



# FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

LA VULNERACION DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS  
CONTRATOS A RAIZ DE LA REVISION JUDICIAL DE LA CLÁUSULA  
PENAL

TESIS PARA OBTENER EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADA

AUTORA

PURUGUAY BENITES YAJAIRA ESTEFANI

ASESOR

Mag. HELDER CESARIO LUJAN SEGURA

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

DERECHO CIVIL

PIURA – PERÚ

2018

El Jurado en cargo de evaluar la tesis presentada por don (a) **YAJAIRA ESTEFANI PURUGUAY BENITES**, cuyo título es:

**“LA VULNERACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS A RAIZ DE LA REVISIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL”.**

Reunido en fecha, escuchó la sustentación y la resolución de preguntas por el estudiante, otorgándole el calificativo de: 11 - ONCE.

Piura, 29 de octubre 2018



**Abg. Leonel Villalta Urbina**  
PRESIDENTE



**Dr. Helder Cesario Luján Segura**  
SECRETARIO



**Abg. Angella Inés Pingo More**  
VOCAL

Elaboró	Dirección de Investigación	Revisó	Responsable del SGC	Aprobó	Vicerrectorado de Investigación
---------	----------------------------	--------	---------------------	--------	---------------------------------

## DEDICATORIA

A mi Dios

Quién supo guiarme por el buen camino, darme fuerzas para seguir adelante y no desmayar en los problemas que se presentaban, enseñándome a encarar las adversidades sin perder nunca la dignidad ni desfallecer en el intento.

“La dicha de la vida consiste en tener siempre algo que hacer, alguien a quien amar y alguna cosa que esperar”. Thomas Chalmers

## AGRADECIMIENTO

A la UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO-PIURA por darme la oportunidad de estudiar y ser un profesional.

A mis asesores de tesis tanto metodólogo Abg. Ángela Pingo More como asesor especialista Abg. Helder Lujan Segura, por su esfuerzo y dedicación, quien con sus conocimientos, su experiencia, su paciencia y su motivación han logrado en mí que pueda terminar mis estudios con éxito.

También me gustaría agradecer a mis profesores durante toda mi carrera profesional porque todos han aportado con un granito de arena a mi formación.

Son muchas las personas que han formado parte de mi vida profesional a las que me encantaría agradecerles su amistad, consejos, apoyo, ánimo y compañía en los momentos más difíciles de mi vida. Algunas están aquí conmigo y otras en mis recuerdos y en mi corazón, sin importar en donde estén quiero darles las gracias por formar parte de mí, por todo lo que me han brindado y por todas sus bendiciones.

Para ellos: Muchas gracias y que Dios los bendiga.

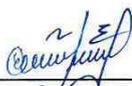
## DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Yo Yajaira Estefani Puruguay Benites con DNI N° 72751924, a efecto de cumplir con las disposiciones vigentes consideradas en el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad César Vallejo, Facultad de Derecho, Escuela de Derecho, declaro bajo juramento que toda la documentación que acompaño es veraz y auténtica.

Así mismo, declaro también bajo juramento que todos los datos e información que se presenta en la presente tesis son auténticos y veraces.

En tal sentido asumo la responsabilidad que corresponda ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión tanto de los documentos como de información aportada por lo cual me someto a lo dispuesto en las normas académicas de la Universidad César Vallejo.

Piura, 2018



---

Yajaira Estefani Puruguay Benites  
DNI N° 72751924

## PRESENTACIÓN

Señores miembros de Jurado, presento ante ustedes la Tesis titulada “La vulneración de la autonomía de la voluntad en los contratos a raíz de la revisión judicial de la cláusula penal”, con la finalidad de analizar si se vulnera la autonomía de la voluntad cuando el juez revisa la cláusula penal de los contratos en virtud del artículo 1346° del Código Civil, a la luz de la jurisprudencia, en cumplimiento del reglamento de Grados y Títulos de la Universidad César Vallejo para obtener el Título Profesional de Abogada.

Esperando cumplir con los requisitos de aprobación.

La autora.

## INDICE

Página del jurado.....	i
Dedicatoria.....	ii
Agradecimiento.....	iii
Declaración de autenticidad.....	iv
Presentación.....	v
Índice.....	vi
Resumen.....	x
Abstract.....	xi
I. INTRODUCCION .....	1
II. PROBLEMA DE LA INVESTIGACION .....	10
2.1 Aproximación temática .....	10
2.1.1 Contratos.....	10
2.1.1.1 Concepto .....	10
2.1.1.2 Formación .....	11
2.1.1.3 Principios.....	13
a. Autonomía de la voluntad .....	13
b. Consensualismo .....	13
c. Fuerza obligatoria o <i>pacta sunt servanda</i> .....	14
d. Buena fe .....	15
e. Efecto relativo .....	17
2.1.1.4 Clasificación .....	18
2.1.2 Principio de autonomía de la voluntad .....	21
2.1.2.1 Delimitación conceptual.....	21
2.1.2.2 Teorías que analizan el principio de autonomía de la voluntad .	23
a. Individualismo .....	24
b. Voluntarismo.....	24
2.1.2.3 Manifestaciones.....	25
a. Libertad de contratar.....	25
b. Libertad contractual .....	26
2.1.2.4 Límites.....	27
a. Orden público .....	27
b. Buenas costumbres .....	29
2.1.3 Clausula penal.....	29

2.1.3.1	Delimitación conceptual.....	29
2.1.3.2	Naturaleza jurídica.....	31
2.1.3.3	Finalidad de la cláusula penal.....	32
2.1.3.4	Funciones de la cláusula penal.....	35
	a. Función compulsiva .....	35
	b. Función indemnizatoria.....	36
	c. Función punitiva.....	37
	d. Función resolutoria .....	37
2.1.3.5	Carácter de la cláusula penal .....	37
2.1.3.6	Sistemas de la cláusula penal .....	38
	a. Sistema de Inmutabilidad Absoluta .....	38
	b. Sistema de Inmutabilidad Relativa .....	39
	c. Sistema de Mutabilidad Absoluta .....	40
2.1.3.7	Efectos .....	41
2.1.3.8	Exigibilidad de la Cláusula Penal .....	44
2.1.4	Revisión judicial de la cláusula penal .....	46
	2.1.4.1 Noción .....	46
	2.1.4.2 Evolución de la regulación .....	50
	2.1.4.3 Vía procesal.....	52
2.1.5	Jurisprudencia analizada.....	54
2.2	Formulación del problema.....	55
2.3	Justificación .....	55
2.4	Relevancia .....	59
2.5	Contribución.....	59
2.6	Objetivos.....	60
	2.6.1 Objetivo General .....	60
	2.6.2 Objetivos Específicos .....	60
	2.6.3 Hipótesis.....	77
III.	MARCO METODOLOGICO .....	61
3.1	Unidades Temáticas .....	61
	3.1.1 Definición Conceptual.....	61
	3.1.2 Categorización .....	63
3.2	Metodología .....	67

3.2.1 Tipo de estudio.....	67
3.2.2 Diseño.....	68
3.3 Escenario de estudio.....	69
3.4 Caracterización de sujetos.....	70
3.5 Procedimientos metodológicos de investigación.....	71
3.6 Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	73
3.7 Mapeamiento.....	75
3.8 Tratamiento de información.....	76
3.8.1 El procesamiento de la información desde la triangulación hermenéutica.....	76
IV. RESULTADOS.....	77
4.1 Descripción de resultados.....	77
4.1.1 Fundamentación de objetivos.....	77
4.1.2 Fundamentación de la formulación del problema.....	88
4.1.3 Teorización de unidades temáticas.....	91
V. DISCUSIÓN.....	103
VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	110
6.1 Conclusiones.....	110
6.2 Recomendaciones.....	129
VII. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.....	112

## RESUMEN

La presente investigación ha sido titulada “la vulneración de la autonomía de la voluntad en los contratos a raíz de la revisión judicial de la cláusula penal”, cuyo problema de investigación es: ¿A la luz de la jurisprudencia se vulnera la autonomía de la voluntad cuando el juez revisa la cláusula penal de los contratos en virtud del artículo 1346° del Código Civil?, y como objetivo general es de “Analizar si se vulnera la autonomía de la voluntad cuando el juez revisa la cláusula penal de los contratos en virtud del artículo 1346° del Código Civil, a la luz de la jurisprudencia”.

En el primer capítulo de nuestra investigación está basada en la introducción en donde abordaremos al análisis de la jurisprudencia; segundo capítulo se va a estudiar a lo que refiere al problema de investigación donde estudiaremos a las diferentes instituciones jurídicas, de igual modo se establece la formulación del problema, trataremos a la justificación de nuestra investigación, relevancia, contribución concluyendo así en la parte de los objetivos general y específicos; el tercer capítulo estudiaremos el marco metodológico dando a conocer que desarrollaremos las unidades temáticas, la metodología, el capítulo cuarto trataremos los resultados donde fundamentaremos los objetivos consignados, dando respuestas a nuestra formulación del problema en base a la doctrina, jurisprudencia y realidad social.

De tal forma que, hemos propuesto la modificatoria del artículo 1346° del Código Civil, ya que se está desnaturalizando la figura jurídica de la cláusula penal y consecuente la vulneración de la autonomía de la voluntad de las partes al establecer el contenido del contrato.

