje.

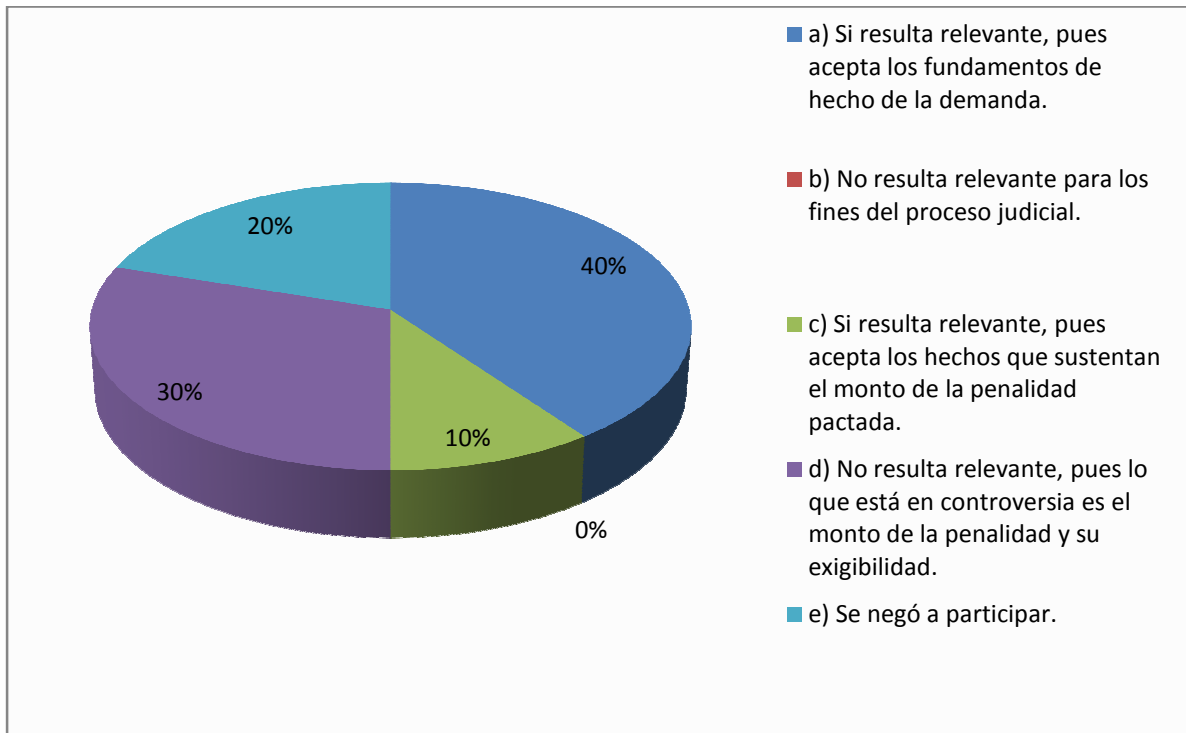
INTERPRETACIÓN.- En la tabla antes mostrada se puede apreciar el criterio asumido por los Jueces Especializados en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, respecto a la importancia del reconocimiento de la obligación garantizada, penalidad pactada e incumplimiento por parte del deudor dentro del proceso de ejecución/reducción de la cláusula penal; del cual se aprecia que el 40% de los encuestados sostiene que sí resulta relevante dicho reconocimiento para fines de establecer una convención probatoria entre las partes, debido a la existencia de hechos afirmados por una parte y reconocidos por la otra dentro del proceso. Ninguno de los encuestados considera que dicho reconocimiento resulte relevante para los fines del proceso judicial, pues lo que se deberá de verificar es la existencia y validez de los mismos a fin de resolver la controversia producida. El 10% de los encuestados sostiene que sí resulta relevante dentro del proceso de ejecución de cláusula penal el reconocimiento de la obligación garantizada, penalidad pactada e incumplimiento por parte del deudor demandado, pues de esta manera estaría reconociendo el monto de la penalidad previamente pactada. El 30% de los encuestados sostiene que no resulta

relevante para los fines del proceso el reconocimiento de los hechos de la demanda por parte del deudor, pues lo que está en controversia es el monto de la penalidad y su exigibilidad; y finalmente el 20% de los encuestados se negó a participar respondiendo la cédula de preguntas, razón por la cual se desconoce el criterio que puedan asumir respecto a la pregunta planteada.



GRÁFICA Nº 4

IMPORTANCIA DEL RECONOCIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA, PENALIDAD PACTADA E INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL DEUDOR DENTRO DEL PROCESO JUDICIAL DE EJECUCIÓN/REDUCCIÓN DE CLÁUSULAS PENALES.



FUENTE: ELABORACION PROPIA

INTERPRETACIÓN.- En la gráfica antes mostrada puede apreciarse que existe cierta tendencia respecto a la valoración del reconocimiento fáctico de la demanda por el deudor, siendo que para el 40% de las respuestas obtenidas el mismo resulta ser relevante, en cambio para el 30% de las mismas tal accionar no reviste relevancia para los fines del proceso, pues consideran que el tema central de la controversia es el monto de la penalidad pactada y su exigibilidad; para el 10% de los encuestados si resulta relevante dicho accionar por parte del demandado, pues con tal aceptación se otorga un sustento fáctico al monto de la penalidad pactada. En cambio el 20% de las respuestas obtenidas deben ser consideradas en blanco debido a la negativa de los encuestados a participar en la presente investigación, pues se desconoce la postura que pudieran asumir al respecto.

TABLA Nº 5

POSTURA DE LA PENALIDAD MANIFIESTAMENTE EXCESIVA, PEDIDO DE SU REDUCCIÓN POR PARTE DEL DEUDOR Y TRATAMIENTO POR PARTE DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL.

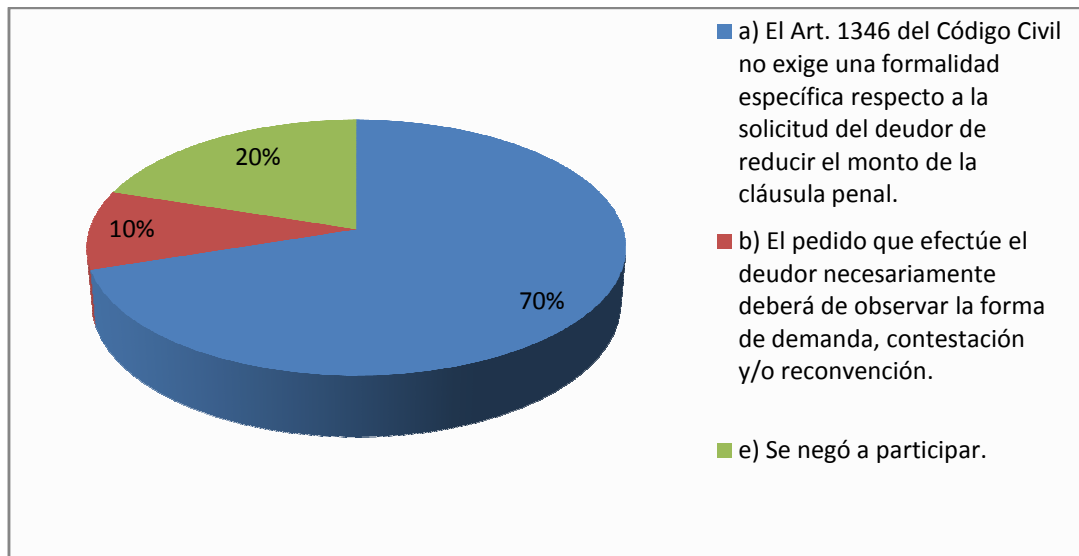
CRITERIO ASUMIDO	JUECES ESPECIALIZADOS EN LO CIVIL	
	F	%
a) El Art. 1346 del Código Civil no exige una formalidad específica respecto a la solicitud del deudor de reducir el monto de la cláusula penal.	7	70%
b) El pedido que efectúe el deudor necesariamente deberá de observar la forma de demanda, contestación y/o reconvención.	1	10%
c) Se negaron a participar.	2	20%
TOTAL	10	100%

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA – RESPUESTAS DE LA CÉDULA DE PREGUNTAS.
F= Frecuencia; % = Porcentaje.

INTERPRETACIÓN.- En la tabla antes mostrada se puede apreciar el criterio asumido por los Jueces Especializados en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, respecto a la necesidad de que el pedido de reducción judicial de cláusula penal, efectuado por el deudor demandado, observe una formalidad específica, siendo que para el 70% de los encuestados, el artículo 1346 del Código Civil no prescribe una formalidad específica para dicho pedido, por lo tanto resultaría atendible evaluar el pedido efectuado por el deudor sin requerir formalidad alguna, vágase decir que se efectúe como argumento de contestación de la demanda, reconvención o demanda independiente. Para el 10% de los encuestados se tiene que dicho pedido deberá efectuarse necesariamente observando la formalidad correspondiente, es decir como demanda, contestación y/o reconvención propiamente dichos; y finalmente el 20% de los encuestados se negó a participar respondiendo la cédula de preguntas, razón por la cual se desconoce el criterio que puedan asumir respecto a la pregunta planteada.

GRÁFICA Nº 5

POSTURA DE LA PENALIDAD MANIFIESTAMENTE EXCESIVA, PEDIDO DE SU REDUCCIÓN POR PARTE DEL DEUDOR Y TRATAMIENTO POR PARTE DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL.



FUENTE: ELABORACION PROPIA

INTERPRETACIÓN.- En la gráfica antes mostrada puede apreciarse que existe un criterio mayoritario, es decir el 70% de las respuestas obtenidas, respecto a que no resulta exigible para el pedido de reducción judicial de cláusula penal que se observe una formalidad específica, es decir que la misma se efectúe como un argumento fáctico de contestación de la demanda, reconvencción o demanda independiente, siendo que cualquiera de las formas antes mencionadas resultan ser atendibles por parte de los juzgadores, se debe tener en consideración que el mismo deberá de efectuarse necesariamente antes de que el pedido de ejecución judicial de cláusula penal adquiera el carácter de cosa juzgada. Un 10% de las respuestas obtenidas sugiere que dicho pedido debería observar una formalidad específica. En cambio el 20% de las respuestas obtenidas deben ser consideradas en blanco debido a la negativa de los encuestados a participar en la presente investigación, pues se desconoce la postura que pudieran asumir al respecto.

TABLA Nº 6

VALORACIÓN JUDICIAL DE LAS RAZONES QUE INFLUYERON EN EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA POR PARTE DEL DEUDOR Y LA OBSERVANCIA DE LA DEBIDA DILIGENCIA AL MOMENTO DE RESOLVER EL PEDIDO DE REDUCCIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL.

CRITERIO ASUMIDO	JUECES ESPECIALIZADOS EN LO CIVIL	
	F	%
a) Resulta relevante a fin de que el juzgador aplique el derecho que corresponda, aunque no haya sido invocado por las partes o este sea erróneo.	5	50%
b) No es posible, pues el de hacerlo se otorgaría cosa distinta a la solicitada por las partes.	1	1%
c) No es posible, pues de hacerlo se otorgaría más de lo pedido en la demanda o contestación por las partes.	0	0%
d) No es posible, pues únicamente se deberá verificar de modo objetivo el incumplimiento de la obligación y la exigencia de la penalidad.	2	20%
e) Se negaron a participar.	2	20%
TOTAL	10	100%

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA – RESPUESTAS DE LA CÉDULA DE PREGUNTAS.

F= Frecuencia; % = Porcentaje.

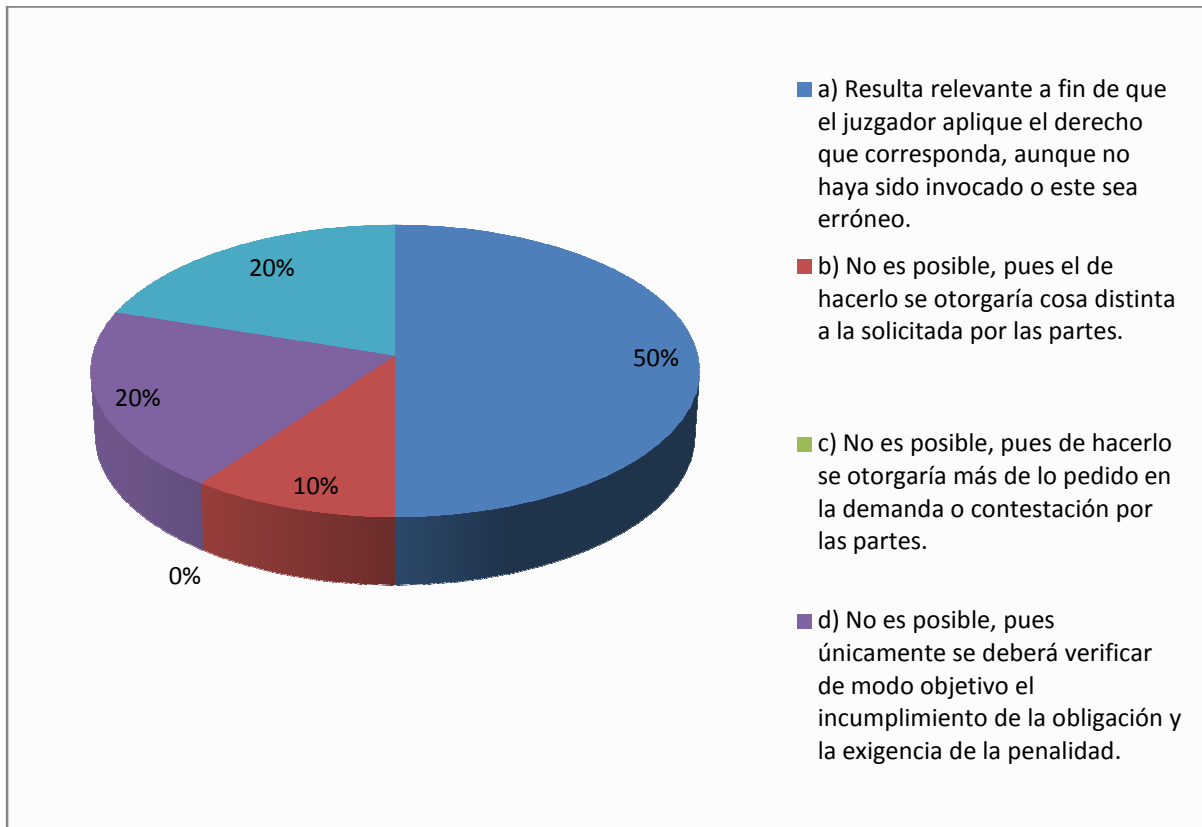
INTERPRETACIÓN.- En la tabla antes mostrada se puede apreciar el criterio asumido por los Jueces Especializados en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, respecto a la valoración que efectuarían de las razones que llevaron al deudor hacia el incumplimiento de la obligación garantizada, de las cuales se tiene que el 50% de los encuestados considera relevantes para fines del proceso las razones que llevaron al deudor al incumplimiento de la obligación garantizada, o que este haya actuado observando la debida diligencia, debido a que las mismas le servirán para poder aplicar el derecho que corresponda al caso en concreto, aunque este no haya sido invocado por las partes o lo haya sido de modo erróneo. El 10% de los encuestados considera que si se meritúan al interior del proceso las razones que llevaron al deudor al incumplimiento de la obligación garantizada, podría otorgarse cosa distinta a lo solicitado por el demandante o alegado por el demandado. Ninguno de los encuestados considera que es posible merituar las razones que llevaron al deudor al incumplimiento de la obligación garantizada, pues de hacerlo podría otorgarse más de lo solicitado por el demandante o alegado por el demandado. El 20% de los

encuestados considera que no son relevantes las razones que llevaron al deudor hacia el incumplimiento de la obligación o que este haya actuado con la debida diligencia, debido a que sólo corresponde verificar el incumplimiento objetivo de la obligación garantizada por parte del deudor y finalmente el 20% de los encuestados se negó a participar respondiendo la cédula de preguntas, razón por la cual se desconoce el criterio que puedan asumir respecto a la pregunta planteada.



GRÁFICA Nº 6

VALORACIÓN JUDICIAL DE LAS RAZONES QUE INFLUYERON EN EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA POR PARTE DEL DEUDOR Y LA OBSERVANCIA DE LA DEBIDA DILIGENCIA AL MOMENTO DE RESOLVER EL PEDIDO DE REDUCCIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL.



FUENTE: ELABORACION PROPIA

INTERPRETACIÓN.- En la gráfica antes mostrada puede apreciarse que existe cierta tendencia por parte de los encuestados, respecto a que resulta atendible el aplicar el derecho que corresponda al momento de resolver, aunque este no haya sido invocado por las partes o lo haya sido de modo erróneo, pues en su calidad de juzgadores están facultados a escoger la solución más idónea conforme a los medios probatorios existentes y mediante una adecuada motivación, lo cual conforma el 50% de las respuestas obtenidas. El 20% de dichas respuestas considera que se debería verificar de modo objetivo el incumplimiento de la obligación garantizada y la exigencia de la penalidad pactada, para el 10% de las respuestas no resulta aplicable. En cambio el 20% de las respuestas obtenidas deben ser consideradas en blanco debido a la negativa de los encuestados a participar en la presente investigación, pues se desconoce la postura que pudieran asumir al respecto.

TABLA N° 7

DETERMINACIÓN POR PARTE DEL JUZGADOR DE LA EXISTENCIA DE UNA PENALIDAD MANIFIESTAMENTE EXCESIVA DENTRO DEL CORRESPONDIENTE PROCESO DE REDUCCIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL.

CRITERIO ASUMIDO	JUECES ESPECIALIZADOS EN LO CIVIL	
	F	%
a) Comparar monto de daños y perjuicios con el monto de la cláusula penal a fin de establecer una proporción matemática.	3	30%
b) Comparar el costo/valor de la prestación incumplida con el monto de la cláusula penal a fin de establecer el grado de proporcionalidad.	5	50%
c) Evaluar el grado de igualdad entre las partes al momento de contratar a fin de determinar su influencia en la redacción de la cláusula penal.	0	0%
d) Comparar la situación económica del demandado con el monto de la penalidad para determinar su posibilidad de cumplimiento.	0	0%
e) Se negaron a participar.	2	20%
TOTAL	10	100%

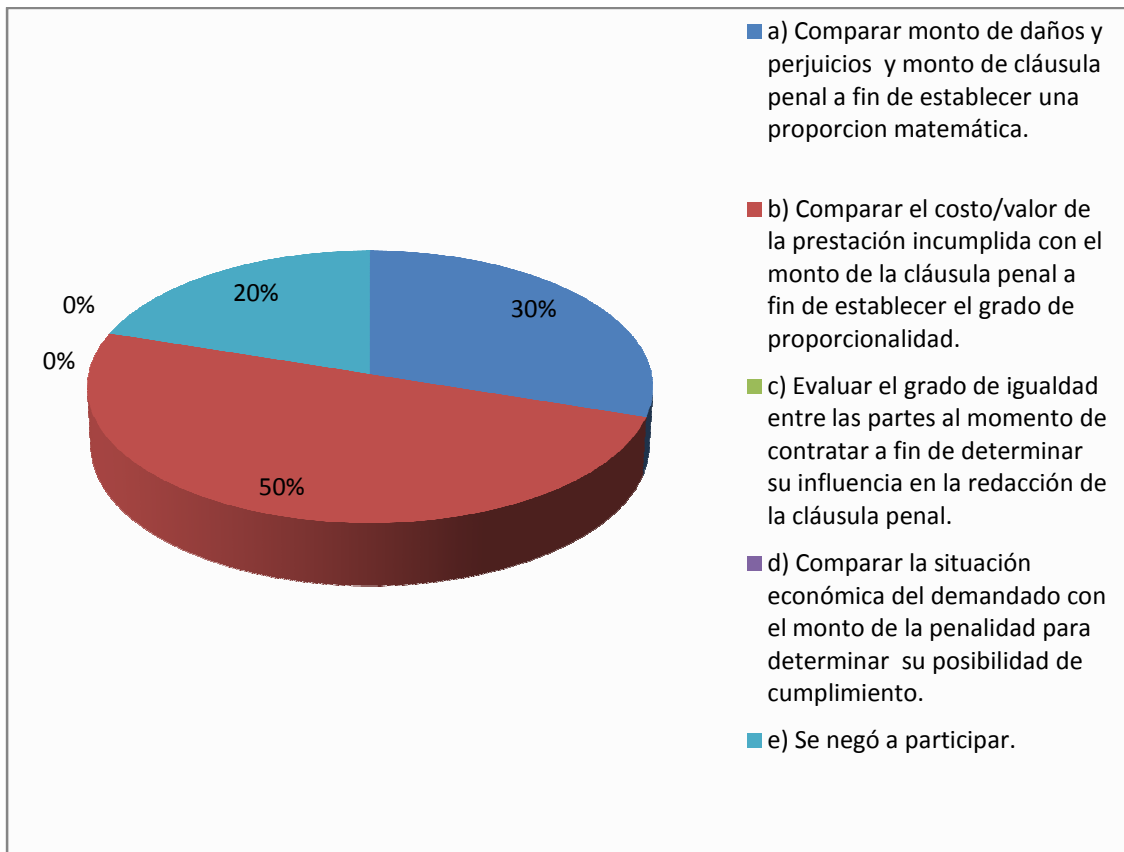
FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA – RESPUESTAS DE LA CÉDULA DE PREGUNTAS.