Palabras claves: autonomía de la voluntad, cláusula penal, contratos, jurisprudencia.

## ABSTRACT

This research has been called "the violation of autonomy in contracts following a judicial review of the penalty clause" whose research question is: In the light of the jurisprudence autonomy violates the will when the judge reviews the penalty clause of contracts under Article 1346 of the Civil Code?, and general objective is "to examine whether autonomy is violated when the judge reviews the penalty clause of contracts under Article 1346 of the Civil Code, in the light of the case law."

In the first chapter of our research is based on the introduction where we board the analysis of jurisprudence, second chapter will examine to what relates to the research which will study the various legal institutions, just as the development set the problem, we try to justify our research, relevance, contribution and concluding part of the general and specific objectives, the third chapter we study the methodological framework revealing that develop thematic units, the methodology, the fourth chapter will discuss the where results will base the objectives set forth, responding to our problem formulation based on the doctrine, jurisprudence and social reality.

So that, we have proposed amending section 1346 of the Civil Code, as it is distorting the legal concept of criminal and consequent clause infringement of the autonomy of the parties to establish the content of the contract.

Keywords: autonomy, penalty, contracts, jurisprudence.

## I. INTRODUCCION

Muchas veces la probanza de los daños y perjuicios no es la labor sencilla. No obstante que, en principio, esas dificultades son solucionadas con la posibilidad que otorga la ley de que el juez realice una valoración equitativa de los daños, esa no es la única solución que brinda el derecho. Nuestro Código Civil ofrece la posibilidad de que los sujetos de la relación obligacional, en ejercicio de su autonomía privada, establezcan una cláusula penal en el contrato que celebran.

Como es visto, todo el sistema contractual descansa sobre una inmensa alfombra llamada “autonomía privada”, que no es otra cosa que el reconocimiento de la autodeterminación que dispone el individuo para “gobernar” libremente sus relaciones con los demás.

En materia contractual, esta autonomía tiende a manifestarse mediante dos libertades: la libertad de contratar y la libertad contractual, esto es la libertad de decidir si se contrata o no y con quien, y la libertad de decidir libremente el contenido del contrato. Desconocer estas libertades sería como desconocer la existencia misma del contrato. De esta manera, el Estado transfiere dicha facultad de intervención contractual en determinados casos, a los jueces (reducción de la cláusula penal) bajo el fundamento principal de la justicia y la equidad; pues en la excesiva onerosidad, por razones de equidad, se busca restablecer las prestaciones entre las partes, en los casos que una se manifieste excesivamente onerosa.

De acuerdo a la Cas. N° 1132-2002 hace referencia a que si bien el artículo 62° de nuestra Constitución Política del Perú, establece que la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, también ha cuidado en establecer que esta libertad de contratar debe darse de acuerdo a las normas vigentes a efectos de que resulten válidas. En concordancia con este criterio el artículo 354° del código civil Peruano, establece que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrato a norma legal de carácter imperativo, y

así mismo, el 1356° del referido código señala que las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes salvo que sean imperativas, consecuentemente, toda cláusula contractual debe estar en armonía y debe ser interpretada además de acuerdo a las normas legales vigentes.

De acuerdo a la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema CAS. N° 3031-99 Lima, da a conocer que la cláusula penal tiene por sustento la autonomía de la voluntad o la libertad contractual que tienen las partes para fijar anticipadamente el monto de la indemnización que corresponde al acreedor por la ejecución de retardo en el incumplimiento de la obligación a cargo del deudor, que es cláusula sobre la base de la representación de los daños que las partes tienen en cuenta al contratar.

Esta autonomía de la voluntad, así entendida es un principio que se ha mantenido por mucho tiempo. Tenía un carácter omnímodo por encima de la ley, de donde surge que “el pacto”, la voluntad “es ley para las partes”. La ley no intervenía solo como supletoria a la voluntad de las partes, para cuando los contratantes hubieran cuestiones o extremos que luego, en la praxis, durante la ejecución del contrato, se hacía necesario aclararlos y resolverlos.

Al respecto, señala Kemelmajer de Carlucci que “[l]a cláusula penal es un negocio jurídico o una convención o estipulación accesoria por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente”. Bajo ésta concepción la cláusula penal adquiere su propia validez entitativa. Señala acertadamente que el contenido de la cláusula penal no se agota en señalar que es una prestación o suma de dinero, ésta puede formularse como negocio jurídico, acto jurídico en nuestros términos. También señala que la cláusula penal refuerza el cumplimiento de la obligación, en un claro afinamiento del término que disipa las dudas sobre si la cláusula penal garantiza la obligación principal.

En nuestro ordenamiento jurídico quien garantiza el cumplimiento de las obligaciones, el término garantía, no muestra a la cláusula penal en su verdadera dimensión. Sin embargo a todo esto, se señala que tiene una

finalidad indemnizatoria, es decir, limita el ámbito de aplicación de la cláusula penal. Es por ello que precisamos que el termino indemnización está lejos de representar el verdadero contenido de la cláusula penal.

Debemos tener en cuenta que las razones que impulsan al ordenamiento jurídico el de optar por la posibilidad de modificar ya sea el de reducir, aumentar o suprimir o no la penalidad, esto deber ser de acuerdo a las funciones que básicamente cumple la cláusula penal. Por lo general, la función que siempre cumple la cláusula penal es de garantía, es decir, de protección o aseguramiento del crédito. Sin embargo, ya en la práctica, la pena convencional debe desarrollar distintas funciones en virtud de la configuración otorgada por las partes y permitidas por la ley, en la medida en que las normas sobre el Derecho de Obligaciones son básicamente derecho dispositivo, salvo cuando la propia ley lo establezca.

Adicionalmente la función resolutoria de la pena convencional es una de las funciones más cuestionables. El punto medular en este tema radica en determinar si al momento de hacerse efectiva, la cláusula penal importaría la resolución del contrato fuente de la obligación principal, de igual modo tiene por finalidad sustituir la prestación principal incumplida. A todo ello determinamos que, si el acreedor perjudicado decidiera ejecutar la penalidad pactada, ya no podría subsistir la obligación principal; es decir, el deudor no podría continuar obligado a cumplir la prestación principal por encontrar sea extinguida

En consecuencia, hacemos mención que la inclusión de cláusulas penales en los contratos, cuyos contratantes buscan reforzar el cumplimiento de sus obligaciones y prevenir su posible incumplimiento, puesto que resulta contraproducente que el deudor infiel que ha incumplido con sus obligaciones y que faltó a su palabra, acuda al juez para solicitar la reducción de la pena. Tenemos algunos argumentos en los que se esgrimen para permitir la revisión de las penalidades convencionales tales como: a) que el deudor es la parte débil de la relación obligacional. B) que la pena sea manifiestamente excesiva, c) que el deudor haya tenido la intención de cumplir ya sea parcial o irregular, d) que resulta injusto que el acreedor se beneficie con la pena cuando éste no ha sufrido daños o cuando sean inferiores a la pena pactada.

El origen del sistema de la inmutabilidad absoluta se remonta en el derecho romano en el que la pena quedaba librada exclusivamente a la voluntad de las partes, sin facultar al juez para modificarla, ni para reducirla, ni para aumentarla, aunque fuese excesiva. El sistema de inmutabilidad relativa establece la posibilidad de modificar el monto de la penalidad en ciertos supuestos, pero solo para reducirla, negando la posibilidad de que pueda ser incrementada.

Pues bien en la Casación N° 1513-2003 de la Sala constitucional y Social Transitoria, Corte Superior de Piura, 9 de diciembre de 2003 hace referencia que la cláusula penal es una manifestación del poder que tienen los particulares de programar sus propios intereses mediante instrumento jurídico como el contrato, es decir, de la autonomía de la voluntad. Como es el caso del pago de clausula penal, inaplicación de normas: nexo de causalidad y ausencia. Por otra parte, hacemos mención que en una relación contractual que se ha pactado una clausula penal y el deudor incumple con su obligación por causa imputable (dolo o culpa), el acreedor podrá exigir el pago de la penalidad, para lo cual no será necesario que se pruebe los daños y perjuicios que haya sufrido producto del incumplimiento del deudor. Esto es una excepción a la regla general de que todo sujeto que se exija el pago de una indemnización deberá acreditar los daños sufridos a fin de determinar la cuantía de estos mismos.

De igual modo la Cas. N° 3031-99 Lima hace alusión que una de las características de la cláusula penal es su carácter inmutable, por lo cual lo que pactaron las partes en uso de su libertad contractual no puede ser revisado o modificado; sin embargo, tal como se expresa el principio de inmutabilidad absoluta ha cedido su paso a la inmutabilidad relativa, en virtud de la cual el juez a solicitud de la parte deudora puede reducir el monto de la penalidad si ésta resulta excesiva o la obligación principal hubiere sido parte cumplida.

A primeras luces la revisión contractual atentaría contra el principio de obligatoriedad que rige todo contrato realizado por las partes; una primera premisa consiste en establecer que el juez no puede intervenir en un contrato, por el solo hecho de considerarlo injusto; recordemos que el concepto de lo injusto o los límites entre lo justo y lo injusto ha sido establecido, aunque de

manera arbitraria, por el legislador, empero al final también le otorga la facultad al juez determinar cuándo verdaderamente se presenta en un caso en concreto.

El problema jurídico que se presenta, es cuando todas las bondades de la cláusula penal en las obligaciones entre particulares, se faculta su vez al deudor a solicitar judicialmente su reducción por considerarla manifiestamente excesiva. Dicha facultad que le otorga nuestro ordenamiento jurídico al deudor desnaturaliza la institución jurídica de la cláusula penal, porque todo aquello que se quiso evitar con el establecimiento de la cláusula penal, es decir, la prueba y monto de los daños y perjuicios, necesariamente tendrían que determinarse en un proceso judicial, en donde además se deja a criterio del juez la reducción, pudiendo éste incurrir en arbitrariedades al no existir lineamientos o pautas a tomarse en cuenta, que justifiquen la reducción. Entonces podemos mencionar que la cláusula penal desnaturalizada jurídicamente no cumple las finalidades ni bondades para la cual fue diseñada y legislada.

Para la Casación N° 3179-2002-Callao de fecha dieciséis de setiembre de dos mil dos, materia de análisis considera que en un contrato de mutuo que, como se sabe, es el contrato de préstamo por naturaleza o, más exactamente, el contrato de préstamo de consumo por antonomasia, al haberse cumplido la obligación principal, corresponde otorgar la reducción de la penalidad (más aún si su monto equivale a casi el doble de la suma mutuada), está partiendo de un análisis comparativo del monto de la suma dada en préstamo y el monto de la penalidad que puede resultar engañoso si no se procede con cautela, en este caso se hace apreciar que se considera que en un contrato de mutuo al haberse cancelado la obligación principal y al haber sido solicitada por los deudores la reducción de la penalidad equivale a casi al doble de la suma mutuada.

En ese sentido, para analizar la posibilidad de reducción del monto de la penalidad, parece recomendable partir de la consideración de las funciones que el sistema ha otorgado a este instituto. Y si ello es así, debe tenerse en cuenta que tiene tres funciones básicas: a) la de constituir una suerte de liquidación anticipada de los posibles daños derivados del incumplimiento; b)

la de ser un medio de garantía de cumplimiento del contrato; y, c) la de sancionar al contratante que incumple por su falta de fidelidad al programa contractual.

De allí que no sea recomendable proceder apriorísticamente, como se ha hecho en la sentencia bajo comentario, analizando comparativamente el monto de la penalidad y el de la suma dada en mutuo, toda vez que, procediendo de esta manera, se puede soslayar el carácter subsidiario de la reducción del monto (aun cuando pueda resultar en los hechos que, efectivamente, el monto es manifiestamente excesivo) y, lo que es peor, se podría obtener un efecto desincentivador de la contratación, aumentando, en nombre de una falaz y prejuiciosa debilidad del deudor, las ocasiones de incumplimientos contractuales.

Por otra parte, la Casación N° 700-2008 Lima de fecha cinco de mayo del cinco 2009, materia de análisis, determina que la Sala Superior al resolver el proceso no ha efectuado un adecuado esclarecimiento de los hechos, puesto que uno de los puntos controvertidos consistía en determinar si el Contrato número OAJ-034-CONT-93 suscrito entre la empresa VALE Sociedad Anónima y CORPAC Sociedad Anónima fue modificado dejando sin efecto el cobro del porcentaje del cinco sobre mil de las penalidades, lo que determinara que los demandados no aplicaran dicha penalidad sino que en su reemplazo aplicaran el interés legal establecido por el Banco Central de Reserva.

Para resolver dicho punto debe dilucidarse a su vez si el acuerdo contenido en la cláusula once del referido contrato contiene un pacto de intereses moratorios o se trata de una penalidad, teniéndose en cuenta lo expuesto en el punto (acápito) uno punto nueve del convenio de entendimiento que se indica que lo establecido en la cláusula penal se refiere a intereses y moras, además de merituar en forma conjunta y razonada el caudal probatorio aportado al proceso. Por cuanto en la motivación el juez expone las razones del fallo, la causa o hecho que justifican su decisión; al tener la cláusula penal carácter accesorio, hablar de “obligación con cláusula penal” no resulta errado, en la medida en que se estará haciendo referencia a aquellas relaciones obligatorias que incluyen una penalidad convenida por las partes.

Más allá de esas consideraciones, la cláusula penal, a grandes rasgos, puede definirse como un pacto anticipado de indemnización.

Naturalmente, semejante afirmación no puede tomarse de manera absoluta, extendiendo su eficacia, por ejemplo, al ámbito de la contratación no paritaria. Sería recomendable, pues, que se establezca un criterio uniforme para determinar, en el caso de los contratos paritarios, cuándo estamos ante un monto excesivo para así librarnos de los peligros que encierra la discrecionalidad del juez al apreciar asuntos de los particulares en la autocomposición de sus intereses, tal como ha ocurrido en la sentencia que ha motivado estas líneas, en la cual la Corte Suprema ha estimado fundado el recurso de casación al considerar que se debe reducir el monto de la penalidad establecida en el contrato.

Para el autor León Barandiarán dentro de nuestro marco jurídico, sostiene que cualquiera sea la modalidad que invista la cláusula penal, ésta tiene por finalidad una resarcitoria de daños, anteladamente valorizados, además ofrece al acreedor un medio severo de conminación contra el deudor, por lo que hace posible el surgimiento de una responsabilidad concretándose en el pago de la pena. Es así que funciona como fuerza coercitiva para constreñir al deudor a cumplir su promesa.

Desde nuestro punto de vista, cuando es el acreedor quien pretende que el monto de la indemnización fijado por la cláusula penal es insuficiente para reparar los perjuicios que le ha ocasionado la inejecución de la obligación, deberá probar su cuantía. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico establece claro que sólo lo podría hacer de haberse pactado la indemnización del daño. Y cuando es el caso del deudor quien manifiesta que la pena es excesiva, porque el acreedor sufrió perjuicios inferiores a los pactados o no sufrió perjuicios por el incumplimiento, entonces podemos mencionar que el deudor a quien le corresponderá probar los hechos. Cabe mencionar que nadie mejor que ambas partes puedan fijar de antemano el monto de los perjuicios que el acreedor cree justo recibir por la inejecución o el retardo en el cumplimiento de la obligación pactada, al igual que el deudor considere justo pagar en las mismas condiciones o eventualidades.

Sin embargo, ello no excluye la necesidad de efectuar una apreciación subjetiva, pues el hecho de que el monto de la penalidad supere a los daños y perjuicios efectivamente irrogados, aun cuando se pueda comprobar la desproporción, no necesariamente significa que la pena sea “excesiva” y, mucho menos, “manifiestamente excesiva”. En este sentido, la necesidad de la apreciación subjetiva del juez parece ser imprescindible.

Otro punto que llama la atención es que en la Casación N° 726-2003-Lima se hace mención a una reducción de la cláusula penal por razones de equidad, supuesto no contenido en el artículo 1346 del Código Civil que habilite la reducción de la pena, en efecto dicha norma no invoca la equidad para reducir la pena convencional sino solo cuando ella es manifiestamente excesiva o cuando se ha cumplido parcial o irregularmente la prestación. En efecto apreciamos que el considerando décimo de dicha Casación, se expresa: “...La penalidad no constituye una suma líquida y exigible por la cual se puede despachar ejecución, debido a la facultad que la ley confiere al juez para reducirla equitativamente si el debate y la prueba demuestran en los procedimientos ordinarios [...] que es excesiva...”.

Respecto a esto podemos hacer mención que no solo vemos una deficiente sustentación cuando hace alusión a la equidad para reducir la pena sino cuando solo se hace invocación que excesiva, de tal forma que para la norma solo autoriza la reducción cuando ésta es manifiestamente excesiva, pues si bien es cierto el artículo n° 1346 del Código Civil utiliza el término equitativo lo hace para efectos de reducir la pena manifiestamente excesiva y no como el supuesto que autorice su disminución.

Otro criterio, no menos interesante, que se ha venido dando en nuestros tribunales a efectos de reducir el monto de la cláusula penal, ha sido el de considerar en la Casación N° 761-2003-Lima por lo que hace referencia que la resolución regula un tema contractual bastante controversial en nuestro medio, y es aquel referido a la posibilidad atribuida al juez de reducir el monto pactado como cláusula penal, conforme a los supuestos contenidos en el artículo 1346 del Código Civil peruano; además de hecho hace mención que la cláusula penal puede ser estipulada para uno de los siguientes fines: a) para el incumplimiento total de la obligación (pena compensatoria); b) para la mora

(pena moratoria) y c) para seguridad de alguna cláusula o estipulación concretamente señal; de allí que la cláusula penal sea distinguible en: compensatoria y moratoria dependiendo si tiene por objeto compensar los daños y perjuicios derivados por el incumplimiento o compensar tan solo los originados por la mora.