F= Frecuencia; % = Porcentaje.

INTERPRETACIÓN.- En la tabla antes mostrada se puede apreciar el criterio asumido por los Jueces Especializados en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, al momento de determinar si encuentran ante una cláusula penal manifiestamente excesiva; por lo que se tiene que el 30% de los encuestados efectuará una comparación entre el monto de los daños y perjuicios efectivamente producidos y el monto de la cláusula penal a fin de establecer un grado de proporción matemática respecto al valor de la prestación incumplida. El 50% de los encuestados efectuará una comparación entre el costo/valor de la prestación incumplida con el monto de la cláusula penal a fin de establecer un grado de proporcionalidad entre la prestación contratada, el valor de la penalidad y el costo de la obligación garantizada. Ninguno de los encuestados evaluará el grado de igualdad contractual existente entre las partes al momento de la suscripción del contrato, a fin de determinar su influencia en la redacción de la cláusula penal; ni tampoco tendrá en consideración la situación económica actual del demandado a fin de determinar la existencia de una penalidad manifiestamente excesiva y finalmente el 20% de los encuestados se negó a participar respondiendo la cédula de preguntas, razón por la cual se desconoce el criterio que puedan asumir respecto a la pregunta planteada.

GRÁFICA N° 7

DETERMINACIÓN POR PARTE DEL JUZGADOR DE LA EXISTENCIA DE UNA PENALIDAD MANIFIESTAMENTE EXCESIVA DENTRO DEL CORRESPONDIENTE PROCESO DE REDUCCIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL.



FUENTE: ELABORACION PROPIA

INTERPRETACIÓN.- En la gráfica antes mostrada puede apreciarse que existe cierta tendencia por parte de los encuestados, respecto a que para determinar la existencia de una penalidad manifiestamente excesiva se deberá de comparar el costo/valor de la prestación incumplida con el monto de la cláusula penal a fin de establecer un grado de proporcionalidad, lo cual hace el 50% de las respuestas obtenidas. Para el 30% de estas, se deberá de comparar únicamente el monto de los daños y perjuicios realmente producidos con el de la cláusula penal, dejando de lado las expectativas del acreedor respecto al cumplimiento del deudor. En cambio el 20% de las respuestas obtenidas deben ser consideradas en blanco debido a la negativa de los encuestados a participar en la presente investigación, pues se desconoce la postura que pudieran asumir al respecto.

TABLA Nº 8

PROBANZA DE LA MANIFIESTA EXCESIVIDAD DE LA PENALIDAD AL INTERIOR DEL PROCESO POR PARTE DEL DEUDOR INCUMPLIENTE.

CRITERIO ASUMIDO	JUECES ESPECIALIZADOS EN LO CIVIL	
	F	%
a) Ampararse en la presunción <i>Iuris Tantum</i> que señala que el deudor es la parte más débil del contrato.	1	10%
b) El incumplimiento se produjo debido a razones de fuerza mayor/caso fortuito que escapan de su dominio.	1	10%
c) Acreditar que su situación económica no le va a dejar asumir la obligación sin afectar su subsistencia.	1	10%
d) Orientar su demanda/contestación/reconvención en el sentido que el acreedor sufrió un daño mínimo o no lo sufrió.	5	50%
e) Se negó a participar.	2	20%
TOTAL	10	100%

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA – RESPUESTAS DE LA CÉDULA DE PREGUNTAS.
F= Frecuencia; % = Porcentaje.

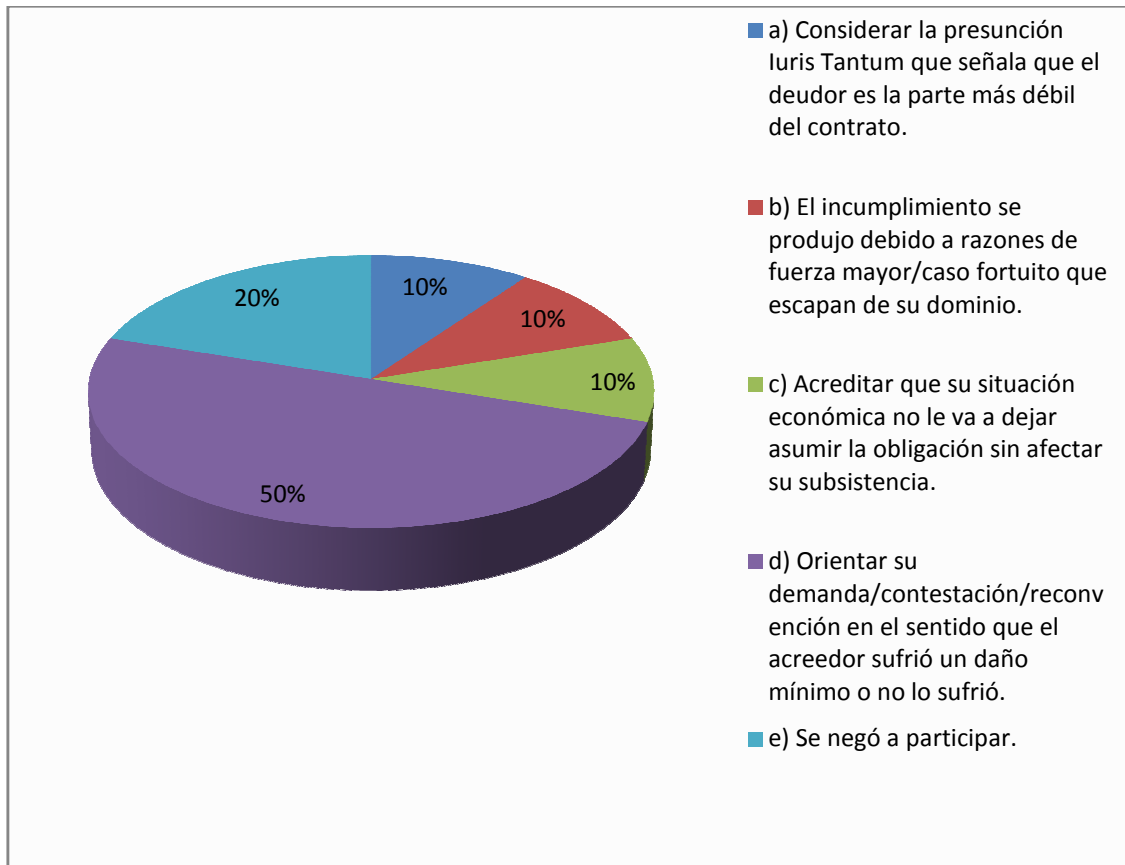
INTERPRETACIÓN.- En la tabla antes mostrada se puede apreciar el criterio asumido por los Jueces Especializados en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, al momento de valorar los medios de prueba que deberá ofrecer el deudor dentro del correspondiente proceso a fin de acreditar la existencia de una penalidad manifiestamente excesiva; de los cuales se tiene que el 10% de los encuestados considerará al momento de expedir su sentencia que el deudor resulta ser la parte más débil del contrato y por lo tanto la penalidad deberá ser declarada como manifiestamente excesiva. El 10% de los encuestados considerará la existencia de caso fortuito y/o fuerza mayor dentro del incumplimiento producido que hacen que el deudor tenga que asumir una penalidad que resulte ser manifiestamente excesiva. El 10% de los encuestados tendrá en consideración la situación económica del deudor demandado al momento de resolver, a fin de determinar si esta le permitiría asumir el pago de la penalidad pactada. El 50% de los encuestados considera que el deudor deberá de orientar sus argumentos y medios probatorios de su contestación/reconvención o demanda a acreditar que su acreedor sufrió daños menores al monto de la penalidad pactada, o que no los sufrió, producto del incumplimiento de la obligación garantizada y finalmente el 20% de los encuestados se

negó a participar respondiendo la cédula de preguntas, razón por la cual se desconoce el criterio que puedan asumir respecto a la pregunta planteada.



GRÁFICA Nº 8

PROBANZA DE LA MANIFIESTA EXCESIVIDAD DE LA PENALIDAD AL INTERIOR DEL PROCESO POR PARTE DEL DEUDOR INCUMPLIENTE.



FUENTE: ELABORACION PROPIA

INTERPRETACIÓN.- En la gráfica antes mostrada puede apreciarse que existe cierta tendencia respecto a que el deudor deberá centrarse en la postura del daño mínimo o inexistente que habría sufrido su acreedor a causa de su incumplimiento a fin que la penalidad pactada pueda ser considerada como “*manifiestamente excesiva*” por parte del juzgador, lo cual viene a conformar el 50% de las respuestas obtenidas, siendo que existen criterios dispersos que conforman el 30% de las respuestas obtenidas, los cuales se enfocan en que el deudor resulta ser la parte más débil del contrato, en la existencia de caso fortuito o fuerza mayor que motivó el incumplimiento de la obligación o valorar la situación económica del deudor al momento de resolver. En cambio el 20% de las respuestas obtenidas deben ser consideradas en blanco debido a la negativa de los encuestados a participar en la presente investigación, pues se desconoce la postura que pudieran asumir al respecto.

TABLA Nº 9

CARACTERÍSTICAS DE LA SENTENCIA QUE RESUELVA LA DEMANDA DE EJECUCIÓN DE CLÁUSULA PENAL.

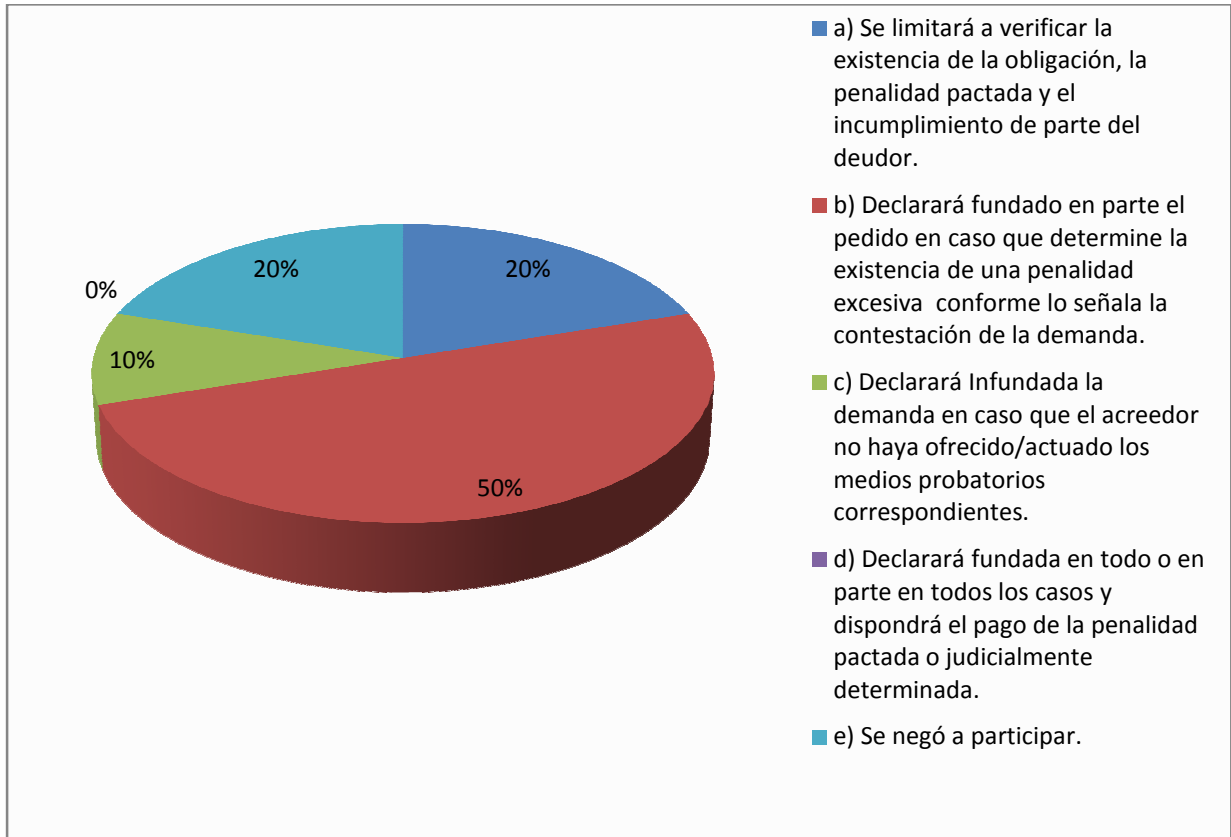
CRITERIO ASUMIDO	JUECES ESPECIALIZADOS EN LO CIVIL	
	F	%
a) Se limitará a verificar la existencia de la obligación, la penalidad pactada y el incumplimiento de parte del deudor.	2	20%
b) Declarará fundado en parte el pedido en caso que determine la existencia de una penalidad excesiva conforme lo señala la contestación de la demanda.	5	50%
c) Declarará Infundada la demanda en caso que el acreedor no haya ofrecido/actuado los medios probatorios correspondientes.	1	10%
d) Declarará fundada en todo o en parte en todos los casos y dispondrá el pago de la penalidad pactada o judicialmente determinada.	0	0%
e) Se negó a participar	2	20%
TOTAL	10	100%

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA – RESPUESTAS DE LA CÉDULA DE PREGUNTAS.
F= Frecuencia; % = Porcentaje.

INTERPRETACIÓN.- En la tabla antes mostrada se puede apreciar el criterio asumido por los Jueces Especializados en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, respecto a las características que deberán tener las sentencias que resuelvan una demanda de ejecución de cláusula penal, de los cuales se tiene que el 20% de los encuestados se limitará a verificar la existencia de la obligación garantizada, penalidad pactada y el incumplimiento de la obligación por parte del deudor. El 50% de los encuestados sostiene que se podrá declarar fundado en parte el pedido, en caso que se determine la existencia de una penalidad manifiestamente excesiva, luego de haber evaluado los argumentos señalados por el deudor en su escrito de contestación/reconvención de la demanda. El 10% de los encuestados declarará infundada la demanda en caso que el acreedor no haya cumplido con ofrecer y actuar los medios probatorios tendientes a acreditar la existencia y monto de los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento de la obligación por parte del deudor. Ninguno de los entrevistados considera que se deberá declarar fundada la demanda, de forma total o parcial en todos los casos y disponer que el deudor pague la penalidad pactada o la judicialmente determinada a favor del acreedor; y finalmente el 20% de los encuestados se negó a participar respondiendo la cédula de preguntas, razón por la cual se desconoce el criterio que puedan asumir respecto a la pregunta planteada.

GRÁFICA Nº 9

CARACTERÍSTICAS DE LA SENTENCIA QUE RESUELVA LA DEMANDA DE EJECUCIÓN DE CLÁUSULA PENAL.



FUENTE: ELABORACION PROPIA

INTERPRETACIÓN.- En la gráfica antes mostrada puede apreciarse que existe cierta tendencia, esto es un 50% de las respuestas obtenidas, respecto a que pese a que la demanda sea de ejecución de cláusula penal, esta podrá ser declarada fundada en parte en caso que el deudor manifieste su intención de que la penalidad pactada deba ser equitativamente reducida y aporte los medios probatorios correspondientes al interior del proceso. Un 20% de las respuestas obtenidas sostienen que únicamente se deberá de verificar la existencia de la obligación garantizada, la penalidad pactada y el incumplimiento de parte del deudor. Un 10% de las respuestas sugiere que se debe de declarar infundada la demanda en caso el acreedor no haya cumplido con aportar los respectivos medios probatorios al proceso. En cambio el 20% de las respuestas obtenidas deben ser consideradas en blanco debido a la negativa de los encuestados a participar en la presente investigación, pues se desconoce la postura que pudieran asumir al respecto.

TABLA Nº 10

CARACTERÍSTICAS DE LA SENTENCIA QUE RESUELVA EL PEDIDO DE REDUCCIÓN JUDICIAL DE CLÁUSULA PENAL.

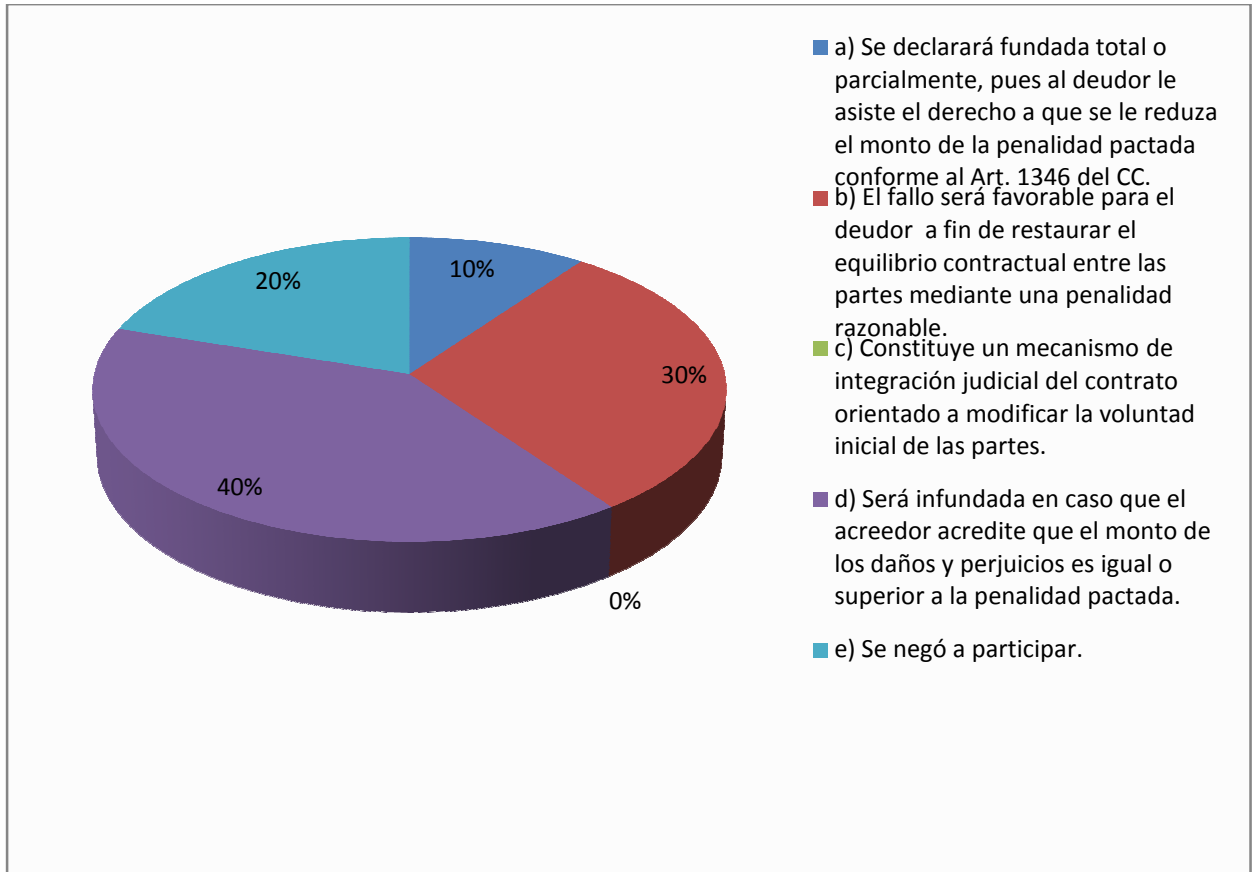
CRITERIO ASUMIDO	JUECES ESPECIALIZADOS EN LO CIVIL	
	F	%
a) Se declarará fundada total o parcialmente, pues al deudor le asiste el derecho a que se le reduzca el monto de la penalidad pactada conforme al Art. 1346 del CC.	1	10%
b) El fallo será favorable para el deudor a fin de restaurar el equilibrio contractual entre las partes mediante una penalidad razonable.	3	30%
c) Constituye un mecanismo de integración judicial del contrato orientado a modificar la voluntad inicial de las partes.	0	0%
d) Será infundada en caso que el acreedor acredite que el monto de los daños y perjuicios es igual o superior a la penalidad pactada.	4	40%
e) Se negaron a participar.	2	20%
TOTAL	10	100%

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA – RESPUESTAS DE LA CÉDULA DE PREGUNTAS.
F= Frecuencia; % = Porcentaje.