Por otra parte tenemos a la tesis “Cláusula penal en el contrato de arrendamiento”, Hernández Silva, Juan; previo a conferírsele el grado académico de maestría de derecho civil; 2011 México, de alguna u otra forma este trabajo da una aportación muy importante a nuestra investigación ya que a través de la cláusula penal se pretende inhibir el incumplimiento de las obligaciones por alguna de las partes celebrantes, pues se establece como sanción para aquel que viola el pacto asumido o prever el monto del daño y perjuicio ocasionado por el incumplimiento. El arrendador pretende inhibir la conducta del arrendatario para el caso de que éste continúe ocupando el inmueble, no obstante, la terminación del contrato, fijando un aumento del cien por ciento de la última renta mensual vigente que se pactó en el contrato. Debemos manifestar que la cláusula penal, al igual que los daños y perjuicios, pueden ser de naturaleza moratoria o compensatoria, dependiendo de si con ella se busca indemnizar la mora en el pago o si lo que pretende indemnizar es el cumplimiento parcial o defectuoso o el incumplimiento definitivo de la obligación.

Como podremos apreciar en el análisis que iniciamos, el principal cuestionamiento que se formula es el relativo a la primera parte del artículo 1346 del Código Civil, la misma que establece que el juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva. Resulta evidente, además, que el tema suscita apasionados debates, pues sea cual fuere la opción que se elija, habrá razones académicas, prácticas y éticas para defender la tesis escogida. En esta materia, ciertamente, la solución no es pacífica. Parece que lo único concreto es que no existe una solución que quede exenta de crítica.

## II. PROBLEMA DE LA INVESTIGACION

### 2.1 Aproximación temática

#### 2.1.1 Contratos

##### 2.1.1.1 Concepto

Mucho se ha escrito sobre el Contrato, sobre su concepto cual ha sufrido y sigue sufriendo cambios a tono con las modificaciones de las relaciones económicas y aun con el transcurrir del tiempo cambios de las relaciones sociales. El contrato es definido por el Código Civil Peruano de 1984 como el “acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial (artículo 1351), y el artículo 1402 precisa que el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones”. (De La Puente Y Lavalle, 1982:65)

Por otro lado, tenemos a Peralta Andia y Peralta Zecenarro (2005:57-58), el contrato, es: aquel que está circunscrita a la órbita del derecho privado. El contrato tiene por objeto producir cualquier efecto jurídico querido por las partes dentro del derecho civil. Así la noción de contrato es una idea general que se aplica a todos los negocios jurídicos patrimoniales y extrapatrimoniales, por consiguiente, son contratos no solo aquellos que tienen un contenido económico como por ejemplo tenemos a la permuta, la donación, la compraventa, el hospedaje, etc., sino, también aquellos contratos con incidencia extrapatrimonial como el contrato matrimonial o las capitulaciones matrimoniales, el contrato de adopción, los contratos sucesorios, etc., que nuestro Código no los considera. En sentido aún más restringido la doctrina más reciente aplica la noción de contrato a todos los negocios que inciden sobre relaciones estrictamente patrimoniales.

Por su parte, Torres Vásquez (2002: 767), señala que: Contrato es un acto jurídico bilateral o plurilateral, por el cual las partes regulan sus derechos patrimoniales o no patrimoniales, susceptibles de apreciación pecuniaria, en virtud de la aceptación que una de ellas hace de la oferta formulada por la otra. El consentimiento se da siempre por la confluencia de dos voluntades, la del oferente y la del aceptante, haya o no existido libre negociación contractual.

La palabra contrato proviene del latín *contratos* derivado de *contraeré* que significa, concertar, lograr; agrega que la doctrina contemporánea parte de la premisa de que el contrato se extiende a todo el derecho obligacional, y que, de consiguiente, no sólo crea obligaciones, sino que también las regula, modifica o extingue.

Otro aspecto saltante de la definición es el relativo al carácter estrictamente patrimonial de la relación. Este es igualmente un aspecto muy discutido en la doctrina contemporánea y responde a la concepción de que el contrato o tiene un contenido jurídico patrimonial o se resuelve siempre en la obligación de indemnizar los daños o perjuicios. Es en este sentido y no en otro que se ha dado a la definición de contrato ese carácter, sin que ello equivalga, como equivocadamente se ha sostenido, a que esté deshumanizando la norma, en contradicción con la filosofía del resto del Código (Miranda Canales, 2009: 44-45).

#### 2.1.1.2 Formación

Según Romero Zavala (2008: 96), al tratar sobre la formación del contrato, señala que: La doctrina se interesa en esclarecer debidamente el proceso mediante el cual se llega a constituir el consentimiento, porque obviamente, nos

encontramos ante una voluntad común expresada, declarada o manifestada. No se trata de una antinomia entre voluntad y expresión como se presentan en otros problemas jurídicos, por decir en la interpretación de los contratos; por el contrario, el proceso genéticamente se inicia con la voluntad y concluye con la declaración, sin solución de continuidad; es lo que podríamos llamar el aspecto interno y su correspondiente aspecto externo que configura el consentimiento.

Para el jurista colombiano Linares Vesga (2009: 39-45), en la formación del contrato, intervienen diferentes factores y circunstancias, tales como: La necesidad de celebrar el contrato, las partes, la voluntad de las mismas, el objeto, la causa, los factores económicos, en fin, múltiples aspectos que determinan que en un momento dado dos o más personas se involucren en una relación unilateral, bilateral o plurilateral concreta. Existen unas etapas preliminares, que van desde la intención de las partes hasta el contrato propiamente dicho y su perfeccionamiento, dentro del ámbito del derecho.

En un breve análisis hacemos mención que la oferta tiene dos etapas:

La primera etapa, es la iniciación formal del contrato ésta etapa una de las partes ofrece a la otra el producto, la venta o, en general, la posibilidad de celebrar el contrato y la aceptación de la oferta puede ser expresa o tácita, la misma que se efectúan actos que hacen presumir la aceptación.

La segunda etapa considera a la promesa de contrato o precontrato, difiere con la promesa de celebrar un contrato, por lo tanto consta de obligaciones propias e independientes y la última etapa es el contrato propiamente dicho.

### 2.1.1.3 Principios

#### a. Autonomía de la voluntad

Según Soto Coaguila (2012: 2), la también llamada autonomía privada, es aquella: Concebida como la facultad o el poder jurídico que tienen las personas para regular sus intereses, contando para ello con la libertad para contratar y la libertad contractual o libertad para determinar el contenido del contrato. Conforme a este principio, nadie está obligado a contratar; uno contrata porque quiere, con quien quiere y como quiere. Es conveniente precisar que la libertad de contratación se encuentra reconocida como un derecho fundamental de toda persona en el art 2, inc. 14 de la Constitución Política del Perú de 1993.

Desde el punto de vista teórico, los fundamentos de la autonomía de la voluntad, parecen incontrastables. Nada más conveniente que permitir a las personas elegir la naturaleza del vínculo contractual, el contenido, los efectos, etc., libremente; sin presiones de ninguna índole y sin que ninguna de las partes se encuentre en una situación de imponer su voluntad a la otra, porque así dejaría de haber autonomía. La naturaleza del alma humana que siempre busca las máximas ventajas en detrimento de los demás, han desvirtuado el principio de la autonomía de la voluntad, obligando así a la intervención del Estado para regular las relaciones derivantes de los contratos y para amparar el derecho de los débiles que por ciertos estados de necesidad no han podido contrarrestar la voluntad del otro contratante, Romero Zavala (2008: 30-31).

#### b. Consensualismo

Al respecto, Soto Coaguila (2012: 4), señala: Es un principio regulado en el art. 1352° del Código Civil, establece que los contratos se celebran por el solo consentimiento de las partes contratantes. En tal sentido, el contrato se considera concluido cuando nace la voluntad común de ambas partes, es decir, en el momento en que confluyen las voluntades de los contratantes y éstas se fusionan en una sola: el consentimiento. El acuerdo de voluntades es, pues, sinónimo de contrato.

Sobre la base de los principios de la autonomía privada y del consensualismo, las partes cuentan con la libertad de formalidad, que permite a los contratantes dotar a su contrato de la formalidad que mejor convenga a sus intereses; excepcional mente, algunos contratos deben celebrarse según la formalidad impuesta por ley bajo sanción de nulidad, conocida también como formalidad solemne o *ad solemnitatem*; en estos casos, la manifestación de voluntad se expresa únicamente a través de ella, por lo que, contrario sensu, de no observarse dicha formalidad no habrá manifestación de voluntad, y sin ésta no hay negocio jurídico posible. Empero, por regla general, los contratantes tienen.

c. Fuerza obligatoria o *pacta sunt servanda*

Para desarrollar este principio, Soto Coaguila (2012:5), se remite al art 1361° del Código Civil, señalando que: Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla; en esta norma encontramos positivizado el

principio de la obligatoriedad del contrato o *pacta sunt servanda*, conforme al cual los contratos obligan a las partes contratantes y, por lo tanto, los pactos deben cumplirse. Este principio es consustancial al origen del derecho contractual, lo cual hace que no se cuestione su presencia.