INTERPRETACIÓN.- En la tabla antes mostrada se puede apreciar el criterio asumido por los Jueces Especializados en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, respecto a las características que deben tener las sentencias que resuelvan el pedido de reducción judicial de cláusula penal, de los cuales se tiene que el 10% de los encuestados considera que dicho pedido deberá declararse fundado total o parcialmente, debido a que al deudor le asiste el derecho a que se le reduzca el monto de la penalidad pactada. El 30% de los encuestados señalan que mediante un fallo favorable hacia el deudor se restituiría el equilibrio contractual que debe existir entre las partes, el cual se manifestará mediante una penalidad razonable. Ningún encuestado considera que la acción judicial de reducción de penalidades constituye un mecanismo de integración judicial del contrato orientado a modificar la voluntad inicial de las partes. El 40% de los encuestados considera que la demanda deberá ser declarada infundada en caso que el acreedor acredite que el monto de los daños y perjuicios producidos resultase ser igual o superior al monto de la penalidad pactada y finalmente el 20% de los encuestados se negó a participar respondiendo la cédula de preguntas, razón por la cual se desconoce el criterio que puedan asumir respecto a la pregunta planteada.

GRÁFICA Nº 10

CARACTERÍSTICAS DE LA SENTENCIA QUE RESUELVA EL PEDIDO DE REDUCCIÓN JUDICIAL DE CLÁUSULA PENAL.



FUENTE: ELABORACION PROPIA

INTERPRETACIÓN.- En la gráfica antes mostrada puede apreciarse la existencia de criterios dispersos respecto a la pregunta planteada, siendo que la tendencia mayoritaria, representada por el 40 % de las respuestas obtenidas es declarar infundada la demanda en caso se acredite que el monto de los daños y perjuicios resulta ser superior a la penalidad pactada; ergo el 30% de las respuestas obtenidas considera que con su fallo se restaurará el equilibrio contractual existente entre las partes al establecer una penalidad razonable. El 10% de las respuestas señala que la demanda de reducción de penalidades será declarada fundada total o parcialmente en todos los casos, pues al deudor le asiste el derecho a que se reduzca el monto de la penalidad pactada. En cambio el 20% de las respuestas obtenidas deben ser consideradas en blanco debido a la negativa de los encuestados a participar en la presente investigación, pues se desconoce la postura que pudieran asumir al respecto.

CONCLUSIONES

PRIMERA: No existe un criterio uniforme por parte de los X Jueces Especializados en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, respecto a que sea necesario que el acreedor afectado, con el incumplimiento de la obligación garantizada por parte del deudor, tenga que probar la existencia y monto de los daños y perjuicios producto del mismo al momento de interponer su demanda solicitando la ejecución de la cláusula penal, que posteriormente dará origen al pedido de reducción judicial de cláusula penal, pese a que el artículo 1343 del Código Civil señale que la misma no resulta necesaria.

SEGUNDA: El artículo 1346 del Código Civil no exige una formalidad específica que deba observar el deudor al momento de efectuar su pedido de reducción judicial de cláusula penal; es decir podrá efectuarla como un argumento de su contestación de la demanda de ejecución de cláusula penal, como reconvencción o si lo considerase necesario incluso como una demanda independiente, la cual deberá de ser interpuesta hasta antes que el juez correspondiente expida sentencia respecto al pedido de ejecución judicial de cláusula penal, pues de interponerse con posterioridad a la misma se estaría atentando contra la cosa juzgada que exista en dicho proceso.

TERCERA: La reducción judicial de cláusulas penales está sujeta a la discrecionalidad que pueda tener el juzgador al momento de resolver un caso en concreto, por lo que se puede descartar la predictibilidad del sentido que puedan tener las resoluciones judiciales ante casos de similar materia, sea ya ante un mismo juzgado y con mayor razón de tratarse de distintos órganos jurisdiccionales, pues dicho criterio estará sujeto a variación de acuerdo al juez encargado de resolver el conflicto.

CUARTA: La reducción judicial equitativa del monto de la penalidad pactada atenta de modo abierto contra la eficacia de los acuerdos contractuales y a su vez incrementa la desconfianza social al momento de contratar, pues el acreedor no tendrá certeza del cumplimiento total y oportuno de la obligación garantizada por parte del deudor -y peor aún de la penalidad pactada- lo cual desincentiva el empleo de esta institución contractual y conlleva a su vez una recarga procesal al Poder Judicial por los litigios que se originen a raíz del incumplimiento de parte del deudor.

QUINTA: Resulta falso afirmar que al deudor le asiste el derecho a que se le reduzca el monto de la penalidad pactada en todos los casos, pues ello es una facultad conferida por Ley al juzgador y no una obligación del mismo; por lo tanto dicha decisión podrá ser favorable total o parcialmente al deudor solicitante o desfavorable al mismo, ello de acuerdo al criterio asumido por el juez al momento de emitir sentencia.

SEXTA: El ejercicio de la acción judicial de reducción de penalidades derivadas de acuerdos contractuales por parte del deudor limita la voluntad de las partes, pues tal acción implica un desconocimiento expreso de la misma y a su vez conlleva a su subrogación por parte de la decisión que emita el juez de acuerdo al caso en concreto. Por lo que la hipótesis del presente trabajo de investigación queda comprobada de manera positiva.



SUGERENCIAS

PRIMERA: En los procesos de ejecución/reducción de cláusula penal, no debería resultar exigible al acreedor que pruebe la existencia y monto de los daños y perjuicios producidos a raíz del incumplimiento del deudor, pues estos ya han sido establecidos y liquidados de modo convencional y previo mediante la correspondiente cláusula penal y con mayor razón si existe un mandato expreso contenido en el artículo 1343 del Código Civil sobre la no exigencia de tener que probar los mismos.

SEGUNDA: Los medios probatorios ofrecidos por el acreedor perjudicado debido al incumplimiento del deudor deberán estar orientados principalmente a acreditar la existencia de la obligación garantizada, la penalidad pactada y el incumplimiento por parte del deudor; en cambio el deudor deberá orientar sus medios probatorios a acreditar que su acreedor ha sufrido un daño mínimo o que simplemente no lo sufrió, a fin de lograr la correspondiente reducción judicial de la penalidad.

TERCERA: Se debería de establecer un criterio de flexibilización procesal por parte de los jueces civiles, respecto a los procesos de ejecución y reducción judicial de cláusula penal, el cual faculte a aplicar el derecho que corresponda aunque este haya sido erróneamente invocado por las partes o no lo haya sido, a fin de que sus sentencias no se vean encerradas por los parámetros establecidos por las partes de sólo disponer la ejecución o reducción de la cláusula penal, pudiendo incluso llegar a declarar la extinción de la obligación si la prestación no se ejecutara por causa no imputable al deudor.

CUARTA: Al momento de determinar la existencia de una cláusula penal manifiestamente excesiva dentro del correspondiente proceso judicial, el juzgador deberá de merituar el valor de la prestación incumplida por parte del deudor y no solamente su costo, pues se debe de tener en consideración que el acreedor ha contratado con la expectativa de obtener una ganancia producto de la prestación a cargo del deudor, lo que le provocaría una suerte de lucro cesante, el cual muchas veces es dejado de lado al sólo valorarse los daños producto del incumplimiento por parte del deudor.

QUINTA: El Poder Judicial debe de establecer un criterio uniforme a seguir por parte de los juzgadores a fin de puedan determinar cuándo se encuentran ante una “*penalidad manifiestamente excesiva*”, conforme lo establece el artículo 1346 del

Código Civil, pudiendo realizar para ello un pleno casatorio o acuerdos plenarios; pues ante la falta uniformidad de criterios y los parámetros para determinarlos, dicha determinación quedará al libre arbitrio de los juzgadores, el cual variará de persona en persona, produciendo incertidumbre a los justiciables respecto al monto que deberán pagar o percibir por concepto de cláusula penal.

SEXTA: Se debería efectuar una modificación del artículo 1346 del Código Civil, en el sentido que se suprima la causal de reducción de penalidad *“manifiestamente excesiva”*, pues la misma limita la voluntad de las partes contractuales y a su vez incentiva la superposición de la decisión del juzgador respecto a los procesos que se encuentren a su cargo. Dicha supresión dotaría de mayor fuerza a la cláusula penal e incentivaría su uso masivo al interior de los contratos; siendo que debe de subsistir únicamente la causal de *“cumplimiento parcial o irregular de la prestación”*, debido a que este habría sido aceptado por el acreedor sin estar obligado a ello y el exigir además la penalidad pactada implicaría un abuso de derecho.





PROYECTO DE LEY N°

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 1346° DEL CÓDIGO CIVIL PARA GARANTIZAR LA EFICACIA DE LAS PENALIDADES CONTRACTUALES CONVENCIONALMENTE ESTABLECIDAS.

El ciudadano Joan Augusto Cuba Quenta, identificado con DNI N° 44397547, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa, consagrado en el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, presenta el siguiente:

PROYECTO DE LEY

El Congreso de la República;

Ha dado el siguiente:

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 1346° DEL CÓDIGO CIVIL

Artículo 1°.- Modificación del artículo 1346 del Código Civil.

Modifíquese el artículo 1346 del Código Civil, en los siguientes términos:

“Artículo 1346°.- Reducción judicial de la pena.

*El juez, a solicitud del deudor, puede reducir **proporcionalmente** la pena cuando la obligación principal hubiera **sido en parte o irregularmente cumplida** y conste de forma indubitable la aceptación de la prestación por parte del acreedor...”*

Artículo 2°.- Derogatoria.

Deróguense todas las normas que se opongan a la presente Ley.

Lima,

Joan Augusto Cuba Quenta
DNI. N° 44397547

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.-

En la actualidad nuestra economía ha sufrido un reciente crecimiento debido al incremento de las actividades económicas tanto al interior como al exterior de nuestro país, razón por la cual resulta necesario que se incentive la suscripción de contratos relacionados a dicho movimiento económico, a fin de regular el mismo y garantizar su adecuado y oportuno cumplimiento.

La sociedad en su conjunto espera que los compromisos asumidos por sus miembros sean cumplidos en su totalidad, y que no abunden los compromisos sin cumplir, los cuales le ocasionan incertidumbre y malestar, pues aunque se hayan suscrito todos los contratos que fueran necesarios para tal fin, el real y estricto cumplimiento de los mismos queda a merced de las partes contractuales.

Es en mérito a lo anteriormente señalado, es que el legislador ha facultado a las partes contractuales a determinar libremente el contenido del contrato, mediante el artículo 1354 del Código Civil; ello en concordancia con lo establecido por el artículo 2, inciso 14 de nuestra Constitución; lo cual les faculta a establecer todas aquellas medidas necesarias tendientes a garantizar el cumplimiento de la obligación materia de contrato, estableciendo cláusulas que contengan una penalidad que se materialice de acuerdo a una condición suspensiva específica, vale decir ante el incumplimiento total de la obligación, cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, a fin de liquidar de manera anticipada los daños y/o perjuicios que se pudieran producir a fin de evitar de esta manera el tener que acudir ante el Poder Judicial a fin que sea el juez, al interior del correspondiente proceso quien determine y ordene el pago de los daños y/o perjuicios producidos a raíz del incumplimiento.

Pero se tiene que con la dación del artículo 1346 del Código Civil, se ha generado un conflicto de intereses, pues al parecer se estaría deshaciendo con una mano lo que se hizo con la otra, es decir se otorga a las partes cierta autonomía al momento de contratar, pero la misma se ve limitada por un dispositivo contemplado en la misma norma, razón por la cual resulta necesario el poder resolver el aparente conflicto normativo existente del modo más armonioso posible.

El presente Proyecto de Ley se presenta a fin de modificar el artículo 1346 del Código Civil, en el sentido que se suprima la causal de *“penalidad manifiestamente excesiva”* como supuesto de reducción judicial de cláusula penal, pues dicha causal crea una

laguna en nuestro ordenamiento jurídico civil, debido a que existe una ausencia de reglamentación jurídica a fin de determinar cuándo una cláusula penal resulta ser manifiestamente excesiva, siendo que para poder determinar tal característica el juzgador deberá de recurrir muchas veces a su criterio personal, el cual le hace caer en subjetividad, siendo además que dicho criterio diferirá de magistrado en magistrado lo cual producirá incertidumbre a los justiciables que acudan ante el órgano jurisdiccional a fin de solicitar la ejecución de la cláusula penal estipulada o su correspondiente reducción.

Se propone la subsistencia del precepto legal de reducción judicial de cláusulas penales, pero únicamente en el caso que existiera un “cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal”, debido a que el facultar al acreedor, que ha recibido el mismo de parte de su deudor, sin estar obligado a ello, a exigir el monto establecido mediante cláusula penal resultaría un abuso de derecho pues no se ha meritado el cumplimiento imperfecto realizado por el deudor.

La presente medida incentivará el establecimiento de salvaguardas contractuales a favor del acreedor, protegerá al deudor del abuso del derecho de parte de su acreedor, reforzará la tranquilidad social pues brindará mayor seguridad a la sociedad en su conjunto respecto al cumplimiento de los contratos y disminuirá la carga procesal que existiera en los juzgados a nivel nacional.

II. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL.-

La presente norma modifica el artículo 1346 del Código Civil, con el fin de restringir la posibilidad de que el deudor acuda ante el órgano jurisdiccional a fin que se reduzca el monto de la penalidad convencionalmente establecida amparándose en la causal de “*penalidad manifiestamente excesiva*”, dejando subsistente la causal de un “*cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal*”, ello a fin de evitar un abuso de derecho por parte del acreedor.

III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO.-

El presente proyecto de Ley no generará gasto alguno al presupuesto de la República, al contrario otorgará mayor eficacia a las penalidades contractualmente establecidas, incentivando la mayor formalización económica por medio de contratos.

BIBLIOGRAFÍA

1. **ARIAS SCHREIBER PEZET**, Máx: Luces y sombras del Código Civil, Tomo II, Studium, Lima, 1991.
2. **BARANDARIÁN**, José León: Tratado de Derecho Civil, Las Obligaciones, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
3. **BERNEDO PAREDES**, Jorge: Metodología de la Investigación – Guía de Prácticas, Arequipa, 2011.
4. **BUSTAMANTE ALCINA**, Jorge: Teoría General de la Responsabilidad Civil, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, Sexta Edición, 1987.
5. **CABANELLAS DE TORRES**, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Duodécima Edición, 1997.
6. **CABANELLAS DE TORRES**, Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1989, Tomo III.
7. **DE LA PUENTE Y LAVALLE**, Manuel: El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil, Tomo I. Segunda Edición actualizada, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.
8. **ENNECCERUS**, Ludwing, Theodor Kipp y Martin Wolff: Derecho de Obligaciones, Barcelona: Bosch, 1951, vol. I, tomo II.
9. **ESPINOZA ESPINOZA**, Juan: Acto Jurídico Negocial, Análisis doctrinario, legislativo y Jurisprudencial, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
10. **ESPINOZA ESPINOZA**, Juan: Derecho de la Responsabilidad Civil, RODHAS, Sexta Edición, 2011.
11. **FERRERO COSTA**, Raúl: Curso de Derecho de las Obligaciones, Tercera Edición, GRIJLEY, Lima 2004.
12. **HEDERMANN**, Justus Wilhelm.: Tratado de Derecho Civil, Derecho de las Obligaciones”. Volumen III, Traducción Efectuada por Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
13. **HINOSTROZA MINGUEZ**, Alberto, Derecho de las Obligaciones y pago de intereses. Doctrina, Casos Prácticos, Jurisprudencia. FECAT, Lima, 1995.
14. **MANRIQUE MÁLAGA**, Edgar Mario; **VALENCIA DE AEDO**, Eliana; Elementos de la Investigación Educativa, Arequipa, 2008.
15. **OCEANO**, Diccionario de la lengua española, Barcelona, 1997.
16. **OSPINA FERNÁNDEZ**, Guillermo: Régimen General de las Obligaciones, Sexta Edición, TEMIS, Bogotá, 1998.

17. **OSTERLING PARODI**, Felipe: Obligaciones con cláusula penal, libro homenaje a Mario Alzamora Valdez, Lima, Cuzco Editores S.A. 1998.
18. **OSTERLING PARODI**, Felipe: Las Obligaciones, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1995.
19. **OSTERLING PARODI**, Felipe; **CASTILLO FREYRE**, Mario: Compendio de Derecho de las Obligaciones, Palestra, Lima, 2008.
20. **PALACIO PIMENTEL**, Gustavo: Las Obligaciones en el Derecho Civil Peruano, SESATOR, Lima 1974.
21. **PAREDES NÚÑEZ**, Julio Ernesto: Manual para la Investigación Científica, Universidad Católica de Santa María – Escuela de Post Grado, Octava Edición, Arequipa, 2010.
22. **PAREDES NÚÑEZ**, Julio Ernesto: Manual para la Formulación del Proyecto de Tesis, Universidad Católica de Santa María – Escuela de Post Grado, Cuarta Edición, Arequipa, 2011.
23. **REVILLA PULCHA**, Arquímedes: Lecciones sobre el Acto Jurídico; Legislación Peruana General, Arequipa, 2004.
24. **RODRIGUEZ VELARDE**, Javier: Contratación Empresarial, RODHAS, Lima, 1998.
25. **SACCO**, Rodolfo y **DE NOVA**, Giorgio; “Le clausole penali e la caparra confirmatoria” tratado de diritto privato, diretto da Pietro Resagno, Volumen X, Tomo II, UTET, Torino, 1958.
26. **SOTO COAGUILA**, Carlos Alberto: La función de la cláusula penal en los contratos y la inmutabilidad de las penas convencionales. En libro homenaje a Jorge Avendaño, Tomo II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004.
27. **TABOADA CÓRDOVA**, Lizardo: *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*; GRIJLEY, Lima, 2002.
28. **TORREZ VASQUEZ**, Aníbal: Acto Jurídico, GRIJLEY, Lima, 2000.
29. **TORRES VÁSQUEZ**, Aníbal. Código Civil, Comentarios, Jurisprudencia, Concordancias, Antecedentes y Sumillas, sexta edición, IDEMSA, Lima, 2002.