En opinión de Castro Reyes (2010: 647), señala que: En el art. 1361°, que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos y en su parte infine contiene una presunción *inris tantum* o relativa, es decir que admite prueba en contrario, conforme a la cual se presume que la declaración expresado en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

d. Buena fe

Por su parte el autor Díez Picazo (2009: 130), al tratar el principio de buena fe, señala: Que los contratos han de ser interpelados presuponiendo una lealtad y una corrección en su misma elaboración, es decir, entendiendo que las partes al redactarlos quisieron expresarse según el modo normal propio de gente honesta y no buscando circunloquios, confusiones deliberadas u oscuridades. La buena fe, además de un punto de partida, ha de ser también un punto de llegada. El contrato debe ser interpretado de manera que el sentido que se le atribuya, sea el más conforme para llegar a un desenvolvimiento leal de las relaciones contractuales y para llegar a las consecuencias contractuales exigidas conforme a las normas éticas.

En ese sentido, la buena fe impone la aplicación de ideas de confianza y autorresponsabilidad en la interpretación. Puesto que si una de las partes, con su expresión o su declaración, suscitó en la otra una confianza en el sentido objetivamente atribuyéndole a dicha declaración, esta parte no puede impugnar este sentido y pretender que el contrato tiene otro diverso. Estas declaraciones de voluntad, deben interpretarse en el sentido más conforme con la confianza que hayan podido suscitar de acuerdo con la buena fe.

Es un elemento de la vida humana que se ha incorporado al derecho, agregando que el mejor camino no es tratar de encontrar la noción de buena fe a través de las definiciones de otro elemento de la vida humana, sino a través de la manera como se ha incorporado al derecho (De La Puente y La Valle 2000: 723)

Sobre este principio Romero Zavala (2008:25), refiere que: Se ha constituido en uno de los temas más debatidos por la doctrina, pese a que su concepción ha sido creación del derecho romano y desde entonces es materia de interés por los exégetas, descrito en el art 1362° del C.C; *bona fide*, es la expresión latina, que podemos entender como la creencia del contratante de estar actuando correctamente; la convicción de no defraudar y por lo tanto de ser legítimo.

De esta forma el autor Soto Coaguila (2012: 1), manifiesta que la buena fe es aquella que en virtud de este principio los contratantes están obligados a comportarse con lealtad y honestidad en sus relaciones contractuales. Este principio impone a los contratantes el deber de actuar conforme a Derecho. En la práctica, este

principio debe traducirse en un respeto por el otro contratante, en los deberes de información, de confidencialidad y de claridad durante las tratativas previas, al momento de celebrar el contrato y durante la ejecución del mismo; en el no aprovechamiento del estado de necesidad de alguno de ellos, en la ausencia de mala fe, de engaño, de fraude, etc. Al respecto, el Código Civil peruano ordena que los contratos se negocien, celebren y ejecuten según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes, art1362°.

e. Efecto relativo

Al respecto, Castro Reyes (2010: 647), refiere que: Los contratos que se hubieren celebrado no surten efectos para todas las personas, pues sus efectos se limitan a las partes contratantes y, por extensión, a los herederos de éstas, a no ser que se trate de derechos y obligaciones no transmisibles, hipótesis en la cual los efectos del contrato no alcanzan a los sucesores de quienes hubieran celebrado el contrato en cuestión.

El principio del efecto relativo o de la relatividad del contrato, está dirigida a explicar sobre quienes recaen los derechos y obligaciones que nacen como consecuencia de la celebración del vínculo contractual. Pues bien; los derechos y obligaciones emergentes del contrato recaen sobre las partes contratantes, porque para ellos, el contrato es *res inter partes*, mientras, para los terceros es cosa entre ellos. Además, desde el derecho romano, el contrato que celebran las partes, no perjudican ni benefician a los terceros, (Romero Zavala 2008: 24).

A decir por Alpa (2003:144), señala que, los sujetos quedan vinculados sólo si existe consentimiento; a los terceros no se les permite vincular a un sujeto sin su consentimiento; las partes tampoco pueden, mediante el contrato por ellas celebrado, vincular a otros sujetos que no han tomado parte en el acuerdo.

Este principio experimenta algunas excepciones, como el contrato en favor de tercero produce efectos con respecto a un sujeto que no es parte del contrato, ello se permite por que el efecto es ventajoso, porque el contrato produce la adquisición de un derecho en ventaja del tercero, pero éste, puede rechazar el beneficio.

#### 2.1.1.4 Clasificación

Para Castañeda (1978: 87) señala que el contrato unilateral es un acuerdo de voluntades que engendra obligaciones solo para una parte. Contrato bilateral: es el acuerdo de voluntades que da nacimiento a obligaciones para ambas partes. Cuando en un contrato unilateral existen obligaciones que impliquen la transferencia de una cosa, si esta se destruye por caso fortuito o fuerza mayor es necesario poder establecer quién debe de sufrir la pérdida.

Al respecto hacemos mención que el contrato oneroso, es aquel que existen beneficios y gravámenes recíprocos, en éste hay un sacrificio equivalente que realizan las partes (equivalencia en las prestaciones recíprocas); por ejemplo, la compraventa, porque el vendedor recibe el provecho del precio y a la vez entrega la cosa, y viceversa, el comprador recibe el provecho de recibir la cosa y el gravamen de pagar. Contrato gratuito: sólo tiene por objeto la utilidad de una de las dos partes, sufriendo la otra el gravamen. De igual forma

es el contrato gratuito, por tanto, aquel contrato en el que el provecho es para una sola de las partes, como por ejemplo el comodato (Miranda Canales, 1995: 231).

Por otro lado está el contrato conmutativo, aquel contrato en el cual las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde el momento que se celebra el acto jurídico, un ejemplo muy claro es el contrato de compraventa de una casa, y por consiguiente los contratos aleatorios, que surge cuando la prestación depende de un acontecimiento futuro e incierto y al momento de contratar, no se saben las ganancias o pérdidas hasta el momento que se realice este acontecimiento futuro. Ejemplos son el contrato de compraventa de cosecha llamado de "esperanza", apuestas, juegos, etc. (Romero Zavala, 1999: 66).

Para el contrato principal, aquel que existe por sí mismo, en tanto que los accesorios son los que dependen de un contrato principal. Los accesorios siguen la suerte de lo principal porque la nulidad o la inexistencia de los primeros originan a su vez, la nulidad o la inexistencia del contrato accesorio. Y los contratos accesorios, son también llamados "de garantía", porque generalmente se constituyen para garantizar el cumplimiento de una obligación que se reputa principal, y de esta forma de garantía puede ser personal, como la fianza, en que una persona se obliga a pagar por el deudor, si éste no lo hace; o real, como el de hipoteca, el de prenda, en que se constituye un derecho real sobre un bien enajenable, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago (De La Puente Y Lavalle, 1991: 77).

Para Arias-Schreiber (1986: 123) menciona al contrato consensual, que por regla general, el consentimiento de las

partes basta para formar el contrato; las obligaciones nacen tan pronto como las partes se han puesto de acuerdo. El consentimiento de las partes puede manifestarse de cualquier manera. Contrato real, queda concluido desde el momento en que una de las partes haya hecho a la otra la tradición o entrega de la cosa sobre la que versare el contrato. Contrato formal, es aquel en que la ley ordena que el consentimiento se manifieste por determinado medio para que el contrato sea válido. Contrato formal solemne, es aquel que además de la manifestación del consentimiento por un medio específico, requiere de determinados ritos estipulados por la ley para producir sus efectos propios.

Por ultimo tenemos a los contratos privados, éstos son realizados por las personas intervinientes en un contrato con o sin asesoramiento profesional. Tendrá el mismo valor que la escritura pública entre las personas que los suscriben y sus causahabientes. Contrato público, son los contratos autorizados por los funcionarios o empleados públicos, siempre dentro del ámbito de sus competencias, tiene una mejor condición probatoria. Contrato nominado o típico, es aquel contrato que se encuentra previsto y regulado en la ley. Por ello, en ausencia de acuerdo entre las partes, existen normas dispositivas a las que acudir. Contrato innominado o atípico: es aquel para el que la ley no tiene previsto un nombre específico, debido a que sus características no se encuentran reguladas por ella. Es importante mencionar que los contratos innominados no son los que no están previstos por el Código Civil, porque todos los contratos lo están (Castañeda, 1978: 89).

De lo anterior expuesto por los diferentes autores citados, podemos manifestar que dentro de nuestro marco normativo

existen diferentes contratos que las partes contratantes pueden realizar de acuerdos a su relaciones jurídicas.

## 2.1.2 Principio de autonomía de la voluntad

### 2.1.2.1 Delimitación conceptual

De La Puente y Lavalle (2007: 198-199), para abordar a la autonomía de la voluntad, señala que: La Constitución Política del Perú en su art. 2 inc. 24 establece que: Toda persona tiene derecho a la libertad, cuya consecuencia es que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Esta es la noción de la libertad individual, que permite a las personas actuar según su arbitrio, dentro de los cauces del ordenamiento jurídico.

En ese sentido, la persona tiene mera libertad para ejercitar facultades, derechos y también para conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen. Trasladando ésta noción al campo del contrato, el inciso 14 de nuestra Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público; de tal forma que, si analizamos éstas posiciones podemos llegar que la libertad individual se traduce en la libertad de contratar, osea la libertad concedida a las personas para que, de común acuerdo, puedan crear, regular, modificar o extinguir entre si relaciones jurídicas patrimoniales.