HEMEROGRAFÍA

1. **ABANTO TORRES**, Jaime David: Problemas Procesales en torno a la reducción de la Cláusula Penal: Cuando la doctrina y el legislador desconfían del Juez, revista digital hechos de la Justicia (CD-ROM).
2. **ALTERINI**, Atilio Aníbal, “La mora y la teoría de costos en la economía de mercado, en diálogo con la jurisprudencia, Compendio electrónico de jurisprudencias, Gaceta Jurídica, S.A. 1999.
3. **CISNEROS ROJAS**, Amet Williams; **VASQUEZ ARRASCUE**, Andrea Pilar: La potestad del Juez de reducir la cláusula penal, actualidad jurídica, tomo 248, julio 2014, Gaceta Jurídica
4. **DAVILA SÁNCHEZ**, William. La reducción de la penalidad excesiva en el Perú ¿al fin una solución?; en Actualidad Jurídica, Tomo 151, Gaceta Jurídica, Lima, junio 2006.
5. **GUTIERREZ CAMACHO**, Walter, “Contrato y Contratación: Adiós a la santidad de los contratos”, en actualidad Jurídica, Tomo 100. Gaceta Jurídica, Abril del 2002.
6. **MESINAS MONTERO**, Federico. Reduzcamos la Cláusula penal, ¿es obligatorio hacerlo cuando la penalidad equivale al doble de la deuda?. En Dialogo con la Jurisprudencia Vol. 12, Nº 98, Lima noviembre 2006.
7. **ORTEGA LÓPEZ**, Iván: La cláusula penal en el impuesto general a las ventas y los intereses acumulables en vía de proceso ejecutivo dentro de una demanda de pago de arriendos, en Dialogo con la Jurisprudencia Nº 20, Lima, 2000.
8. **REBAZA GONZALES**, Alfonso: Desnaturalización de la cláusula penal en el Código Civil, en revista Jurídica del Perú, Año LIII Nº 42, Trujillo, enero, 2003.
9. **SOTO COAGUILA**, Carlos Alberto, “Respetemos los acuerdos contractuales: ¡No a la reducción de penalidades!”, Revista jurídica del Perú, Editora Normas Legales S.A., Año LIII, Nº 44, Marzo del 2003.
10. **TABOADA CÓRDOVA**, Lizardo: El contrato y los mecanismos jurídicos en los sistemas modernos de contratación, en Revista de la Academia de la Magistratura Nº 01, Lima, Enero 1998.

ÍNDICE DE CUADROS

TABLA Nº 1	87
NECESIDAD DE PROBAR LA EXISTENCIA Y MONTO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS POR PARTE DEL ACREEDOR AFECTADO CON EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA.	
TABLA Nº 2	889
ORIENTACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS DENTRO DEL PROCESO, RESPECTO A LA EXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA, ESTIPULACIÓN Y ACEPTACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL Y DEL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL DEUDOR.	
TABLA Nº 3	91
IMPORTANCIA DE LA CONSTITUCIÓN EN MORA AL DEUDOR MEDIANTE COMUNICACIÓN DE FECHA CIERTA COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION JUDICIAL DE EJECUCIÓN DE CLÁUSULA PENAL.	
TABLA Nº 4	93
IMPORTANCIA DEL RECONOCIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA, PENALIDAD PACTADA E INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL DEUDOR DENTRO DEL PROCESO JUDICIAL DE EJECUCIÓN/REDUCCIÓN DE CLÁUSULAS PENALES.	
TABLA Nº 5	96
POSTURA DE LA PENALIDAD MANIFIESTAMENTE EXCESIVA, PEDIDO DE SU REDUCCIÓN POR PARTE DEL DEUDOR Y TRATAMIENTO POR PARTE DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL.	
TABLA Nº 6	98
VALORACIÓN JUDICIAL DE LAS RAZONES QUE INFLUYERON EN EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA POR PARTE DEL DEUDOR Y LA OBSERVANCIA DE LA DEBIDA DILIGENCIA AL MOMENTO DE RESOLVER EL PEDIDO DE REDUCCIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL.	
TABLA Nº 7	101
DETERMINACIÓN POR PARTE DEL JUZGADOR DE LA EXISTENCIA DE UNA PENALIDAD MANIFIESTAMENTE EXCESIVA DENTRO DEL CORRESPONDIENTE PROCESO DE REDUCCIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL.	

TABLA Nº 8 103
PROBANZA DE LA MANIFIESTA EXCESIVIDAD DE LA PENALIDAD AL INTERIOR
DEL PROCESO POR PARTE DEL DEUDOR INCUMPLIENTE.

TABLA Nº 9 106
CARACTERÍSTICAS DE LA SENTENCIA QUE RESUELVA LA DEMANDA DE
EJECUCIÓN DE CLÁUSULA PENAL.

TABLA Nº 10 108
CARACTERÍSTICAS DE LA SENTENCIA QUE RESUELVA EL PEDIDO DE
REDUCCIÓN JUDICIAL DE CLÁUSULA PENAL.



ÍNDICE DE GRÁFICAS

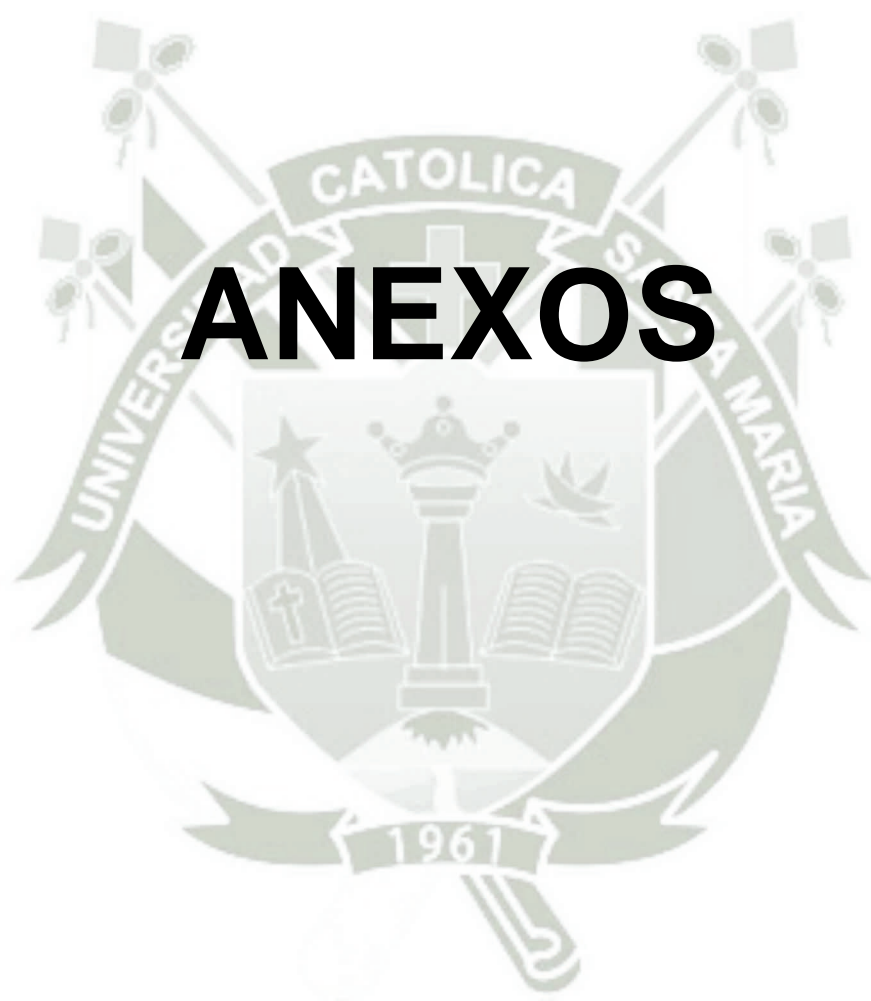
GRÁFICA Nº 1	88
NECESIDAD DE PROBAR LA EXISTENCIA Y MONTO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS POR PARTE DEL ACREEDOR AFECTADO CON EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA.	
GRÁFICA Nº 2	90
ORIENTACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS DENTRO DEL PROCESO, RESPECTO A LA EXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA, ESTIPULACIÓN Y ACEPTACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL Y DEL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL DEUDOR.	
GRÁFICA Nº 3	92
IMPORTANCIA DE LA CONSTITUCIÓN EN MORA AL DEUDOR MEDIANTE COMUNICACIÓN DE FECHA CIERTA COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION JUDICIAL DE EJECUCIÓN DE CLÁUSULA PENAL.	
GRÁFICA Nº 4	95
IMPORTANCIA DEL RECONOCIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA, PENALIDAD PACTADA E INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL DEUDOR DENTRO DEL PROCESO JUDICIAL DE EJECUCIÓN/REDUCCIÓN DE CLÁUSULAS PENALES.	
GRÁFICA Nº 5	97
POSTURA DE LA PENALIDAD MANIFIESTAMENTE EXCESIVA, PEDIDO DE SU REDUCCIÓN POR PARTE DEL DEUDOR Y TRATAMIENTO POR PARTE DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL.	
GRÁFICA Nº 6	100
VALORACIÓN JUDICIAL DE LAS RAZONES QUE INFLUYERON EN EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA POR PARTE DEL DEUDOR Y LA OBSERVANCIA DE LA DEBIDA DILIGENCIA AL MOMENTO DE RESOLVER EL PEDIDO DE REDUCCIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL.	
GRÁFICA Nº 7	101
DETERMINACIÓN POR PARTE DEL JUZGADOR DE LA EXISTENCIA DE UNA PENALIDAD MANIFIESTAMENTE EXCESIVA DENTRO DEL CORRESPONDIENTE PROCESO DE REDUCCIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL.	

GRÁFICA Nº 8..... 105
PROBANZA DE LA MANIFIESTA EXCESIVIDAD DE LA PENALIDAD AL INTERIOR
DEL PROCESO POR PARTE DEL DEUDOR INCUMPLIENTE.

GRÁFICA Nº 9..... 107
CARACTERÍSTICAS DE LA SENTENCIA QUE RESUELVA LA DEMANDA DE
EJECUCIÓN DE CLÁUSULA PENAL.

GRÁFICA Nº 10..... 109
CARACTERÍSTICAS DE LA SENTENCIA QUE RESUELVA EL PEDIDO DE
REDUCCIÓN JUDICIAL DE CLÁUSULA PENAL.





ANEXOS

ANEXO Nº 01

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
ESCUELA DE POST GRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL



LIMITACIONES A LA VOLUNTAD DE LAS PARTES ANTE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN JUDICIAL DE REDUCCIÓN DE PENALIDADES DERIVADAS DE LOS ACUERDOS CONTRACTUALES SEGÚN EL CRITERIO ASUMIDO POR LOS JUECES ESPECIALIZADOS EN LO CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA, 2016

Proyecto de Tesis presentado por el Bachiller:

JOAN AUGUSTO CUBA QUENTA

Para optar el Grado Académico de:

MAGÍSTER EN DERECHO CIVIL

AREQUIPA - PERÚ

2016

I. PREÁMBULO.-

En la actualidad es muy común que las personas, por diversos motivos, incumplan las obligaciones que han asumido con otras, por lo cual surge una serie de conflictos a raíz de ese evento producido; siendo que los mismos podrían ser regulados y hasta incluso delimitados por las partes intervinientes a fin de evitar verse inmersos en un proceso judicial que les va a tomar más tiempo que el originalmente pactado para el cumplimiento de la obligación, e incluso les significaría un mayor costo que el tener que cumplir la obligación para el deudor o asumir la pérdida producida para el acreedor.

Nuestro Código Civil ha previsto tal circunstancia en su artículo 1341, a fin que tanto acreedor y deudor, de manera libre y concertada puedan regular de modo anticipado cómo actuar ante una posible falta de cumplimiento; pero teniendo en consideración nuestro contexto socio cultural, se puede apreciar que las personas que no están acostumbradas a cumplir con sus obligaciones, difícilmente lo harán respecto a la penalidad pactada en caso de incumplimiento, pues si no tomaron las previsiones del caso a fin de dar cumplimiento a la obligación principal, mucho menos lo harán con la penalidad que garantiza el cumplimiento de la misma o la sustituye.

Dentro de mi breve desempeño profesional como abogado, he podido observar ambas caras de la moneda respecto a tal circunstancia, por un lado el deudor que hasta incluso se molesta y ofiende por los requerimientos que le hace su acreedor y por el otro el acreedor que pretende beneficiarse con el cumplimiento parcial efectuado por su deudor y a la vez exigir el cumplimiento del íntegro de la penalidad convencionalmente establecida, por lo que resulta necesario el abordar dicha circunstancia de la mejor manera posible y sugerir una solución equitativa para las partes.

Resulta innegable el aseverar que tales circunstancias no vayan a desembocar en un posible litigio, por lo que correspondería tanto al legislador, así como al juzgador otorgarle a la acción judicial de reducción de penalidad, contemplada en el Art. 1346 de nuestro Código Civil un carácter excepcional, a fin de garantizar el cabal cumplimiento de los contratos, el orden público y la no limitación a la libre voluntad de las partes que le asiste a los contratantes.

II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO.-

1) PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.-

1.1. ENUNCIADO.-

LIMITACIONES A LA VOLUNTAD DE LAS PARTES ANTE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN JUDICIAL DE REDUCCIÓN DE PENALIDADES DERIVADAS DE LOS ACUERDOS CONTRACTUALES SEGÚN EL CRITERIO ASUMIDO POR LOS JUECES ESPECIALIZADOS EN LO CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA, 2016.

1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.-

1.2.1. CAMPO, ÁREA Y LÍNEA DE INVESTIGACIÓN.-

- ❖ CAMPO : Ciencias Jurídicas.
- ❖ ÁREA : Derecho Civil – Derecho Privado.
- ❖ LÍNEA : Derecho de las obligaciones.

1.2.2. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES.-

VARIABLE	INDICADORES	SUB INDICADORES
<p>VARIABLE INDEPENDIENTE:</p> <p>LIMITACIONES A LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.</p> <p>La misma que puede ser modificada de modo equitativo por disposición jurisdiccional a pedido de la parte aparentemente perjudicada.</p>	<p>La voluntad de las partes no es absoluta, pues existen limitaciones de carácter legal, orden público y las buenas costumbres.</p> <p>Concepto de voluntad de las partes</p> <p>Autonomía de la voluntad de las partes.</p> <p>Declaración de voluntad.</p> <p>El silencio.</p> <p>Los hechos concluyentes.</p> <p>Principios contractuales.</p> <p>Incumplimiento de los</p>	<p>Nos describen en concreto las formas como puede expresarse la voluntad de las partes, así como las limitaciones que existen al respecto.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Autonomía privada. - Declaración de voluntad recepticia. - Declaración de voluntad imperfecta. - Autonomía Privada o autonomía de la voluntad. - Consensualismo. - Buena fe contractual. - Pacta Sunt servanda.

	<p>acuerdos contractuales.</p> <p>Supuestos legales que permiten la revisión de los contratos.</p> <p>Revisión de los contratos por parte de un tercero no interviniente</p> <p>Limitaciones a la voluntad de las partes.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Lesión. - Desaparición de la base del negocio. - Cláusulas predispuestas abusivas. - Modificación por parte del Estado. - Revisión judicial del contrato. - Orden público. - Normas imperativas. - Buenas costumbres.
<p>VARIABLE DEPENDIENTE:</p> <p>EJERCICIO DE LA ACCIÓN JUDICIAL DE REDUCCIÓN DE PENALIDADES DERIVADAS DE LOS ACUERDOS CONTRACTUALES.</p> <p>Facultad concedida mediante el Art. 1346 del Código Civil, a fin que el deudor que se considere perjudicado pueda requerir al juzgador la reducción equitativa de penalidad contractualmente establecida, en caso esta resulte ser manifiestamente excesiva o exista cumplimiento parcial o irregular de la obligación.</p>	<p>El deudor puede recurrir ante el órgano jurisdiccional a fin que se le reduzca equitativamente el monto de la penalidad pactada.</p> <p>Probanza de daños y perjuicios por parte del acreedor.</p> <p>Pertinencia y utilidad de los medios probatorios ofrecidos dentro del proceso.</p> <p>Exigibilidad de la constitución en mora al deudor.</p> <p>Reconocimiento de los hechos de la demanda por parte del deudor.</p> <p>Postura de la penalidad manifiestamente excesiva como medio de defensa del deudor.</p> <p>Razones que influyeron en el incumplimiento del deudor.</p> <p>Incumplimiento del deudor y</p>	<p>Nos detallan las funciones que puede tener la cláusula penal, sus requisitos, así como el procedimiento ante el órgano jurisdiccional a fin de lograr su reducción.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Carga de la prueba dentro del proceso judicial de ejecución/reducción de penalidad. - Acreditar la validez de la obligación principal y de la penalidad estipulada. - Incumplimiento por parte del deudor y su constitución en mora. - Fundamentos de contestación de la demanda. - Grado de proporción existente entre el monto de la penalidad y la prestación incumplida. - Caso fortuito y/o fuerza mayor. - Causas que excluyen

	<p>la debida diligencia.</p> <p>Determinación de la existencia de una penalidad manifiestamente excesiva.</p> <p>Probanza de la penalidad manifiestamente excesiva.</p> <p>Sentencia que resuelve la demanda de ejecución de cláusula penal.</p> <p>Sentencia que resuelve la demanda de reducción judicial de cláusula penal.</p>	<p>la responsabilidad del deudor.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Criterio objetivo / subjetivo del juzgador. - Desproporción entre el valor de la penalidad y de la obligación. - Ejecutabilidad de los acuerdos contractuales. - La potestad del Juez de reducir la clausula penal.
--	--	--

1.2.3. INTERROGANTES.-

- 1) ¿Cuáles son las limitaciones a la voluntad de las partes derivadas de los acuerdos contractuales existentes en nuestro ordenamiento jurídico civil?.
- 2) ¿Cómo el ejercicio de la acción judicial de reducción de penalidades limita la voluntad de las partes derivadas de los acuerdos contractuales?.
- 3) ¿De qué manera se puede limitar la voluntad de las partes mediante el ejercicio de la acción judicial de reducción de penalidades, derivadas de acuerdos contractuales, según el criterio asumido por los Jueces especializados en lo civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa?.

1.2.4. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN.-

- ❖ Tipo : Documental.
- ❖ Nivel : Explicativo.

1.3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.-

Resulta conveniente llevar a cabo la presente investigación debido a la existencia de un aparente conflicto normativo, que por un lado faculta a las partes contratantes a establecer libremente el contenido de sus acuerdos -lo que se materializa mediante el establecimiento de una cláusula penal- y por otro lado al deudor incumpliente que considere la penalidad que él mismo aceptó dentro del contrato, como manifiestamente excesiva, a acudir ante el Poder Judicial a fin que el juzgador la reduzca equitativamente; por lo que se proponen modificaciones al Art. 1346 del Código Civil, tendientes a dilucidar dicho conflicto, logrando de esta manera el respeto de los acuerdos contractuales y el desarrollo del valor responsabilidad por parte del colectivo social.

La presente investigación tiene relevancia científica al proponer una posible solución al aparente conflicto existente entre la libertad contractual y la norma que faculta al deudor a recurrir ante el órgano jurisdiccional a fin que reduzca de manera equitativa la penalidad pactada, aportando de esta manera nuevos conocimientos al derecho de las obligaciones y contractual.

La relevancia humana del presente trabajo de investigación consiste en lograr reforzar el cumplimiento de las obligaciones asumidas mediante contratos, consolidando su eficacia y garantizando una mayor seguridad jurídica respecto a las personas que han optado por asegurar el cumplimiento de una obligación con una penalidad convencional a fin de lograr la satisfacción de sus expectativas dentro de un lapso de tiempo adecuado y a su vez sin mayores costos que los que resulten estrictamente necesarios para su celebración y ejecución.

Como relevancia contemporánea se tiene que luego de efectuado el análisis correspondiente y modificando las causales que facultan al deudor a poder acceder a la reducción judicial de la cláusula penal se lograría el cumplimiento del contrato y/o la cláusula penal en sus propios términos (seguridad jurídica), lográndose únicamente la reducción judicial cuando haya existido un cumplimiento parcial o tardío por parte del deudor y el cual hubiera sido aceptado por el acreedor.

La presente investigación es importante porque pretende otorgarle a la solicitud de reducción judicial de cláusulas penales un nuevo enfoque al delimitar de manera estricta los supuestos en los cuales resultaría procedente e incluso fundado dicho pedido, logrando de esta manera una mayor eficacia de los acuerdos contractuales y una menor posibilidad de su incumplimiento.

2. MARCO CONCEPTUAL.-

2.1. CONCEPTO DE VOLUNTAD DE LAS PARTES.-

El vocablo *voluntad* proviene del latín *voluntas/atís*, el cual semánticamente se define como la “*potencia del alma, que mueve a hacer o no hacer una cosa...*”¹. Dentro del ámbito del Derecho se tiene que la voluntad es la “*fuerza principal del negocio jurídico*”, pues viene a ser una expresión común entre el acreedor y el deudor para lograr una mutua satisfacción de intereses mediante la generación de un nexo o vínculo entre ellos.

Al respecto, Espinoza Espinoza² citando a Giacomo Venezian, define a la voluntad como: “*La posibilidad consiente de producción de efectos...*”; La voluntad humana se caracteriza por tener un proceso mental previo, que se materializa en una decisión exteriorizada, denominada como “*declaración de la voluntad*”. El profesor Taboada Córdova³ hace una distinción entre la voluntad declarada, la cual es el contenido de la declaración de la voluntad y la voluntad de declarar, que se compone de la voluntad de realizar la conducta y del conocimiento de que se está declarando la voluntad; todo ello para poder diferenciar el momento volitivo del decisivo.

Así mismo la voluntad posee elementos constitutivos, los cuales el profesor Revilla Pulcha⁴ los describe como “*La aptitud para comprender el significado de la actividad que se realiza; el deseo o razón que mueve a una persona a realizar o no, la posibilidad de poder realizar o no y la exteriorización de esa voluntad en actos positivos y negativos que puedan ser expresos o tácitos...*”.

2.2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.-

La autonomía de la voluntad es un principio fundamental que otorga a las partes la posibilidad de contratar o no; el poder fijar las condiciones del contrato y/o modificar el mismo conforme a sus intereses, escogiendo las normas que mejor les convengan y rechazando las que no, así como de manera excepcional el poder establecer la

¹ OCEANO: *Diccionario de la lengua española*, Barcelona, 1997, pág. 782.

² ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *Acto Jurídico Negocia: Análisis doctrinario, legislativo y Jurisprudencial*, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, pág. 49.

³ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo: *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*; GRIJLEY, Lima, 2002, pág. 150 - 151.

⁴ REVILLA PULCHA, Arquímedes: *Lecciones sobre el Acto Jurídico*; Legislación Peruana General, Arequipa, 2004, pág. 23 – 24.

respectiva formalidad. Al respecto Hedermann⁵ señala que “Los contratantes promulgan su Ley, pues por esta causa se dice que en esta materia predomina la autonomía privada...”.

2.3. LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD.-

Consiste en la exteriorización de la voluntad, en hacer conocible lo que interiormente se quiere mediante signos “*inequívocos y sensibles*”, convencionalmente admitidos por la sociedad. El artículo 141 del Código Civil establece que la manifestación de voluntad “...es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo...”.

De requerir del conocimiento del destinatario, dicha declaración de voluntad tendrá el carácter de recepticia, condicionándose su existencia y/o efectos hasta dicho momento; en cambio de tratarse de voluntad viciada, la cual engloba a los supuestos de la reserva mental, la declaración “*iocanti gratia*” o formulada en broma, el negocio simulado y los vicios de voluntad señalados por nuestro ordenamiento jurídico civil tales como el dolo, error, violencia o intimidación, estaremos ante una declaración de voluntad imperfecta.

2.4. EL CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES.-

Se configura con el simple acuerdo de voluntades, el cual es suficiente para perfeccionar un contrato. Para Rodríguez Velarde⁶ viene a ser “*el resultado de la integración armoniosa y conjunta de las declaraciones de voluntad de las partes...*”, por lo cual se tiene que las voluntades parciales de las partes contratantes se suman, para dar lugar a una nueva forma de voluntad denominada como “*voluntad contractual*”, la cual está orientada a producir los efectos jurídicos deseados por las partes. Así mismo se tiene que el consentimiento de las partes constituye el “*elemento perfeccionador*” del contrato, conforme a lo establecido por el artículo 1352 del Código Civil.

⁵ HEDERMANN, Justus Wilhelm.: *Tratado de Derecho Civil, Derecho de las Obligaciones*. Volumen III; Traducción Efectuada por Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 63.

⁶ RODRIGUEZ VELARDE, Javier: *Contratación Empresarial*, RODHAS, Lima, 1998, pág. 41.

2.5. EL SILENCIO DENTRO DE LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD.-

El silencio suele ser definido como un comportamiento omisivo, el cual puede tener las consecuencias jurídicas de una declaración de voluntad si la Ley o la autonomía privada así lo predeterminan, conforme lo señala el artículo 142 del Código Civil.

2.6. LOS HECHOS CONCLUYENTES.-

Son actos autónomos y autosuficientes, es decir que por sí solos producen determinados efectos jurídicos, debido a que un determinado modo de comportarse, puede adquirir en el ambiente social en que se produce, el significado y valor de una declaración de voluntad. Un hecho puede ser declarado como concluyente en cuanto impone una conclusión es decir, *“una deducción lógica que no está fundada sobre la conciencia del agente...”*.

Al respecto el artículo 141 del Código Civil señala que *“no puede considerarse que existe manifestación tácita cuando el agente formula reserva o declaración en contrario”*. Si es que no se quiere que el acto concluyente produzca efectos jurídicos, la persona que los realiza tiene la obligación de formular reserva, conocida también como *“protesta o protestatio”* es decir efectuar la aclaración correspondiente.

2.7. LIMITES A LA AUTONOMÍA PRIVADA.-

Dicha autonomía no reviste un carácter absoluto, pues conforme se tiene de el artículo V del Título Preliminar de nuestro Código Civil, la voluntad privada encuentra sus límites dentro de:

2.7.1. ORDEN PÚBLICO.-

Son los fundamentos sobre los cuales se basa el ordenamiento jurídico de un Estado, los cuales pueden ser de carácter social, económico y moral.

2.7.2. NORMAS IMPERATIVAS.-

Son normas orientadas a permitir o prohibir un determinado comportamiento dentro de la sociedad, las expide el Estado acorde a sus facultades atribuidas mediante el *“Ius Inoerium”* que le asiste como tal.

2.7.3. BUENAS COSTUMBRES.-

Son un principio de carácter moral aplicable en un contexto social y temporal; están basadas en la opinión común de las personas y en función al lugar donde se produzcan y tienden a ser dinámicas en el tiempo.

2.8. LOS ACUERDOS CONTRACTUALES.-

Son un acuerdo de dos o más partes, las cuales tienen un interés jurídico patrimonial orientado a crear, regular, modificar o extinguir obligaciones. El doctor Javier Rodríguez Velarde⁷ señala que: *“El contrato es un acto jurídico plurilateral y patrimonial y que la falta de estos dos elementos determinaría la invalidez del contrato como tal...”*, siendo que de modo complementario Guillermo Cabanellas de Torres⁸, al definirlo señala que: *“La convención [...], es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico; y el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones...”*.

2.9. ELEMENTOS DEL CONTRATO.-

Dentro de los elementos que conforman el contrato, tenemos:

2.9.1. ACUERDO DE VOLUNTADES.-

Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, amparado tanto por la libertad de contratar y la libertad de contratación.

Se tiene a sí mismo que conforme lo señala el profesor Rodríguez Velarde⁹ *“el acuerdo de voluntades requiere que ambas deben ser recíprocas, coincidentes y simultáneas, porque el contrato se perfecciona con el consentimiento de las partes...”*.

2.9.2. PLURALIDAD DE SUJETOS.-

Lo correcto sería decir *“pluralidad de partes”*, debido a que varios sujetos pueden conformar una sola parte contractual; gran parte de la doctrina señala que el contrato es un acto jurídico bi o plurilateral.

⁷ RODRIGUEZ VELARDE, Javier: Óp. Cit., pág. 16.

⁸ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Duodécima Edición, 1997, pág. 92.

⁹ RODRIGUEZ VELARDE, Javier: Op. Cit., pág. 20

2.9.3. CONSECUENCIA JURÍDICA.-

Es la creación, modificación, regulación o extinción de actos jurídicos de naturaleza patrimonial.

2.10. PRINCIPIOS CONTRACTUALES.-

Dentro de los principios que rigen el Derecho contractual tenemos:

2.10.1. AUTONOMÍA PRIVADA O AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.-

La autonomía privada consiste en el poder, reconocido por Ley, que tienen las personas para regular sus intereses, así como la libertad de determinar libremente el contenido del contrato que deseen suscribir.

2.10.2. CONSENSUALISMO.-

El contrato se forma por el sólo consentimiento de las partes, el cual da lugar al nacimiento de una voluntad común; así como el poder optar, al momento de la celebración, por el tipo de contrato y la formalidad que mejor les convenga.

2.10.3. BUENA FE CONTRACTUAL.-

Las partes deben comportarse con lealtad y honestidad entre sí, debido a la existencia de un deber auto impuesto proveniente de la relación contractual existente.

2.10.4. OBLIGATORIEDAD DEL CONTRATO O PACTA SUNT SERVANDA.-

Dicho principio otorga seguridad jurídica a las partes y al tráfico patrimonial. El Artículo 1361 del Código Civil, establece *“la obligatoriedad de los contratos en cuanto se haya expresado en ellos...”*.

Soto Coaguila¹⁰ realiza una distinción entre los efectos del contrato y la fuerza de Ley señalando que dichas categorías jurídicas son distintas y que la expresión *“fuerza de Ley”* tiene una finalidad de carácter retórica, De la Puente y Lavalle¹¹ detalla las diferencias existentes entre los efectos del contrato y la

¹⁰SOTO COAGUILA, Carlos Alberto: *El pacta Sunt Servanda y la revisión del contrato*, obtenido de <http://www.jusdem.org.pe/webhechos/N010/elpactasun.pdf> 02/09/15 10:31 a.m., pág. 05.

¹¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel: *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil*, Tomo I. Segunda Edición actualizada, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, pág. 311.

Ley, siendo que el contrato reglamenta una situación jurídica particular, la cual sólo produce efectos entre las partes, y la Ley determina un mandato, prohibición o permisión de carácter general y abstracto para todas las personas que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación.

El principio contractual del *pacta sunt servanda*, tiene como consecuencia directa la intangibilidad del contrato, es decir que este no pueda ser modificado o dejado sin efecto una vez que se ha celebrado, salvo mediante un nuevo acuerdo de las partes.

2.11. EFECTOS DE LOS CONTRATOS.-

Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, excepto al tratarse de derechos y obligaciones no transmisibles o *intuito personae*.

2.12. EFECTOS RELATIVOS DEL CONTRATO.-

El contenido del contrato y las obligaciones que emanen del mismo afectan única y exclusivamente a los celebrantes del mismo.

2.13. OBJETO DE LOS CONTRATOS.-

El objeto de los contratos consiste en “*crear, regular, modificar o extinguir obligaciones...*”, siendo una fuente creadora de obligaciones de dar, hacer y no hacer.

2.13.1. CREACIÓN DE UNA RELACIÓN JURÍDICA.-

Que no sea contraria a norma legal de carácter imperativo, pudiendo las partes emplear para tal fin los contratos establecidos en nuestro Código Civil, o incluso crear uno nuevo.

2.13.2. REGULACIÓN DE UNA RELACIÓN JURÍDICA.-

Son las precisiones que hacen las partes contractuales de la relación jurídica que han asumido, es decir la “*interpretación que se haga de la relación contractual*”.

2.13.3. MODIFICACIÓN DE UNA RELACIÓN JURÍDICA.-

Consiste en cambiar los términos de la relación jurídica contractual existente, lo cual a su vez conlleva un cambio de las condiciones (estipulación) u obligaciones existentes.

2.13.4. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICA.-

Se produce cuando las partes han decidido poner término al contrato antes de su vencimiento, es decir la voluntad expresa de ambas partes de dar fin a la relación contractual que esté vigente.

Conforme señala Rodríguez Velarde¹², *“El distracto sólo puede tener lugar para poner fin a una relación jurídica cuyas prestaciones aún no han sido ejecutadas, o cuya ejecución sea de naturaleza continua o periódica...”*.

2.14. LICITUD DE LA OBLIGACIÓN CONTENIDA EN LOS CONTRATOS.-

El artículo 1403 de nuestro Código Civil preceptúa que *“la obligación que es objeto del contrato debe ser lícita”*, es decir conforme al ordenamiento legal; así mismo la prestación necesita ser posible tanto física como jurídicamente.

2.15. FORMA DE LOS CONTRATOS.-

Debe entenderse a la forma de los contratos en sentido amplio como *“el medio por el que se exterioriza la declaración de la voluntad...”*, para muchos contratos la forma no constituye un presupuesto necesario para su validez y eficacia sino un plus que se otorga a los mismos; si las partes han convenido previamente el seguir una determinada forma para un contrato se presume que la misma ha sido escogida para determinar la validez del acto. Dentro de las formas que establece la ley, los contratos pueden adoptar las siguientes formas:

2.15.1. CONTRATOS LEGALES.-

Existe obligatoriedad de que se celebren por escrito, algunos pueden tener como formalidad adicional el tener que elevarse a escritura pública, bajo la correspondiente sanción de nulidad.

2.15.2. CONTRATOS CONVENCIONALES.-

Son aquellos en los que *“la forma que las partes convienen adoptar es un requisito indispensable para su validez...”*.

¹² RODRIGUEZ VELARDE, Javier: Óp. Cit., pág. 34.

2.16. INCUMPLIMIENTO DE LOS ACUERDOS CONTRACTUALES.-

La finalidad de todo acuerdo contractual consiste en el cumplimiento del compromiso asumido, debe entenderse al incumplimiento en su sentido amplio, es decir no solamente el incumplimiento absoluto de la obligación, sino además el cumplimiento parcial, el excesivo, anticipado, tardío y defectuoso del mismo.

2.17. SUPUESTOS EN LOS CUALES EL INCUMPLIMIENTO NO RESULTA ATRIBUIBLE AL DEUDOR.-

La causalidad es un factor de atribución de la responsabilidad civil, el cual consiste en la relación que debe existir entre el hecho o la omisión producida y los daños y perjuicios resultantes; su presencia determina la exigibilidad de las consecuencias del incumplimiento al deudor.

Existen circunstancias en las cuales no sería posible asignar responsabilidad por los daños y/o perjuicios que se originen al deudor incumpliente, como a continuación se detallan:

2.17.1. INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR Y LA DILIGENCIA ORDINARIA.-

El deudor emplea la debida diligencia y a pesar de ello deja de cumplir con la obligación, se aprecia en tal circunstancia la ruptura del nexo causal. El artículo 1314 del Código Civil señala que *“no le es imputable la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso a quién actúa con la debida diligencia...”*; por lo que el actuar con la diligencia ordinaria constituye una circunstancia exoneratoria de responsabilidad civil.

Para Cabanellas¹³ *“La diligencia se erige en la clave de la observancia de las obligaciones legales y aún voluntarias y determina en su declinación o falta, la calibración de la culpa...”*; Al respecto Osterling Parodi y Castillo Freyre¹⁴ señalan que: *“en caso de ausencia de culpa, el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o fuerza mayor... simplemente está*

¹³ CABANELLAS, Guillermo: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1989, Tomo III, pág. 253.

¹⁴ OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario: *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Palestra, Lima, 2008, pág. 819.

obligado a probar que prestó la diligencia que exigía la naturaleza de la obligación...”; en los demás casos el deudor responderá por la indemnización de daños y perjuicios a que hubiere lugar.

2.17.2. CASO FORTUITO Y/O FUERZA MAYOR.-

Tales circunstancias inciden en el incumplimiento del deudor, por la imposición de un hecho ajeno a su voluntad. El artículo 1315 del Código Civil define al caso fortuito o fuerza mayor, precisando que es una causa no imputable, *“consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso...”*.

Para poder catalogar un hecho como caso fortuito o fuerza mayor, este debe poseer ciertas características en lo concerniente a la realización del acontecimiento, tales como que este se haya producido en el momento en que le correspondía al deudor cumplir con la prestación, sea fuera de lo común, supere o exceda la aptitud normal de previsión del deudor en la relación contractual, el deudor resulte impotente al tratar de evitarlo, se haya producido de modo posterior al nacimiento de la obligación.

Así mismo deberá verificarse que el deudor se hubiera abstenido de realizar actividades cuyo resultado pueda influir en el cumplimiento de la obligación, pues ello denotaría una actitud negligente y por último que exista una conexión causal entre el evento producido y la inejecución del contrato; el impedimento debe de ser de carácter absoluto.

2.18. INCUMPLIMIENTO, CUMPLIMIENTO PARCIAL, TARDÍO O DEFECTUOSO POR CAUSA NO IMPUTABLE AL DEUDOR.-

Nuestro Código Civil en sus artículos 1316 y 1317 señala los supuestos de extinción de la obligación por causa no imputable al deudor, precisando que respecto a la ejecución parcial, esta pueda extinguirse en el caso que la misma no fuese útil para el acreedor, o este no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación o su incumplimiento por causas que no le resulten imputables.

2.19. SUPUESTOS EN QUE EL INCUMPLIMIENTO RESULTA IMPUTABLE AL DEUDOR.-

Dentro de los supuestos establecidos en nuestro ordenamiento jurídico civil, mediante los cuales se pueda atribuir responsabilidad al deudor, tenemos:

2.19.1. DOLO.-

Consiste en la intención con la cual ha actuado el deudor a fin de inejecutar la prestación debida, tiene como característica la presencia de mala fe dentro de la realización u omisión de un acto y se compone de la acción positiva de incumplir y el *animus nocendi* o la intención de causar daño.

2.19.2. CULPA.-

Consiste en la omisión de aquella diligencia que exigía la naturaleza de la obligación. Debe de entenderse como aquella *“falta, voluntaria o involuntaria, que causa un mal a otro”*. Respecto a la valoración judicial de la culpa y la responsabilidad que acarrea la misma puede ser regulada, pero nunca excluida por el juzgador. Como tipos de culpa tenemos a la culpa leve y la culpa inexcusable.

2.19.3. NEGLIGENCIA.-

Consiste en la omisión de diligencia o cuidado que debe ponerse en el actuar diario de cada persona.

2.20. SUPUESTOS PREVISTOS POR LA LEY QUE PERMITEN LA REVISIÓN DEL CONTRATO.-

Existen supuestos legalmente establecidos, los cuales permiten la revisión de los contratos, ante una circunstancia en concreto, por parte de un tercero, las cuales son:

2.20.1. LESIÓN.-

Consiste en el aprovechamiento de un estado de necesidad apremiante basado en la desproporción existente entre la prestación y contraprestación, la cual debe *“ser mayor a las 2/5 partes”*. Ante tal circunstancia el lesionado puede solicitar la rescisión del contrato o ejercitar la acción de reajuste.