También se hace mención que por autonomía de la voluntad privada las personas tienen libertad de celebrar o no un acto jurídico, de escoger la persona con quien celebrarlo, de determinar su contenido o de regularlo, modificarlo o extinguirlo. Pero esta autonomía de la voluntad privada no es

omnisciente, sino que está limitada por las normas imperativas, el orden público, las buenas costumbres, el abuso del derecho, los principios de corrección, el interés social, etc. (Torres Vásquez, 1998: 123)

Para el autor Díez Picazo (1979: 201) da a conocer que la autonomía privada es el poder a la persona por el ordenamiento jurídico para que gobierne sus propios intereses o atienda a la satisfacción de sus necesidades.

En consiguiente se debe entender por la autonomía de la voluntad, como la libertad humana y el poder jurídico que el Derecho objetivo reconoce a los sujetos para la regulación de sus propios interés, aunque habría que aclarar que los intereses deben ser entendidos en un significado muy lato, como todo aquello susceptible de recibir la tutela del Derecho, y no con un significado necesariamente pecuniario o patrimonial (Vidal Ramírez 2007:59).

Es una parte del principio de autodeterminación de las personas que según la constitución, es un principio previo al ordenamiento jurídico y el valor que con él debe realizarse, está reconocido por los derechos fundamentales. Además de ello acotamos que la autonomía es sinónimo de libertad, pero no de arbitrio, si por tal se entiende una situación absolutamente desvinculada de todo límite normativo. La autonomía está limitada por exigencias de solidaridad social, buena fe y paridad de tratamiento, seguridad, libertad, dignidad, función y utilidad social.

Se señala que el conocimiento de las reglas y generales que rigen la autonomía privada permite cubrir las lagunas de los textos codificados y establecer, de alguna manera, la disciplina de figuras como el apoderamiento, el negocio de

fundación, los estatutos de una asociación y otras muchas, huérfanas de normativa legal (de Castro y Bravo, 1985: 486).

Las expresiones “autonomía de la voluntad” y “autonomía privada” parecen sinónimas, pero no lo son; la autonomía de la voluntad es cuando se da relieve a la voluntad real o psicológico del agente o agentes; mientras tanto la autonomía privada, es cuando se considera a la declaración o manifestación de la voluntad como fuente de los efectos jurídicos (Ferri, 2002: 56).

Toma en cuenta tanto en el aspecto legal como el aspecto legal como el aspecto social e individual, sobre la base que la sociedad está conformada por los individuos que la tienen necesidades e intereses semejantes y distintos, que no están necesariamente vinculados con los intereses comunes de todos los miembros de la misma sociedad (Taboada Córdova, 2002:124).

#### 2.1.2.2 Teorías que analizan el principio de autonomía de la voluntad

Al respecto existen teorías que analizan el principio de la autonomía privada: Teóricamente fueron los canonistas y los teólogos de la edad media, seguidos por los partidarios de la Escuela del Derecho natural en los siglos XVII y XVIII, los primeros en exponer el principio de la autonomía de la voluntad, reconociendo a la voluntad de los sujetos privados el poder de crear Derecho.

El derecho canónico privilegia la voluntad contractual, protegiéndola contra los vicios de la voluntad (vicio de consentimiento) y dando trascendencia al respecto de la palabra empeñada, la misma que obliga con independencia de toda forma (*pactum nudum*), base del consensualismo

contractual, la violación de los compromisos deben ser sancionados, puesto que la violación equivale a un pecado (*pacta sum servanda*) (Vidal Ramírez, 1985: 23-25).

Las teorías del individualismo y voluntarismo, analizadas posteriormente dan a conocer en tiempos pasados como se daba el principio de la autonomía de la voluntad frente a las partes.

a. Individualismo

La confluencia del individualismo y del voluntarismo del siglo XVII y comienzo del siglo XIX con el liberalismo económico del siglo XIX, llevó a que el principio de la autonomía del voluntad sea consagrado en el Código Napoleón y a que los interpretes de este Código hagan descansar toda fuerza del contrato en la voluntad de las partes contratantes, sin ninguna injerencia de la autoridad (Torres Vásquez, 1998: 90).

b. Voluntarismo

Tenemos a la teoría voluntarismo, los filósofos del siglo XVIII aunque asumían que la voluntad era la fuente de todos los derechos. Es decir que el individuo no está obligado sino por su voluntad, por no ser está más que la expresión de la voluntad general. Además, le reconocía un valor moral por ser iguales y libres los individuos, el contrato libremente discutido es necesariamente equitativo; toda traba del legislador compromete ese equilibrio e implica una injusticia. Y la otra teoría es el liberalismo.

Esta corriente señala que el hombre no dará prueba de iniciativa en sus empresas más que si contrata

libremente, solo si regula por sí mismo, a su antojo, sus actividades; el comercio se basa en una libertad ilimitada; por tanto una reglamentación legal aporta el establecimiento; aquella esfuma el sentido de la responsabilidad, desalienta a la iniciativa y a la competencia (Messineo, 1986: 243).

### 2.1.2.3 Manifestaciones

#### a. Libertad de contratar

Según Pinedo Aubian (2010:94), establece que la libertad de contratar se presenta el momento previo a la celebración del contrato, porque gracias a ella los contratantes son libres de decidir si celebran o no un contrato y además, de vincularse entre sí.

Acorde con Soro Rusell (2007: 92-93), la libertad de contratar o de contratación, conlleva importantes consecuencias, que son: la libre opinión del individuo entre contratar y no contratar. Esto es, la libertad para constituir o no relaciones contractuales, y en segundo lugar, libertad de contratación es libertad para elegir el contratante que nosotros queramos. En lo que respecta a la libertad de contratar, se refiere al contrato en sí, que lejos de ser un lugar de concordia o de confrontación, se configura como un punto de encuentro entre dos intereses distintos pero con necesidad de asociarse. Y en tal caso la decisión de quedar comprometidos o de obligarnos frente a alguien solo debería proceder de nuestra voluntad. Por lo tanto, todos somos libres de concluir un contrato u otro, o de negarnos a contratar si esta es nuestra voluntad.

Por ello, si la voluntad manifestada a través del consentimiento de los contratantes es la que justifica la fuerza obligatoria del contrato, ello explica que un contratante no pueda quejarse de una obligación que ha contraído libremente. Significa que nadie puede obligarnos a contratar cuando no lo deseamos, ni comprometernos si no queremos, pues negarse a contratar también es un acto de libertad.

Es por ello que podemos hacer mención que la libertad de contratación no significa solamente libertad para contratar o para negarse a llevar a cabo un contrato, sino que implica también la libertad para llevar a cabo un contrato con quien nosotros queramos y sin tener que dar explicaciones a nadie por haber elegido a este o aquel contratante. De tal forma que esta libertad cobra su mayor esplendor cuando los contratos se concluyen *intuitu personae* en consideración a la persona es decir; en atención a las particulares o excepcionales cualidades o características del contratante elegido.

#### b. Libertad contractual

Para la doctrina francesa moderna hay dos fundamentales: consentimiento no es otra cosa que la voluntad bilateral coincidente. Sólo cuando se da el concierto de voluntades se consentimiento. Todo acuerdo de voluntades implica consentir, de aquí también surge la figura del contrato verbal, consensual formalismo (y la mayoría de los contratos revisten esta figura, al menos en nuestro medio, particularmente en los pequeños pueblos de nuestra sierra y nuestra ceja de selva, donde no hay Notarios, Jueces de donde un porcentaje incluso

de la población son analfabetos) (Palacios Pimentel, 2004: 305-306).

Según Bastos Pinto (2011: 126), “la libertad contractual, alude la autodeterminación que tiene toda persona para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual”.

Para Zavaleta Carruitero (2002:1456) señala: que es aquella libertad que permite a las parte establecer los términos y condiciones en que se obligan, y las demás circunstancias no modalidades que se pactan; anteriormente se reconocía a las partes una libertad absoluta, denominada en la doctrina como voluntarismo contractual, ahora esa libertad es relativa, por estar limitada por la ley, teniendo en cuenta consideraciones o interés social o público.

Y al tratar sobre la libertad contractual, Soro Rusell (2007:132) señala: la libertad contractual considerada como segunda aplicación o manifestación del principio de la autonomía de la voluntad o manifestación del principio de la autonomía de la voluntad privada es sin duda la más importantes, principalmente por su repercusión en la práctica, toda vez que la libertad de contratación apenas ha sido tratado por doctrina y jurisprudencia.

#### 2.1.2.4 Limites

##### a. Orden público

Según De La Puente y Lavalle (2007: 243-244), al tratar sobre el orden público, señala: En aplicación del art. 1355° puede el ordenamiento jurídico restringir a autonomía privada en un campo más estrecho, en el cual su actuación no vulnere principios que dicho

ordenamiento considera dignos de tutela. Obsérvese que dicho artículo se refiere a la imposición de reglas y al establecimiento de limitaciones al contenido de los contratos, de tal manera que está circunscrito a acotar la libertad de configuración interna, sin afectar la libertad de conclusión.