2.20.2. DESAPARICIÓN DE LA BASE DEL NEGOCIO.-

La cual es una representación mental que ha influido notablemente en la motivación del negocio y en circunstancias cuya existencia o persistencia presuponen debidamente al contrato. Dentro de esta categoría tenemos la excesiva onerosidad de la prestación, que consiste en la ruptura del equilibrio contractual en la ejecución de la prestación, siendo que la parte perjudicada puede solicitar la revisión del contrato, para que el juez reduzca su prestación o aumente la contraprestación; y la frustración del fin del contrato, que consiste en que pese a que sea posible cumplir con la prestación, esta pierde su utilidad, interés, o razón de ser para el acreedor, la cual viene a ser el fin del negocio o aquella razón determinante que le sirvió de fundamento para contratar.

2.20.3. CLÁUSULA PENAL EXCESIVA.-

La cláusula penal es una prestación de dar, hacer o no hacer, libremente pactada y con carácter de convencional, orientada muchas veces a reforzar el cumplimiento de las obligaciones asumidas; tiene una función indemnizatoria o resarcitoria y en caso que el incumplimiento del deudor cause daño al acreedor, este será reparado mediante el cobro de dicha penalidad.

2.20.4. CLÁUSULAS ABUSIVAS PREDISPUESLAS EN LOS CONTRATOS.-

Las cláusulas predispuestas son aquellas que han sido redactadas, total o parcialmente, de manera previa y unilateral a fin de imponer sus condiciones a las personas, que sólo podrán aceptar el celebrar o no un contrato en tales condiciones.

2.20.5. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO POR PARTE DEL ESTADO.-

El Estado podría intervenir de manera directa o indirecta con la dación de normas con rango de Ley cuando existieran consideraciones de interés social, público o ético.

2.21. LA REVISIÓN DEL CONTENIDO DE LOS CONTRATOS POR PARTE DE UN TERCERO NO INTERVINIENTE.-

En principio no debería de permitirse la intervención de un tercero que no forme parte de la relación contractual; pues la intervención del Estado en los contratos en ejecución atenta contra el principio contractual del *Pacta Sunt Servanda*.

Dicha intervención se produce a fin de lograr la corrección de desproporciones y el restablecimiento de desequilibrios que surjan ante el fenómeno económico de la contratación a fin de garantizar el bien común. El Estado debe reducir su intervención a su mínima expresión, otorgándole un carácter residual.

2.22. FUNCIONES DE LA CLÁUSULA PENAL.-

Dentro de las diversas funciones que puede tener la Cláusula Penal, tenemos:

2.22.1. COMPULSIVA O COHERCITIVA.-

Al ejercer el acreedor presión psicológica sobre su deudor. La cláusula penal puede tener función compulsiva compensatoria y/o moratoria de acuerdo al tipo de penalidad establecida.

El artículo 1341 del Código Civil señala que la función compulsiva compensatoria consiste en que *“en caso de incumplimiento, existirá la obligación de pago de una penalidad, la cual limitará el resarcimiento a esta prestación y que se devuelva la contraprestación...”*.

El artículo 1342 del Código Civil establece la función compulsiva moratoria, la cual señala que *“en casos de mora o cuando hay la finalidad de asegurar un pacto determinado, se tiene que el acreedor puede exigir además de la penalidad el cumplimiento de la obligación...”*.

2.22.2. INDEMNIZATORIA O RESARCITORIA.-

Determina la liquidación preventiva de los daños y/o perjuicios que se pudieran ocasionar con el incumplimiento del deudor. Osterling Parodi y Castillo Freyre¹⁵ señalan que la cláusula penal tiene una función indemnizatoria *“cuando ella pudiera corresponder en su monto a la cuantía de los daños y perjuicios verdaderamente causados...”*.

¹⁵ OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario: Óp. Cit. pág.940.

2.22.3. PUNITIVA O SANCIONADORA.-

Efectúa una separación entre la penalidad y el daño. Se aprecia su carácter sancionador en cuanto su monto excediera la cuantía real de los daños y perjuicios ocasionados y a su vez esta sea pagada por el deudor.

2.22.4. MIXTA.-

Posee función resarcitoria y sancionadora, la cual deberá determinarse según el caso en concreto, pudiendo existir claramente prevalencia de un elemento respecto del otro.

2.22.5. DE SIMPLIFICACIÓN PROBATORIA.-

Al haberse establecido de modo previo y convencional el monto indemnizatorio y los supuestos en los cuales opera el mismo, lo cual simplifica la labor del juzgador al momento de ejecutar el cumplimiento de la misma ante un eventual incumplimiento.

Ante la posible reducción judicial de la Cláusula Penal, las partes tienen que ingresar necesariamente a la probanza de la existencia y monto de los daños y perjuicios ocasionados, por ejemplo en el caso del deudor que considere que los daños infringidos han sido menores al monto pactado; y el acreedor (diligente) entrará necesariamente al tema probatorio, a fin de demostrar que el monto de los daños y perjuicios sufridos coincide con el establecido en la cláusula o incluso los supera.

2.22.6. RESOLUTORIA.-

Da por concluida la obligación primigenia y pasa de modo directo al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento. El deudor no podría continuar obligado a cumplir con la obligación principal, salvo que se trate de una cláusula penal de carácter moratorio.

2.22.7. COMPENSATORIA.-

Consiste en sustituir la prestación incumplida por una compensación, en el presente caso el contrato seguiría existiendo por ser válido, pero ya no tendría los mismos efectos que la obligación primigenia.

2.22.8. MORATORIA.-

Sanciona el retraso del cumplimiento de la obligación por parte del deudor, el cual se mantiene obligado a cumplir con la prestación principal y a la vez satisfacer la cláusula penal moratoria.

2.23. NATURALEZA ACCESORIA DE LA CLÁUSULA PENAL.-

La cláusula penal es de naturaleza accesoria respecto de la obligación principal, pues su eficacia depende de la misma, es decir de su existencia y validez. Se precisa que en caso que la obligación principal devenga en nula, la cláusula penal correrá dicha suerte, contrario sensu, de ser nula la penalidad convencional, esta no influirá en la existencia y validez de la obligación principal.

2.24. OBJETO DE LA CLÁUSULA PENAL.-

Generalmente consiste en el pago de una suma de dinero a favor del acreedor, pudiendo incluso tratarse de una obligación de hacer o no hacer que deba realizarse a raíz del incumplimiento suscitado.

Las partes pueden establecer criterios que les posibiliten la determinabilidad del objeto de la cláusula penal y en caso que no se pueda efectuar dicha valoración, la cláusula penal devendrá en nula.

2.25. ESTIPULACION DE LA CLÁUSULA PENAL.-

Se puede establecer de modo conjunto a la constitución de la obligación principal o de modo posterior; se precisa que no debe existir incumplimiento alguno de por medio y deben existir prestaciones pendientes de ejecutar a cargo del deudor. Dicha cláusula no puede ser concertada después del incumplimiento, pues de hacerlo esta dejaría de ser una cláusula penal para convertirse en una transacción.

2.26. EXIGIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL.-

En principio se debe verificar el incumplimiento de la obligación por parte del deudor. Osterling Parodi y Castillo Freyre¹⁶ señalan que debe haber dos condiciones generales para la aplicación de la cláusula penal, es decir que esta sea válida y que no adolezca de defectos que conlleven su nulidad.

¹⁶ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario; Óp. Cit., pág. 944.

Algunos autores señalan que como requisito adicional se debe de verificar la situación morosa en la que haya incurrido el deudor, ante la cual el acreedor ya podrá exigirle el cumplimiento de la penalidad moratoria, judicial o extrajudicialmente; salvo que haya constitución expresa de mora en el contrato. Así mismo se destaca que el incumplimiento debe de resultar imputable al deudor, lo cual constituye una circunstancia *sine qua non* para la procedencia de la acción de daños y perjuicios.

2.28. EXTINCIÓN DE LA CLAUSULA PENAL.-

Nuestro Código Civil señala como mecanismo por excelencia de la extinción de la obligación al pago y sus variedades como el pago por consignación, la dación en pago; así como formas alternativas al pago como vienen a ser la novación, condonación, consolidación, transacción y el mutuo disenso.

2.29. REDUCCIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL.-

Nuestro Código Civil, a tenor de lo establecido en su artículo 1346, permite al juzgador que, a solicitud del deudor, reduzca el monto de la penalidad pactada, “*cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida...*”, por lo que al habersele concedido a los juzgadores tal facultad se reabre la controversia respecto a la probanza de los daños y perjuicios; por lo que no se podría en *prima facie* decidir si la indemnización pactada es excesiva o insuficiente, tan sólo con un criterio de conciencia, siendo que para poder modificar la pena se debe acreditar de manera fehaciente que el monto de los daños y/o perjuicios sufridos por el acreedor resultan ser inferiores a lo pactado.

La reducción judicial de la cláusula penal tiene una necesaria razón de ser en los casos de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, debido a que el acreedor aceptó dicho cumplimiento sin estar obligado a ello, por lo que resultaría justo que se reduzca el monto de la penalidad pactada pues tal circunstancia produce un desequilibrio contractual evidente.

En caso que la cláusula penal tenga un valor simbólico, ello implicaría una renuncia al derecho que le asiste al acreedor de exigir el pago del íntegro de la indemnización previamente pactada, pese a que el acreedor tenga derecho a exigir una indemnización superior. En caso que el monto de los daños y perjuicios realmente producidos supere los pactados, le quedará expedita al acreedor la posibilidad de

exigir la indemnización correspondiente. Bustamante Alcina¹⁷ sostiene que tal afirmación constituye una excepción al principio de que *“el acreedor no puede pretender otra indemnización, aunque haya sufrido un daño mayor...”*.

Al respecto Enneccerus¹⁸, citado por Osterling Parodi y Castillo Freyre¹⁹, sostiene que *“La pena convencional se puede exigir como un importe mínimo del daño, y si el interés del cumplimiento es superior a la pena, se puede exigir ese plus...”*, agregando además que *“la pena constituye una facilidad, pero no una limitación de la pretensión...”*.

De resultar que el monto de la penalidad sea ínfimo, el mismo constituiría un límite mínimo de la misma, conforme lo señala el artículo 1328 del Código Civil Peruano, al indicar que *“Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de terceros de quien este se valga...”*.

2.30. PRINCIPIOS APLICABLES EN EL DERECHO PERUANO PARA REDUCIR EL MONTO DE LA PENALIDAD.-

Los autores Osterling Parodi y Castillo Freyre²⁰, sostienen que existen diversos criterios a seguir por parte del juzgador, siendo el primero de carácter objetivo, el cual consiste en que el deudor hubiera probado que los daños, producto de su incumplimiento, resultan menores al monto establecido mediante la cláusula penal - ello haciendo una interpretación literal de lo establecido por el artículo 1346 de nuestro Código Civil-; y el criterio subjetivo que establece que es el juez quién debe apreciar si la cláusula penal resulta ser *“manifiestamente excesiva”*, declarando la existencia de una desproporción manifiesta y hasta incluso abusiva.

Respecto a la probanza de los daños ocasionados, esta debería efectuarse una vez que el órgano jurisdiccional ha determinado que efectivamente se trata de una cláusula penal manifiestamente excesiva. Otro sector de la doctrina señala que el acreedor debe probar primero el monto de los daños y perjuicios sufridos realmente y a partir de allí se podrá calificar a la penalidad pactada como justa, excesiva o manifiestamente excesiva. Sería inapropiado que el Juzgador emplee su leal saber y

¹⁷ BUSTAMANTE ALCINA, Jorge: *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, Sexta Edición, pág. 203.

¹⁸ ENNECCERUS, Ludwing, Theodor Kipp y Martin Wolff: *Derecho de Obligaciones*, Barcelona: Bosch, 1951, Vol. I, Tomo II, pág. 188.

¹⁹ OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario: *Op. Cit.*, pág. 972.

²⁰ OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario: *Op. Cit.*, Pág. 974.

entender en caso que el deudor omita aportar pruebas al proceso, por lo que se estaría generando una aparente parcialización a favor del deudor.

La Corte Suprema de Justicia de la República señala respecto a la procedencia de la acción judicial de reducción de la Cláusula penal, que esta tiene como finalidad el *“fomentar el contenido ético de las relaciones contractuales, respecto a los pactos usurarios a los cuales suele estar sometido el deudor al momento de celebrar un contrato...”*²¹, siendo que además existe otro criterio, el cual consiste en *“meritar la existencia de garantía suficiente que cautele el cumplimiento de la obligación...”* según sentencia recaída en el expediente N° 276-1997²².

2.31. EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL.-

Tiene efectos tanto anteriores y posteriores a su estipulación y a que se produzca la inejecución de la obligación, o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la misma; como efecto anterior esta deberá ser intimidatoria y coercitiva, contrario sensu su efecto posterior es el ser compensatoria o moratoria.

Cuando el deudor es constituido en mora, mantiene la obligación de cumplir con el compromiso asumido, salvo que se haya dado por extinguida la obligación principal, siendo que ante tal circunstancia el deudor solo podría cumplir con la penalidad y no con la obligación misma, salvo que la cláusula penal sea moratoria.

Osterling Parodi y Castillo Freyre²³ sugieren la discrecionalidad que tiene el acreedor de poder exigir el cumplimiento de la cláusula penal o prescindir de la misma, en caso que no le resulte útil, y optar por la resolución del contrato invocando la causal establecida en el artículo 1371 del Código Civil.

2.32. DIVISIBILIDAD E INDIVISIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL.-

El Código Civil señala que resultaría necesaria la pluralidad de deudores y/o acreedores respecto a una obligación para que esta pueda ser divisible y que cada acreedor pueda exigir la parte que le corresponda de la obligación; así como que cada deudor pague la parte a la cual estaría obligado. Tratándose de una prestación no susceptible de división o cumplimiento parcial, cualquiera de los acreedores podrá exigir a cualquiera de los deudores la ejecución total de dicha prestación.

²¹ Casación N° 1753-97, del 24 de setiembre de 1998.

²² Sentencia Superior de fecha 31 de julio de 1997.

²³ OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario: Óp. Cit., pág. 980.

2.33. MANCOMUNIDAD Y SOLIDARIDAD EN LA CLÁUSULA PENAL.-

La cláusula penal, en caso revistiera un carácter mancomunado deberá regirse por lo concerniente a las obligaciones divisibles; de quererle otorgar un carácter solidario a la misma, esta deberá establecerse de modo expreso, manteniéndose únicamente el plazo o condición pactado para dar origen a la obligación.

Respecto a la libertad que tiene el deudor de poder pagar a cualquiera de sus acreedores solidarios, dicho acto no le exime de responsabilidad ante los otros acreedores, *contrario sensu*, de efectuar solo el pago del íntegro de la penalidad pactada, le faculta a poder repetir contra los demás codeudores.

Si el acreedor hubiera efectuado novación, compensación, condonación o transacción con alguno de los deudores solidarios, se produciría la liberación del cumplimiento de la penalidad para la totalidad de deudores solidarios, siempre y cuando dicha negociación no se limite de modo expreso únicamente a dicho deudor. De ser el caso los demás codeudores deberán responder ante el deudor compensante por el monto que les habría correspondido pagar dentro de la obligación extinguida; respecto a los acreedores debe de responder tanto el coacreedor que efectuó el acto, y el que cobró el monto adeudado, ante los demás coacreedores respecto al monto que les hubiera correspondido percibir.

En caso de haber efectuado uno de los acreedores, alguna de las negociaciones antes descritas, a título personal y de modo parcial, sólo se extinguirá la parte que le correspondería subsistiendo el derecho de los demás acreedores respecto a todos los codeudores.

Producido el incumplimiento, por causas atribuibles a uno o varios codeudores, dicha circunstancia no liberaría a los demás deudores de la obligación solidaria a fin de cumplir con la penalidad pactada, pese a que hubieran cumplido con la parte que les correspondía; al respecto existe una presunción de igualdad y proporcionalidad respecto al monto que le correspondería pagar a todos y cada uno de los codeudores, salvo pacto en contrario.

2.34. DERECHO DE LOS CODEUDORES NO CULPABLES DEL INCUMPLIMIENTO.-

Conforme lo establece el artículo 1350 del Código Civil, *“los codeudores que no fuesen culpables tienen expedito su derecho para reclamar a aquel cuyo actuar dió lugar a la*

aplicación de la pena...”, es decir se encuentra expedito el derecho de repetir contra el deudor culpable, debido a que dicha norma resulta de aplicación estricta sin importar la naturaleza de la cláusula penal.

2.35. REDUCCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL EN NUESTRO MEDIO.-

Dicha cláusula puede ser reducida en caso resulte ser manifiestamente excesiva. Al respecto nuestro Código Civil asume un sistema de inmutabilidad relativa el cual permite al deudor solicitar al juzgador la reducción de la penalidad, más no al acreedor el poder solicitar el aumento de la misma en caso que el daño realmente producido sea mayor que el monto establecido.

El profesor Rebaza Gonzales²⁴ señala que la reducción judicial de la cláusula penal se rige por criterios tanto objetivos como subjetivos; siendo que en aplicación del criterio objetivo el órgano jurisdiccional no podrá negarse a reducir el monto de la penalidad siempre y cuando el deudor acredite que el monto originado por los daños y perjuicios ocasionados sean inferiores a la suma pactada en la cláusula penal, en cambio el criterio subjetivo propone la apreciación interna del juez, orientada a determinar si la pena resulta ser manifiestamente excesiva debido a que supera de modo manifiesto el monto de los daños y perjuicios realmente ocasionados.

Por su parte Cisneros Rojas y Vásquez Arrascue²⁵ sostienen que la reducción judicial de la cláusula penal va en contra de la finalidad de dicha institución, *“pues ella no cumpliría con liberar al acreedor de las dificultades que se pueden presentar al momento de valorar la prueba en sede judicial, así como en su estimación...”*; así mismo el profesor Soto Coaguila²⁶ señala que *“resulta inequitativo que precisamente el sujeto que incumple con la obligación acuda ante un juez para pedirle que reduzca el monto de la penalidad que el mismo aceptó...”* proponiendo la derogatoria del artículo 1346 del Código Civil a fin de *“garantizar la libertad de contratación y dotar de plena eficacia a los acuerdos contractuales, de manera especial a las penalidades libremente pactadas...”*.

²⁴ REBAZA GONZALES, Alfonso: *Desnaturalización de la cláusula penal en el Código Civil*, en Revista Jurídica del Perú, Año LIII N° 42, Trujillo, enero, 2003, pág. 32.

²⁵ CISNEROS ROJAS, Amet Williams; VASQUEZ ARRASCUE, Andrea Pilar: *La potestad del Juez de reducir la cláusula penal*, Actualidad Jurídica, tomo 248, julio 2014, Gaceta Jurídica, Pág. 77.

²⁶ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto: *La función de la cláusula penal en los contratos y la inmutabilidad de las penas convencionales. En libro homenaje a Jorge Avendaño*, Tomo II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2004, Página 862.

El profesor Mesinas Montero²⁷ sostiene que *“la función primera y fundamental de la cláusula penal es evitar que los jueces determinen el monto indemnizatorio, con las dificultades y los costos que ello asume...”*, por lo que la reducción judicial de la cláusula penal le resta eficacia a dicha institución como mecanismo de estimación convencional de daños o de incentivos del cumplimiento de obligaciones, favoreciendo a aquellas personas que no tienen la intención de cumplir con sus obligaciones.

Ante tal controversia, Dávila Sánchez²⁸ propone que *“debería establecerse como tope de la penalidad un monto que no supere a la obligación principal, para de esta manera cumplir con desincentivar el incumplimiento de las obligaciones...”*, debiendo proceder únicamente la reducción judicial cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida, o se trate de obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

Al respecto Cisneros Rojas y Vásquez Arrascue²⁹ sostienen que el artículo 1346 del Código Civil es una norma incompleta, pues su interpretación está basada en *“la magnitud del daño realmente producido”* y en el interés del deudor que *“ha sufrido el perjuicio del daño excesivamente tasado en la penalidad...”*. Se precisa que el Juez puede –más no que debe- reducir el monto de la cláusula penal, por lo que resultaría falaz el señalar que existe un derecho del deudor a que se le reduzca la penalidad pactada.

A fin de resolver dicho conflicto de intereses, el juzgador debería de merituar el interés que tenía el acreedor en el cumplimiento real y efectivo de la prestación de acuerdo a la relevancia de su contenido en el contrato, pues la valoración equitativa que efectúa el juzgador constituye un caso de integración judicial imperativa del contrato, pues no se está llenando un vacío o laguna en el mismo, sino se está superponiendo su decisión al mismo, la cual es una excepción al principio de equidad que regula el contrato.

El principio de equidad no conlleva el nacimiento de derechos que no se hayan previsto con anterioridad, sino está orientado a equilibrar los derechos ya existentes de las partes contractuales, siendo que el juzgador tendría una función correctiva que está orientada a reconducir la relación contractual a la equidad, en caso que la

²⁷ MESINAS MONTERO, Federico: *Reduzcamos la Cláusula penal, ¿es obligatorio hacerlo cuando la penalidad equivale al doble de la deuda?*. En *Dialogo con la Jurisprudencia* Vol. 12, Nº 98, Lima noviembre 2006. Pág. 105.

²⁸ DAVILA SÁNCHEZ, William: *La reducción de la penalidad excesiva en el Perú ¿al fin una solución?*; en *Actualidad Jurídica*, Tomo 151, Gaceta Jurídica, Lima, junio 2006, pág. 66.

²⁹ CISNEROS ROJAS, Amet Williams; VASQUEZ ARRASCUE, Andrea Pilar: *Óp. Cit.*, Pág. 78.

autonomía privada habría sobrepasado de modo aparente los límites establecidos por el ordenamiento jurídico. La facultad conferida por Ley al juez, de revisar el monto establecido mediante cláusula penal, posee carácter excepcional pues no resultaría aplicable a supuestos distintos a la cláusula penal, ni resultaría admisible la renuncia anticipada del deudor a ejercitar dicha acción aún en el supuesto de penalidad bilateral.

2.36. SUPUESTOS FÁCTICOS DE REDUCCIÓN DE LA CLAUSULA PENAL.-

Al respecto Palacio Pimentel³⁰, sostiene que la reducción judicial de la cláusula penal es *“una suerte de freno a la exagerada libertad de las partes...”*, Ferrero Costa³¹ complementa dicha opinión señalando que ante tal circunstancia *“el juez debe evaluar necesariamente la existencia y cuantía de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor...”*; y además que la prestación haya sido parcial o irregularmente cumplida, al respecto, Palacio Pimentel³² señala que *“el juez deberá evaluar si la ejecución parcial de la obligación ha sido de utilidad para el acreedor, además de la gravedad de la falta producida por la conducta del deudor...”*, señalando además que también se deberá evaluar el grado de interés lesionado, la situación económica de las partes y la proporcionalidad que debe de existir entre el monto de la penalidad pactada y los daños y perjuicios realmente sufridos. De manera adicional Ferrero Costa³³ señala que el juzgador deberá evaluar la existencia y el grado de ventaja obtenida por el acreedor, producto de la ejecución parcial o irregular, debiendo además evaluarse la mayor o menor gravedad del incumplimiento.

2.37. TRATAMIENTO PROCESAL DEL PEDIDO DE REDUCCIÓN JUDICIAL DE LA CLAUSULA PENAL.-

A priori resulta necesario determinar la competencia del juez que ha de conocer el caso, siendo que puede ser el mismo juez que conoce la demanda en la cual se pretende la ejecución de la cláusula penal. Se hace presente que no procede demandar la ejecución de la penalidad contractual en la vía ejecutiva, pues conforme lo señala la casación N° 3192-1999-Callao: *“tratándose de una obligación sujeta a limitaciones que pueden ser objeto de reducción judicial, existe la necesidad del*

³⁰ PALACIO PIMENTEL, Gustavo: Las Obligaciones en el Derecho Civil Peruano, SESATOR, Lima 1974, pág. 238.

³¹ FERRERO COSTA, Raúl: Curso de Derecho de las Obligaciones, Tercera Edición, GRIJLEY, Lima 2004, pág. 361.

³² *Ibíd.*, pág. 239.

³³ *Ibíd.* pág. 292.

debate y la prueba para el esclarecimiento de los hechos, lo cual resulta incompatible con la naturaleza expeditiva del proceso ejecutivo...”.

Por su parte Ortega López³⁴ sostiene que dentro de la vía ejecutiva, “*podría restringirse el derecho del deudor o del demandado a solicitar la reducción de la cláusula penal, en vista que no se puede formular reconvención en un proceso ejecutivo...”*; la reducción de la penalidad requiere una debida motivación judicial.

2.38. VÍA PROCEDIMENTAL APLICABLE AL PEDIDO DE REDUCCIÓN JUDICIAL DE CLAUSULA PENAL.-

Debido a la necesidad que exista contradictorio y actividad probatoria en las demandas de reducción judicial de cláusula penal, la vía procedimental aplicable es el proceso de conocimiento. En caso se demande la ejecución de la cláusula penal por parte del acreedor y el deudor demandase su reducción, resultaría adecuada la acumulación de procesos a fin de evitar se produzcan pronunciamientos contradictorios.

2.39. DEMANDA DE REDUCCIÓN JUDICIAL DE PENALIDAD.-

Podría darse en vía de reconvención, en caso el acreedor demande al deudor por el cumplimiento de la cláusula penal, o que el deudor solicite de forma directa al juez el pedido de reducción judicial de cláusula penal mediante la demanda correspondiente.

2.40. SOLICITUD DE REDUCCIÓN JUDICIAL DE PENALIDAD EFECTUADA POR EL DEUDOR.-

El Código Civil habla acerca de una solicitud que deberá efectuar el deudor al juez, la cual no necesariamente debería revestir forma de demanda o reconvención; lo cual le otorga la posibilidad de hacerlo incluso como un argumento factico de su contestación de la demanda, por lo que resultaría atendible su pedido conforme lo señala el considerando décimo de la Casación N° 3179-2002-CALLAO³⁵.

³⁴ ORTEGA LÓPEZ, Iván: *La cláusula penal en el impuesto general a las ventas y los intereses acumulables en vía de proceso ejecutivo dentro de una demanda de pago de arriendos*, en *Dialogo con la Jurisprudencia* N° 20, Lima, 2000, Pág. 54.

³⁵ “**Décimo.-** *Habiendo solicitado los demandados mediante escrito de contestación la reducción por ser excesiva, dicha solicitud resulta amparable, pues la penalidad solicitada...equivale a casi el doble de la suma mutuada...”.*

2.41. OPORTUNIDAD DEL PEDIDO DE REDUCCIÓN JUDICIAL DE LA CLAUSULA PENAL.-

El autor Abanto Torres³⁶ sugiere que debería realizarse el pedido antes que se expida sentencia de primera instancia en el proceso de ejecución de cláusula penal, pues de ya existir sentencia con carácter fundado, respecto a la ejecución de la cláusula penal y el deudor no hubiera ejercitado su derecho de solicitar la reducción judicial de penalidad, la nueva demanda que este interponga devendría en improcedente, pues el nuevo pronunciamiento jurisdiccional no puede contravenir otro que tenga como característica principal el de ser firme.

2.42. REDUCCIÓN OFICIOSA DEL MONTO DE LA PENALIDAD.-

No resulta procedente que el juzgador, de oficio, reduzca el monto de la penalidad pactada, debido a que necesariamente se requiere para ello una solicitud acompañada del correspondiente sustento probatorio.

2.43. CARGA DE LA PRUEBA DENTRO DEL PROCESO DE REDUCCIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL.-

El probar que la pena es manifiestamente excesiva le corresponde al deudor, pero no es exclusiva de este, pues también un acreedor diligente deberá demostrar que dicho monto coincide con la penalidad pactada o hasta incluso es superior. En la práctica la carga de la prueba recae sobre ambas partes.

2.44. MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA QUE DETERMINA LA REDUCCIÓN DE PENALIDAD A FAVOR DEL DEUDOR.-

Ferrero Costa³⁷ sostiene que *“hay una total discrecionalidad por parte del juzgador al momento de estimar la reducción de penalidad...”*, en cambio Osterling Parodi³⁸ discrepa con dicha postura al sostener que se debe de tener en cuenta *“La complejidad que observan las relaciones contractuales aseguradas por una cláusula penal...”* y que *“de sólo aplicar el criterio de conciencia, el juzgador se convertiría en un pretor e incurriría en arbitrariedad...”*.

³⁶ ABANTO TORRES, Jaime David: *Problemas Procesales en torno a la reducción de la Cláusula Penal: Cuando la doctrina y el legislador desconfían del Juez*, Revista Jus doctrina & práctica, N°6 (jun. 2007), pág. 216.

³⁷ FERRERO COSTA, Raúl: Op., Cit. pág. 292.

³⁸ OSTERLING PARODI, Felipe: Op., Cit. pág. 228.

2.45. LA POTESTAD DEL JUEZ DE REDUCIR LA CLÁUSULA PENAL.-

Dicha potestad se encuentra conferida por el artículo 1346 del Código Civil, que establece los supuestos de procedencia del mencionado pedido, dicha potestad posee un carácter facultativo, pues el mencionado artículo sostiene que *“el juez puede reducir equitativamente”*, más no que *“debe reducir equitativamente”*.

Es menester hacer presente lo sostenido por el autor Morales Hervias³⁹, que sostiene que *“El incumplimiento de la obligación genera la obligación de resarcir el daño al acreedor, si la falta o la inexacta ejecución de la prestación dependen de causas imputables al deudor...”*, siendo que no resulta suficiente el incumplimiento por sí mismo, sino que dicho incumplimiento debe de resultar lesivo a los intereses del acreedor, debiendo existir necesariamente la probanza de la existencia de daños y perjuicios, así como su cuantía, lo cual le correspondería al acreedor, por resultar este perjudicado por la inejecución de la obligación.

3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS.-

3.1. **DOUGLAS ALEXANDER LLERENA PASOS.-** Bachiller en Derecho, aborda el tema de **La inconveniente reducción judicial de la cláusula penal considerada excesiva en el Código Civil Peruano de 1984**; del cual se tiene las siguientes conclusiones relacionadas con mi proyecto de investigación:

- El criterio de equidad, observado e invocado para la reducción judicial de la cláusula penal resulta insuficiente, pues se ampara en una discrecionalidad excesiva, lo que acarrea falta de una debida motivación de la sentencia judicial.
- El uso y alcances de la equidad y discrecionalidad judicial ha originado que los jueces realicen la reducción de penalidades de acuerdo a criterios muy personales, subjetivos, no existiendo principios o pautas orientadoras al respecto.
- Debe de haber una reforma legislativa, orientada a disminuir las posibilidades de solicitar la reducción de la cláusula penal; el excesivo margen de discrecionalidad judicial y al establecimiento de tasas de interés en el caso de penalidades moratorias.

³⁹ MORALES HERVIAS, Rómulo: *Patologías y remedios del contrato*. Jurista Editores, Lima, 2011, pág. 260

3.2. **MIGUEL ÁNGEL BOLAÑOS RODRÍGUEZ.-** Bachiller en Derecho, aborda el tema de **Análisis jurídico propositivo sobre la viabilidad de la inserción de sanciones civiles en materia de responsabilidad civil en el Código Civil de 1984, UNSA, 2004;** del cual se tiene las siguientes conclusiones relacionadas con mi proyecto de investigación:

- El análisis económico del Derecho equipara las sanciones contenidas en la norma jurídica con el precio de un bien, siendo que el Estado oferta accidentes mediante la dación de leyes, los cuales tienen mayor consumo cuando el precio es bajo y un consumo moderado cuando el precio es alto.
- La responsabilidad civil cumple funciones de compensación como de disuasión; siendo que dentro de esta última se encuentran las sanciones civiles, las cuales son viables en materia de responsabilidad extracontractual, pero no lo son al tratarse de responsabilidad por inejecución de obligaciones.
- La viabilidad en materia de responsabilidad extracontractual se sustenta en el carácter sistémico de de prevención de la responsabilidad civil. La inviabilidad en materia de responsabilidad contractual se sustenta en la existencia de cláusulas penales.

3.3. **GIDGET A. VALDIVIA GUEROLA.-** Bachiller en Derecho, aborda el tema de **Las cláusulas abusivas en la contratación moderna;** del cual se tiene las siguientes conclusiones relacionadas con mi proyecto de investigación:

- El concepto clásico de contrato centra su definición en los principios básicos de autonomía privada, igualdad entre las partes y obligatoriedad del acuerdo; siendo que en la actualidad se emplean nuevas formas contractuales, como la protección al consumidor, simetría de la información y libertad contractual.
- Las formas más usuales en las que se presentan las cláusulas abusivas son: exoneración o traslado de la responsabilidad de los productores/proveedores hacia los consumidores/adherentes, resolución unilateral del contrato, suspensión arbitraria de la ejecución de prestaciones y renovación tácita de la relación contractual.
- El principio de la autonomía de la voluntad responde a una necesidad de la sociedad de que se garantice la libre realización de transacciones

económicas sobre todos los bienes y servicios; siendo que dicho principio no es del todo absoluto, pues posee límites impartidos por las buenas costumbres, orden público y normas imperativas.

4. OBJETIVOS.-

- 4.1. Identificar las limitaciones a la voluntad de las partes derivadas de los acuerdos contractuales existentes en nuestro ordenamiento jurídico de modo adicional al orden público y las buenas costumbres.
- 4.2. Determinar cómo el ejercicio de la acción judicial de reducción de penalidades limita la voluntad de las partes derivada de los acuerdos contractuales.
- 4.3. Establecer el criterio asumido por los jueces especializados en lo civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa al momento de establecer que se encuentran ante una cláusula penal manifiestamente excesiva y por consiguiente disponer su reducción equitativa.

5. HIPÓTESIS.-

Dado que el artículo 1346 del Código Civil permite la reducción equitativa de las penalidades contractualmente establecidas por parte del juzgador cuando estas sean manifiestamente excesivas a solicitud del deudor.

Es probable que se produzcan limitaciones a la voluntad de las partes ante el ejercicio de la acción judicial de reducción de penalidades emanadas de acuerdos contractuales según el criterio asumido por los Jueces Especializados en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

III. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL.-

1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE VERIFICACIÓN.-

- 1.1. **TÉCNICAS.-** Cuestionario.
- 1.2. **INSTRUMENTOS.-** Cédula de preguntas.

ESTRUCTURA DEL INSTRUMENTO.-

VARIABLE	INDICADORES Y SUB INDICADORES	TÉCNICAS E INSTRUMENTO	ITEM DE INSTRUMENTOS
<p>VARIABLE INDEPENDIENTE:</p> <p>LIMITACIONES A LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.</p> <p>La voluntad de las partes puede ser modificada por disposición jurisdiccional a pedido de la parte aparentemente perjudicada.</p>	Concepto de voluntad de las partes.	<p>Cuestionario / Cédula de Preguntas.</p>	
	Autonomía de la voluntad de las partes.		
	Declaración de voluntad.		
	El silencio.		
	Los hechos concluyentes.		
	Principios contractuales		
	Incumplimiento de los acuerdos contractuales		6
	Supuestos legales que permiten la revisión de los contratos		7
	Revisión de los contratos por parte de un tercero no interviniente		9
Limitaciones a la voluntad de las partes.	10		
	Probanza de daños y perjuicios por parte del acreedor.		1
	Pertinencia y utilidad de los medios probatorios ofrecidos dentro del proceso.		2

<p>VARIABLE DEPENDIENTE:</p> <p>EJERCICIO DE LA ACCIÓN JUDICIAL DE REDUCCIÓN DE PENALIDADES DERIVADAS DE LOS ACUERDOS CONTRACTUALES.</p> <p>Facultad concedida mediante el Art. 1346 del Código Civil, a fin que el deudor que se considere perjudicado pueda requerir al Juzgador la reducción de penalidad pactada en caso esta resulte manifiestamente onerosa o exista cumplimiento irregular de la obligación.</p>	Exigibilidad de la constitución en mora al deudor.	<p>Cuestionario / Cédula de Preguntas.</p>	3
	Reconocimiento de los hechos de la demanda por parte del deudor.		4
	Postura de la penalidad manifiestamente excesiva.		5
	Razones que influyeron en el incumplimiento del deudor.		6
	Determinación de la existencia de una penalidad manifiestamente excesiva.		7
	Probanza de la penalidad manifiestamente excesiva.		8
	Sentencia que resuelve la demanda de ejecución de cláusula penal.		9
Sentencia que resuelve la demanda de reducción judicial de cláusula penal.	10		

CONTENIDO DEL INSTRUMENTO.-

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA ESCUELA DE POST GRADO MAESTRIA EN DERECHO CIVIL

CÉDULA DE PREGUNTAS

CONSENTIMIENTO INFORMADO: Le entregamos la presente encuesta que ayudará a investigar las *“Limitaciones a la voluntad de las partes ante el ejercicio de la acción judicial de reducción de penalidades derivadas de los acuerdos contractuales según el criterio asumido por los Jueces especializados en lo civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, 2016”*. La información aquí recopilada es sólo para el uso del investigador. Sus datos y respuestas serán estrictamente confidenciales, se mantendrá el ANONIMATO y la privacidad. Su participación es completamente voluntaria.

INSTRUCCIONES: Señor(a) mucho agradeceré responder con una “X” en todas las alternativas que considere adecuadas.

Se realizó la encuesta en Arequipa, el día..... de..... del 2016.

PREGUNTAS:

1. **En la demanda de ejecución de cláusula penal resulta necesario que el acreedor pruebe la existencia y monto de los daños y perjuicios realmente sufridos, pese a que el Art. 1343¹⁰¹ del Código Civil señale que se podrá exigir el cumplimiento de la penalidad ante el simple incumplimiento imputable al deudor:**
 - a) Siempre.
 - b) No es necesario.
 - c) De acuerdo al caso en concreto.
 - d) Sólo será necesario acreditar la existencia de la obligación, la penalidad pactada y el incumplimiento de la obligación garantizada.

2. **Los medios probatorios deben estar orientados únicamente a probar la existencia de la obligación garantizada, la estipulación y aceptación de la cláusula penal y del incumplimiento en el cual incurrió el deudor:**
 - a) No, deberán acreditar además la existencia y cuantía de los daños y perjuicios realmente producidos.
 - b) Si, porque sólo se requiere verificar el incumplimiento de la obligación garantizada.
 - c) El deudor deberá acreditar que dicho monto es inferior al monto de la penalidad contractualmente establecida.
 - d) No, pues deberán estar orientados a acreditar la conciencia y voluntad por

¹⁰¹ **Art. 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.

parte del deudor respecto a no cumplir con la obligación pactada.

3. **En caso que no se haya cumplido en constituir en mora al deudor mediante comunicación de fecha cierta, pese a que exista cláusula de mora automática, resultaría fundada una defensa previa deducida por el deudor en tal sentido:**
 - a) Si.
 - b) No.