No se podría, pues, en virtud del art 1355° modificar el tipo contractual y convertir, por ejemplo, un arrendamiento en compraventa. Comprendo que el art 1355°, aún con esta taxativa, concede al Estado un arma muy poderosa, pero pienso que sí, tal como lo plantea dicho artículo, la facultad de imponer reglas y establecer limitaciones al contenido de los contratos se ejerce dentro del ámbito del interés social, público o ético, dicha arma puede contribuir magníficamente no sólo al logro de la justicia contractual, sino también a adaptar el contrato a las necesidades de la vida moderna, como es el caso de la contratación masiva.

Abordando el tema, Rubio Correa (2001: 92-93), señala: que, la referencia al orden público es plurisignificante dentro del derecho. De otro lado, existen conceptos vecinos tales como orden interno, derecho público y normas imperativas, alrededor de los cuales se teje una compleja red de definiciones que no siempre es consistente en sí misma, es decir, que ni define con precisión cada una de esas categorías ni tampoco precisa los contrastes que permitan excluir unos conceptos de otros, o determinar cuáles son los géneros y cuáles las especies.

El problema es aún más complicado porque distintos autores asumen diversas posiciones al respecto. No

pretendemos, ni mucho menos, zanjar estas discusiones presentes en el derecho por mucho tiempo.

b. Buenas costumbres

Las buenas costumbres son los valores éticos y sociales que no pueden ser contradichos por las convenciones de los particulares.

A decir Rubio Correa (2001: 93-94), al referirse a las buenas costumbres, señala: Que negocio inmoral es aquel que lesiona las buenas costumbres, ósea va contra los principios morales corrientes en un determinado lugar, en un determinado momento. No se asume como norma de las buenas costumbres la moralidad en sentido abstracto, deducida de principios de razón, sino la que la opinión común, vigente en un determinado ambiente, considera y practica como tal, la denominada ética social.

2.1.3 Clausula penal

2.1.3.1 Delimitación conceptual

La cláusula penal es una estipulación accesoria añadida a un contrato, por el cual y para asegurar la ejecución de la prestación en caso de retardo o incumplimiento. Se le denomina pena convencional, que viene a ser prestación determinada, prometida por el deudor al acreedor para el caso de incumplimiento o retardo de su obligación. Es un pacto accesorio en el que se estipula multas o penas a cargo del deudor que dejarse de cumplir o retarde el cumplimiento de la prestación (Palacios Pimentel, 1991:553).

Es así que podemos hacer mención que la cláusula penal es una promesas accesoria, aceptada por el contraparte, que importa la obligación (del deudor) de efectuar una

determinada prestación, a título de pena, para el caso de incumplimiento injustificado de la obligación que nace de contrato. Tiene la función de resarcir al acreedor de los daños que han originado y de limitar al mismo tiempo su medida. Dado que el carácter convencional de la cláusula, la pena se debe independientemente de la efectividad y de la prueba del daño, por parte del acreedor, lo que hace más fácil la situación de él, en caso de incumplimiento (Messineo, 1986: 446).

Debemos explicar que la cláusula penal es un acto accesorio, es decir que se estipulan penas o multas contra el deudor que dejare de cumplir o retarde el cumplimiento de aquello a que se obligó.

Para Carlos Cárdenas Quirós (1988: 205-207), la cláusula penal cuya expresión más adecuada para este autor es la de pena obligacional, es el “[m]ecanismo compulsivo derivado de una relación obligatoria constituido por una prestación de dar, hacer o no hacer que el deudor (o un tercero, según algunos autores o legislaciones, y aun el acreedor en ciertos casos cuando por ejemplo no colabora con el deudor a fin de que éste verifique la ejecución de la prestación a su cargo, violando el deber de colaboración) se obliga a ejecutar (a favor del acreedor, de un tercero o de un deudor si el acreedor contraviene el deber de colaboración) en el supuesto de inejecución total o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal”.

Ante todo lo expuestos por los diferentes juristas respecto a la cláusula penal, debemos hacer mención que a grandes rasgos podemos definir a la cláusula penal como aquel pacto anticipado de indemnización; donde se dispone que si el

deudor incumple, tendrá que pagar una indemnización de daños y perjuicios, cuyo monto se especifica en dicho pacto.

Un claro ejemplo para entender a la cláusula penal donde los contratantes pueden fijar convencional y anteladamente a la fecha de vencimiento de la obligaciones el monto de los daños y perjuicios es: si José y Carla acuerdan que si el primero no cumple con la prestación "Z" o no la cumple en la fecha pactada por ambas, pagara la multa de S/. 2,300.00 Nuevos soles.

### 2.1.3.2 Naturaleza jurídica

La penalidad civil es una categoría *ius* filosófica-histórica y no dogmática aparecida en el Derecho Romano debido a las condiciones y a la estructura del sistema obligatorio imperante y que estaba exenta de la salvaguarda de la conminación publica, que en todo caso se reducía a escasas relaciones de carácter satisfaciente conforme al desarrollo de la civilización porque se evoluciona de la noción rígida de la pena a la idea de reparación o indemnización.

En este panorama filosófico-jurídico de nuestra organización civil actual hay autores que sostienen que su naturaleza es de carácter reparador y hay de aquellos que afirman que su rasgo típico es su modalidad conminatoria y aflictiva. Debe optarse, representado así el panorama entre el modo especial de liquidar daños y perjuicios o como en su primigenia concepción, el de una función eminentemente punitiva. Surge uniendo extremos de ambas posiciones, una ecléctica, pues concilia, puntualizando una función que afecta inclusive la noción y el concepto, la de reparadora y a la vez punitiva.

Para Villar Ñañez, (2000: 363-364), la penalidad estipula en clausula, aparte, juega un papel preponderantemente persuasivo, pues desde el momento de la celebración del acto jurídico el deudor se ve compelido, constriñendo cumplir con la prestación inicial.

Subjetivamente está condicionado bajo amenazas, en el mejor sentido de la palabra de un desmedro en un patrimonio, máxima casi generalmente la cuantía de la penalidad se proyecta a cubrir los alcances de incluso un daño ulterior y que las partes en ese momento, ab initio pueden prever, es decir, el monto de la penalidad va más de la simplicidad de los daños y perjuicios y rebasa los márgenes de la indemnización.

#### 2.1.3.3 Finalidad de la cláusula penal

Esta figura cumple una doble finalidad; por un lado, verificado el cumplimiento se simplifica la determinación de la indemnización, exonerando al acreedor de la prueba de los daños y perjuicios provocados por aquel; por el otro, antes de la exigibilidad de la obligación, cumple una función coercitiva de garantía de cumplimiento, porque “el deudor tratara verosímilmente de cumplir para eludirla” (Ferrero Costa, 2001: 397).

La Clausula penal compensatoria está regulada en el artículo 1341° el cual establece: “el pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el integro de la penalidad, pero esta se

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

El artículo 1341° consagra importantes principios. Se inspira en el segundo párrafo del artículo 340 del Código Alemán y en la primera parte del artículo 1382 del Código Civil Italiano. A diferencia de otras legislaciones, entre ellas el artículo 655 del Código Argentino y el artículo 1840 del Código Mejicano, el Código permite pactar la indemnización del daño ulterior (Osterling Parodi, 2007:263).

Para este primer supuesto, la cláusula penal está estipulada para que al verificarse el incumplimiento, el acreedor este facultado solicitar o bien el cumplimiento de la obligación principal (si aún le es útil) o la obligación penal, mas no ambas cosas simultáneamente. De esto, se desprende que “(...) en el código se presume la voluntad de los contribuyentes dirigida a la modalidad sustitutiva y compensatoria. En ella, según se deduce del Código Civil, el importe fijo de la pena comprende, en principio el valor de la prestación y el equivalente de los daños y perjuicios adicionales”. De esto se deriva su naturaleza “compensatoria o sustitutoria” respecto a la obligación derivada de los daños y perjuicios causados al acreedor por el incumplimiento.

Normalmente la penalidad contenida en tal clausula está constituida por una suma de dinero representativa de los daños y perjuicios por el cumplimiento, sin embargo, nada impide que se pacte a título de penalidad una prestación distinta (de dar, hacer o no hacer). Cuando existe una penalidad convencional el resarcimiento al acreedor normalmente comprenderá solo lo que expresamente e haya estipulado. Sin embargo, es posible que se pacte la indemnización del daño ulterior. (Ferrero Costa, 2001: 388).

Se afirma entonces, como carácter esencial de la cláusula penal su subsidiaridad, toda vez que, según Espín Alba (1997:53) “es una obligación subsidiaria porque no es exigible más que en el caso de falta de cumplimiento voluntario de la obligación que garantiza y salvo, pacto expreso en contrario, incumplida la obligación, no puede reclamarse conjuntamente la pena y el cumplimiento específico de aquella. En este sentido cumple una importante función liquidadora”.

Para la cláusula penal moratoria regulada en el artículo 1342°, el segundo supuesto (cláusula penal moratoria), es estipulado para los casos de inexactitud temporal (retardo) o inexactitud espacial (lugar). En este tipo de penalidad, el acreedor está facultado a exigir además de la pena convencional prometida, el cumplimiento de la obligación principal garantizada, “(...) toda vez, que con ella se trata simplemente de reparar el daño causado al acreedor por no haberse cumplido la obligación al momento o lugar oportunos”. Empero, esta también sería una modalidad de penalidad sustitutiva o compensatoria porque “(...) la penalidad es un equivalente del tiempo perdido, no de la prestación, y por tanto entra por derecho propio en el marco de la variedad sustitutoria”.