4. **Si en la contestación de la demanda, el demandado reconociera la existencia de la obligación, la penalidad convenida y el incumplimiento de la obligación, dicho accionar constituiría un reconocimiento tácito del mismo:**
 - a) Si, pues acepta tales afirmaciones de la demanda.
 - b) No resultaría relevante para los fines del proceso judicial.
 - c) Si, debido a que denota la voluntad del deudor respecto a aceptar el monto de la penalidad pactada.
 - d) No, debido a que lo que está en controversia es el monto de la penalidad y su exigibilidad.

5. **En caso que el deudor demandado se pronuncie respecto del monto de la penalidad pactada en su escrito de contestación de la demanda, señalando que esta resulta ser manifiestamente excesiva y da a entender que la misma debería ser disminuida; se tratará dicha afirmación en conformidad con lo establecido por el Art. 1346¹⁰² del Código Civil y se dispondrá la reducción judicial de la cláusula penal de ser el caso:**
 - a) Si, pues el citado artículo no exige una formalidad específica para dicho pedido.
 - b) No, pues dicho pedido deberá revestir forma de demanda o de reconvencción de ser el caso en concreto.

6. **A fin de resolver la controversia existente, resultará relevante que el deudor señale las razones que lo llevaron hacia el incumplimiento de la obligación garantizada; y en caso de comprobar que este actuó con la debida diligencia, se declarará infundado el pedido de ejecución de cláusula penal.**
 - a) Si es posible, debido a la facultad que tiene el juez de aplicar el Derecho que corresponda, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente (Principio de Juez y Derecho).
 - b) No es posible, debido a que el Juez otorgaría cosa distinta de la pedida por la parte (Extrapetita).
 - c) No es posible, debido a que el Juez otorgaría más de lo pedido por la parte (Ultrapetita).
 - d) No es posible, debido a que únicamente se deberá verificar objetivamente el incumplimiento en el cual haya incurrido el deudor.

7. **Para poder determinar que me encuentro ante una cláusula penal manifiestamente excesiva.**

¹⁰² **Art. 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.

- a) Haré una comparación entre el monto de los daños y perjuicios efectivamente producidos y el monto de la cláusula penal a fin de establecer un grado de proporción matemática.
- b) Compararé el costo/valor de la prestación incumplida con el monto de la cláusula penal a fin de establecer un grado de proporcionalidad.
- c) Evaluaré el grado de igualdad existente entre las partes al momento de la suscripción del contrato a fin de determinar su influencia en la redacción de la cláusula penal.
- d) Compararé la situación económica actual del demandado con el monto de la penalidad a fin de determinar si podrá cumplirla en su totalidad.

8. El deudor, para probar que la penalidad cuyo cumplimiento se le exige, es manifiestamente excesiva, deberá:

- a) Ampararse en la presunción *iuris tantum* que señala que el deudor es la parte débil del contrato.
- b) Señalar que el incumplimiento se produjo debido a razones de fuerza mayor/caso fortuito, las cuales escapan de su dominio.
- c) Acreditar que su situación económica actual no le permitiría cumplir dicha obligación sin poner en grave peligro su subsistencia.
- d) Orientar su demanda/contestación de la demanda/reconvención a acreditar que su acreedor ha sufrido un daño/perjuicio mínimo o no lo sufrió.

9. La sentencia mediante la cual se resuelva el pedido de ejecución judicial de cláusula penal:

- a) Deberá limitarse a verificar la existencia de una obligación previa, una penalidad pactada y el incumplimiento por parte del deudor.
- b) Podrá declarar el pedido fundado en parte, en caso que determine la existencia de una penalidad manifiestamente excesiva, luego de haber evaluado los argumentos de la contestación de la demanda.
- c) Declarara infundada la demanda en caso que el acreedor no haya cumplido con ofrecer y/o actuar medios probatorios orientados a acreditar la existencia y el monto de los daños y perjuicios producidos a raíz del incumplimiento.
- d) Deberá declararse fundada, total o parcialmente en todos los casos y dispondrá el pago, de la penalidad pactada o judicialmente determinada, por parte del deudor.

10. La sentencia que resuelva el pedido de reducción judicial de cláusula penal:

- a) Deberá siempre declararse fundada total o parcialmente, debido a que al deudor le asiste el derecho de acudir ante el órgano jurisdiccional a fin que se reduzca el monto de la penalidad pactada, conforme a lo señalado en el Art. 1346 del Código Civil.
- b) Podrá sustentar un fallo favorable hacia el deudor, amparándose en la restitución del equilibrio contractual que debe existir entre las partes, que se manifestaría mediante una penalidad razonable.
- c) Constituye un mecanismo de integración judicial del contrato orientado a modificar la voluntad inicial de las partes.
- d) Será declarada infundada en caso que el acreedor acredite que el monto de los daños y perjuicios producidos resultase ser igual o superior al monto de la penalidad pactada.

1.3. CUADRO DE COHERENCIAS.-

VARIABLE	INDICADORES Y SUB INDICADORES	TÉCNICA	INSTRUMENTO	ITEMS DE INSTRUMENTOS
VARIABLE INDEPENDIENTE: LIMITACIONES A LA VOLUNTAD DE LAS PARTES. La voluntad de las partes puede ser modificada por disposición jurisdiccional a pedido de la parte aparentemente perjudicada.	Concepto de voluntad de las partes.	Cuestionario	Cédula de preguntas	
	Autonomía de la voluntad de las partes.			
	Declaración de voluntad.			
	El silencio.			
	Los hechos concluyentes.			
	Principios contractuales			
	Incumplimiento de los acuerdos contractuales			6
	Supuestos legales que permiten la revisión de los contratos			7
	Revisión de los contratos por parte de un tercero no interviniente			9
Limitaciones a la voluntad de las partes.	10			
VARIABLE DEPENDIENTE: EJERCICIO DE LA ACCIÓN JUDICIAL DE REDUCCIÓN DE PENALIDADES DERIVADAS DE LOS ACUERDOS	Probanza de daños y perjuicios por parte del acreedor.			1
	Pertinencia y utilidad de los medios probatorios ofrecidos dentro del proceso.			2
	Exigibilidad de la constitución en			

<p>CONTRACTUALES.</p> <p>Facultad concedida mediante el Art. 1346 del Código Civil, a fin que el deudor que se considere perjudicado pueda requerir al Juzgador la reducción de penalidad pactada en caso esta resulte manifiestamente onerosa o exista cumplimiento irregular de la obligación.</p>	mora al deudor.	<p>Cuestionario</p>	<p>Cédula de preguntas</p>	3
	Reconocimiento de los hechos de la demanda por parte del deudor.			4
	Postura de la penalidad manifiestamente excesiva.			5
	Razones que influyeron en el incumplimiento del deudor.			6
	Determinación de la existencia de una penalidad manifiestamente excesiva.			7
	Probanza de la penalidad manifiestamente excesiva.			8
	Sentencia que resuelve la demanda de ejecución de cláusula penal.			9
	Sentencia que resuelve la demanda de reducción judicial de cláusula penal.			10

1.4. PROTOTIPO DE INSTRUMENTO.-

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA				
ESCUELA DE POST GRADO				
MAESTRIA EN DERECHO CIVIL				
CÉDULA DE PREGUNTAS				
<p>CONSENTIMIENTO INFORMADO: Le entregamos la presente encuesta que ayudará a investigar las <i>“Limitaciones a la voluntad de las partes ante el ejercicio de la acción judicial de reducción de penalidades derivadas de los acuerdos contractuales según el criterio asumido por los Jueces especializados en lo civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, 2016”</i>. La información aquí recopilada es sólo para el uso del investigador. Sus datos y respuestas serán estrictamente confidenciales, se mantendrá el ANONIMATO y la privacidad. Su participación es completamente voluntaria.</p> <p>INSTRUCCIONES: Señor(a) mucho agradeceré responder con una “X” en todas las alternativas que considere adecuadas.</p> <p>Se realizó la encuesta en Arequipa, el día..... de..... del 2016.</p> <p>PREGUNTAS:</p>				
ITEM	a)	b)	c)	d)
1)				
2)				
3)				
4)				
5)				
6)				
7)				
8)				
9)				
10)				

2. CAMPO DE VERIFICACIÓN.-

2.1. UBICACIÓN ESPACIAL.-

El estudio se realizará en el ámbito de los Juzgados Especializados en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, situados en la esquina de la calle Siglo XX con Plaza España, del distrito de Arequipa, provincia y región Arequipa.

2.2. UBICACIÓN TEMPORAL.-

El horizonte temporal del estudio corresponde al año 2016, por lo que se trata de un estudio de carácter coyuntural.

2.3. UNIDADES DE ESTUDIO.-

Las unidades de estudio están constituidas por los jueces que ejercen función dentro de los Juzgados Especializados en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

La Investigación se desarrollará considerando al universo de las unidades de estudio.

3. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE DATOS.-

3.1. ORGANIZACIÓN.-

3.1.1. COORDINACIÓN.- Para efectos de la recolección de datos se coordinará de modo directo con cada uno de los Jueces especializados en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

3.1.2. PERMISOS.- Se efectuará dentro del horario de atención al público del despacho Judicial de 08:00 a 08:30 horas; se esperará a que primero se atienda a los abogados y litigantes respecto a sus procesos en trámite.

3.1.3. FASES.- Se efectuarán entrevistas diarias a cada uno de los Jueces, explicándoles la finalidad del estudio; ello dentro del horario de atención al público y a la vez se les alcanzará una cédula de preguntas, para que procedan a responder las mismas de acuerdo a su conocimiento y criterio.

3.2. RECURSOS.-

3.2.1. RECURSOS HUMANOS.-

TIPO	CANTIDAD
Investigador	01
Personal de Apoyo	01
TOTAL DE PERSONAS	02

3.2.2. RECURSOS MATERIALES.-

DESCRIPCIÓN	CANTIDAD	COSTO ESTIMADO
Papel Bond.	01 millar	S/. 25.50
Fotocopias.	Por páginas / al por mayor	S/. 153.20
Recarga de tinta para impresora HP.	02 cartuchos (negro y colores)	S/. 30.00
Computadora.	01	Propiedad del investigador.
Memoria USB 8 GB.	01	S/. 13.00
Anillado de Borrador de Tesis.	03	S/. 9.00
Útiles de oficina (Lápiz, lapicero, corrector, resaltador, etc)	02 (C/U)	S/. 21.30
Empastado de Tesis.	03	S/. 27.00
Movilidad y Gasolina de 95 octanos.	02	S/. 110.00
Comunicaciones y refrigerios.	02	S/. 77.00

3.2.3. RECURSOS FINANCIEROS.-

ITEM	DESCRIPCIÓN	COSTO PARCIAL
Recursos Humanos.	Pago de personal de apoyo.	S/. 340.00
Recursos Materiales.	Útiles de escritorio, computo, suministros.	S/. 279.00
Otros.	Movilidad, comunicaciones, refrigerio.	S/. 187.00
TOTAL		S/. 806.00

3.3. VALIDACIÓN DEL INSTRUMENTO.-

El instrumento que se utilizará es la cédula de preguntas, la misma que será previamente validada antes de ser empleada en las unidades de estudio por profesionales del Derecho.

3.4. CRITERIOS PARA EL MANEJO DE RESULTADOS.-

Una vez recolectados los datos, estos se sistematizarán estadísticamente para el análisis, interpretación y conclusiones finales.

IV. CRONOGRAMA DE TRABAJO.-

ACTIVIDAD	ENERO 2016				FEBRERO 2016				MARZO 2016				ABRIL 2016			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
1. RECOLECCIÓN DE DATOS.	X	X	X	X												
2. ESTRUCTURACIÓN DE RESULTADOS.							X	X	X	X						
3. INFORME FINAL.														X	X	X

V. BIBLIOGRAFÍA.-

1. **ARIAS SCHREIBER PEZET**, Máx: Luces y sombras del Código Civil, Tomo II, Studium, Lima, 1991.
2. **BARANDARIÁN**, José León: Tratado de Derecho Civil, Las Obligaciones, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
3. **BERNEDO PAREDES**, Jorge: Metodología de la Investigación – Guía de Prácticas, Arequipa, 2011.
4. **BUSTAMANTE ALCINA**, Jorge: Teoría General de la Responsabilidad Civil, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, Sexta Edición, 1987.
5. **CABANELLAS DE TORRES**, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Duodécima Edición, 1997.
6. **CABANELLAS DE TORRES**, Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1989, Tomo III.
7. **DE LA PUENTE Y LAVALLE**, Manuel: El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil, Tomo I. Segunda Edición actualizada, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.
8. **ENNECCERUS**, Ludwing, Theodor Kipp y Martin Wolff: Derecho de Obligaciones, Barcelona: Bosch, 1951, vol. I, tomo II.
9. **ESPINOZA ESPINOZA**, Juan: Acto Jurídico Negocial, Análisis doctrinario, legislativo y Jurisprudencial, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
10. **ESPINOZA ESPINOZA**, Juan: Derecho de la Responsabilidad Civil, RODHAS, Sexta Edición, 2011.
11. **FERRERO COSTA**, Raúl: Curso de Derecho de las Obligaciones, Tercera Edición, GRIJLEY, Lima 2004.
12. **HEDERMANN**, Justus Wilhelm.: Tratado de Derecho Civil, Derecho de las Obligaciones”. Volumen III, Traducción Efectuada por Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
13. **HINOSTROZA MINGUEZ**, Alberto, Derecho de las Obligaciones y pago de intereses. Doctrina, Casos Prácticos, Jurisprudencia. FECAT, Lima, 1995.
14. **MANRIQUE MÁLAGA**, Edgar Mario; **VALENCIA DE AEDO**, Eliana; Elementos de la Investigación Educativa, Arequipa, 2008.
15. **OCEANO**, Diccionario de la lengua española, Barcelona, 1997.
16. **OSPINA FERNÁNDEZ**, Guillermo: Régimen General de las Obligaciones, Sexta Edición, TEMIS, Bogotá, 1998.

17. **OSTERLING PARODI**, Felipe: Obligaciones con cláusula penal, libro homenaje a Mario Alzamora Valdez, Lima, Cuzco Editores S.A. 1998.
18. **OSTERLING PARODI**, Felipe: Las Obligaciones, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1995.
19. **OSTERLING PARODI**, Felipe; **CASTILLO FREYRE**, Mario: Compendio de Derecho de las Obligaciones, Palestra, Lima, 2008.
20. **PALACIO PIMENTEL**, Gustavo: Las Obligaciones en el Derecho Civil Peruano, SESATOR, Lima 1974.
21. **PAREDES NÚÑEZ**, Julio Ernesto: Manual para la Investigación Científica, Universidad Católica de Santa María – Escuela de Post Grado, Octava Edición, Arequipa, 2010.
22. **PAREDES NÚÑEZ**, Julio Ernesto: Manual para la Formulación del Proyecto de Tesis, Universidad Católica de Santa María – Escuela de Post Grado, Cuarta Edición, Arequipa, 2011.
23. **REVILLA PULCHA**, Arquímedes: Lecciones sobre el Acto Jurídico; Legislación Peruana General, Arequipa, 2004.
24. **RODRIGUEZ VELARDE**, Javier: Contratación Empresarial, RODHAS, Lima, 1998.
25. **SACCO**, Rodolfo y **DE NOVA**, Giorgio; *“Le clausole penali e la caparra confirmatoria”* tratado de diritto privato, diretto da Pietro Resagno, Volumen X, Tomo II, UTET, Torino, 1958.
26. **SOTO COAGUILA**, Carlos Alberto: La función de la cláusula penal en los contratos y la inmutabilidad de las penas convencionales. En libro homenaje a Jorge Avendaño, Tomo II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004.
27. **TABOADA CÓRDOVA**, Lizardo: *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*; GRIJLEY, Lima, 2002.
28. **TORREZ VASQUEZ**, Aníbal: Acto Jurídico, GRIJLEY, Lima, 2000.
29. **TORRES VÁSQUEZ**, Aníbal. Código Civil, Comentarios, Jurisprudencia, Concordancias, Antecedentes y Sumillas, sexta edición, IDEMSA, Lima, 2002.

HEMEROGRAFÍA

1. **ABANTO TORRES**, Jaime David: Problemas Procesales en torno a la reducción de la Cláusula Penal: Cuando la doctrina y el legislador desconfían del Juez, revista digital hechos de la Justicia (CD-ROM).
2. **ALTERINI**, Atilio Aníbal, “La mora y la teoría de costos en la economía de mercado, en diálogo con la jurisprudencia, Compendio electrónico de jurisprudencias, Gaceta Jurídica, S.A. 1999.
3. **CISNEROS ROJAS**, Amet Williams; **VASQUEZ ARRASCUE**, Andrea Pilar: La potestad del Juez de reducir la cláusula penal, actualidad jurídica, tomo 248, julio 2014, Gaceta Jurídica
4. **DAVILA SÁNCHEZ**, William. La reducción de la penalidad excesiva en el Perú ¿al fin una solución?; en Actualidad Jurídica, Tomo 151, Gaceta Jurídica, Lima, junio 2006.
5. **GUTIERREZ CAMACHO**, Walter, “Contrato y Contratación: Adiós a la santidad de los contratos”, en actualidad Jurídica, Tomo 100. Gaceta Jurídica, Abril del 2002.
6. **MESINAS MONTERO**, Federico. Reduzcamos la Cláusula penal, ¿es obligatorio hacerlo cuando la penalidad equivale al doble de la deuda? En Dialogo con la Jurisprudencia Vol. 12, Nº 98, Lima noviembre 2006.
7. **ORTEGA LÓPEZ**, Iván: La cláusula penal en el impuesto general a las ventas y los intereses acumulables en vía de proceso ejecutivo dentro de una demanda de pago de arriendos, en Dialogo con la Jurisprudencia Nº 20, Lima, 2000.
8. **REBAZA GONZALES**, Alfonso: Desnaturalización de la cláusula penal en el Código Civil, en revista Jurídica del Perú, Año LIII Nº 42, Trujillo, enero, 2003.
9. **SOTO COAGUILA**, Carlos Alberto, “Respetemos los acuerdos contractuales: ¡No a la reducción de penalidades!”, Revista jurídica del Perú, Editora Normas Legales S.A., Año LIII, Nº 44, Marzo del 2003.
10. **TABOADA CÓRDOVA**, Lizardo: El contrato y los mecanismos jurídicos en los sistemas modernos de contratación, en Revista de la Academia de la Magistratura Nº 01, Lima, Enero 1998.

ANEXO Nº 02

MATRIZ DE RECOLECCIÓN DE DATOS

UNIDAD \ ITEM	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
ENCUESTADO Nº 1	D	B	B	A	A	A	B	B	A	A
ENCUESTADO Nº 2	D	B	B	D	A	A	A	D	B	D
ENCUESTADO Nº 3	C	A	B	D	A	A	A	D	B	D
ENCUESTADO Nº 4										
ENCUESTADO Nº 5	B	B	A	A	A	B	B	D	A	B
ENCUESTADO Nº 6										
ENCUESTADO Nº 7	C	B	A	C	A	D	B	C	B	D
ENCUESTADO Nº 8	B	B	B	A	B	A	A	D	C	D
ENCUESTADO Nº 9	A	A	B	A	A	A	B	D	B	B
ENCUESTADO Nº 10	C	B	B	D	A	D	B	A	B	B

FUENTE: Respuestas obtenidas de la aplicación de la cédula de preguntas en las unidades de estudios.

INTERPRETACIÓN: En la presente matriz de recolección de datos se puede apreciar las respuestas obtenidas por parte de las unidades de estudio luego de la aplicación de la cédula de preguntas en las unidades de estudio de modo directo: Dichas respuestas han sido tabuladas a fin de posibilitar la correspondiente elaboración de gráficas explicativas.

Se hace presente que existen algunos recuadros en blanco debido a la renuencia de algunos magistrados a participar respondiendo las preguntas consignadas en la cédula de preguntas, decisión que se respetó debido al carácter voluntario de la aplicación de dicho instrumento de recolección de datos.