El monto de la cláusula penal pactada para el caso de mora o aseguramiento de una clausura especial es, indudablemente, mucho menos elevada que la otra, porque esta tiene la calidad de verdadera indemnización compensatoria por la ejecución total. En cambio en la mora, la prestación principal será siempre ejecutada, a destiempo o con retraso, pero cumplida al fin. Y en el caso de una cláusula determinada, los posibles perjuicios no alcanzarán

el volumen de un incumplimiento total en la mora debe tener presente dos situaciones, porque así corresponde a su naturaleza. Todo depende de cómo ha sido pactada. Nos referimos a la interpretación, porque, la regla general es que no procede de pleno derecho. Es decir, será necesario previamente constituir jurídicamente en mora al deudor, y esto se logra mediante el emplazamiento recién el deudor está en mora, a menos que también este pactada, adicionalmente, la mora expresa, con lo cual el simple vencimiento del plazo respecto de la prestación principal, resulta suficiente para la mora y por lo tanto, la exigencia de la penalidad por ella (Romero Zavala, 1999: 181).

#### 2.1.3.4 Funciones de la cláusula penal

Nos corresponde analizar la funcionalidad de la cláusula penal en el marco concreto del Código Civil Peruano de 1984. Para tal efecto, vamos a estudiar a cada una de las funciones que en teoría cumple la cláusula penal, confrontándolas con el régimen legal peruano y expresando nuestras opiniones al respecto.

##### a. Función compulsiva

Esta función concebida en el derecho romano (*stipulatio poenae*), ha recobrado vigencia en el derecho moderno. El Código Civil francés expresa en su artículo 1126 que la cláusula penal sirve para asegurar la ejecución de las convenciones. Sin embargo, la doctrina francesa ha regulado esta función sosteniendo que por regla general en el derecho moderno todas las convenciones son obligatorias por sí mismas y la ejecutabilidad de las obligaciones lícitas está garantizada por la ley (Mosset Iturraspe, 1978: 71).

De tal forma proporciona un incentivo para la conducta debida del deudor, esto es el cumplimiento específico de su obligación, sobresale cuando la cuantía de la pena es mayor que la de la prestación principal debida, con la cual se incita al deudor a cumplir.

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci, (1981:13) sostiene que la cláusula penal como pena se dirige a castigar una conducta antijurídica asegurando de esta manera el cumplimiento de la obligación.

#### b. Función indemnizatoria

De acuerdo con la función indemnizatoria o resarcitoria, la cláusula penal está destinada exclusivamente a limitar el resarcimiento de los daños que pueden originarse en el incumplimiento de la obligación. No obstante, la pena pactada se debe como indemnización haya o no haya sufrido daños el acreedor. El hecho de que el acreedor no sufra daños por el incumplimiento, pero debido a una penalidad pactada reciba la indemnización, puede resultar cuestionable desde la óptica del moderno derecho de daños, donde se afirma que no hay responsabilidad y por ende indemnización sin daño. Por ello la cláusula penal no siempre cumpliría con esta función.

Esta función indemnizatoria, que se superpone a la anterior o la desplaza (función compulsiva), se rige aunque no haya perjuicio para el acreedor, por lo que se debe tener una adecuación lo más perfecta posible a los daños sufridos por el acreedor por lo que está destinada exclusivamente a limitar el resarcimiento de los daños, y se rige aunque no haya perjuicio para el acreedor.

#### c. Función punitiva

La cláusula penal, desde esta perspectiva consiste en sanciones pecuniarias cuyo fin específico es garantizar la adecuada ejecución del contrato. La cláusula penal es aquella, establecida por las partes en el contrato o en los documentos que lo complementan o por las normas generales que son aplicables a la contratación, en las cuales se dispone el pago de una determinada suma para el caso de que se incurra en faltas en la ejecución de las prestaciones previstas para el contratante particular (Chang Hernández, 2009:22).

#### d. Función resolutoria

Para la función resolutoria, es sabido que ante el incumplimiento de una obligación contractual el acreedor puede solicitar su cumplimiento o la resolución del contrato. En efecto, el artículo 1428 del Código Civil Peruano refiriéndose al supuesto de los contratos con prestaciones recíprocas prescribe que cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios (Arias Schreiber, 1986: 368).

#### 2.1.3.5 Carácter de la cláusula penal

También indican que la obligación impuesta por la cláusula penal presenta los siguientes caracteres:

- Es accesoria, pues su existencia depende de la obligación principal.

- Es subsidiaria, porque entra en sustitución de la presentación principal, no pudiéndose acumular a ella a menos que la pena se haya pactado en la función del mero retardo en la ejecución.
- Es inmutable, en cuanto el importante de la pena, en principio, no es susceptible de alteración.
- Es condicional, porque su efectividad está subordinada a la inejecución de la prestación principal.
- Es definitiva, ya que practicado el hecho condicionante de la pena, queda fijado en el patrimonio del acreedor el derecho. De ahí que pactada una cláusula penal para el incumplimiento, no puede trasladarse para la simple demora (Dávila Sánchez, 2006: 63-64)

Estos caracteres consignados para la cláusula penal, son estipulaciones subsidiarias y condicionales, porque no constituye a la obligación principal; es decir que no permite al deudor liberarse de la obligación principal, y no permite al deudor liberarse de la obligación prometiendo cumplir la pena.

#### 2.1.3.6 Sistemas de la cláusula penal

##### a. Sistema de Inmutabilidad Absoluta

Para el sistema de inmutabilidad absoluta; el origen de este sistema se remonta al derecho romano en que la pena quedaba librada exclusivamente a la libertad de las partes, sin facultar al juez para modificarla, aunque fuese excesiva. La única excepción permitida a este principio se refería a los pactos destinados a encubrir intereses usurarios. Así, en el libro VII, título XLVII, del Código de Justiniano se señala que como se han llevado hasta el infinito las antiguas dudas respecto a intereses, mandamos que en todos los casos que contienen una

cantidad o cosa cierta, como en las ventas o en los arrendamientos y en todos los contratos, los intereses no excedan en manera alguna la cantidad del duplo.

Entre las bondades del sistema de inmutabilidad absoluta se encuentra el privilegio que otorga a la seguridad jurídica y la confianza en el cumplimiento de los contratos. De esta manera, no habiendo posibilidad de modificar el monto de la cláusula penal, el ordenamiento genera previsibilidad y certidumbre en el acreedor respecto de las consecuencias que pudieran derivarse de un eventual incumplimiento. (Chang Hernández, 2012: 63-64)

Esto quiere decir que desde el punto de vista del deudor, la inmutabilidad de la cláusula penal promueve comportamientos éticos y fomenta medidas destinadas al cumplimiento de las obligaciones. Este sistema parece ser el que, analizado desde un punto de vista conceptual, regula con mayor coherencia las funciones inherentes a la cláusula penal; sin embargo, no obstante sus bondades, un numeroso sector de la doctrina alza sus críticas en contra señalando que la inmutabilidad absoluta de la cláusula penal puede constituir una fuente de abusos e injusticias contra el deudor.

#### b. Sistema de Inmutabilidad Relativa

A nuestro juicio, este criterio debería ser desestimado, habida cuenta que, si atendemos a la naturaleza de la cláusula penal, lo que ésta pretende es una evaluación previa de los daños y perjuicios que pudieran irrogarse al acreedor como resultado del incumplimiento del deudor. En este sentido, no cabe reducir el monto de la penalidad atendiendo a los beneficios que hubiera obtenido el

deudor como resultado de su propia inexecución, pues estos suelen generarse independientemente de los daños que eventualmente se infrinjan al acreedor. Así, si aplicáramos este criterio, podríamos caer en el absurdo de reducir una penalidad atendiendo a que el incumplimiento no ha generado beneficios a favor del deudor, pese a que el acreedor ha sufrido daños graves que deberían ser indemnizados mediante la ejecución del monto íntegro de la cláusula penal, y viceversa.

Este sistema pretende neutralizar los vicios en que se incurre en el sistema de inmutabilidad absoluta, el cual según sus detractores, al no admitir la reducción de la penalidad excesiva, propicia los abusos por parte del acreedor. Bajo el sistema de inmutabilidad relativa, en cambio, el acreedor ya no tiene incentivos para, abusando de su posición dominante, imponer al deudor penalidades exorbitantes, habida cuenta que, de ser el caso, éstas podrán ser reducidas por el juez de manera sustancial. Es con esta finalidad que el sistema bajo análisis permite la reducción del monto de la pena cuando, a criterio del juez, los daños infringidos como resultado de incumplimiento fueran ostensiblemente inferiores a la pena pactada (Kemelmajer de Carlucci A. ,1981: 95).

#### c. Sistema de Mutabilidad Absoluta

Sistema de mutabilidad absoluta; se encuentran en contra de la mutabilidad de la cláusula penal afirma frente a ello. Cabe hacer mención que no toma en cuenta este autor, es que el poder de la reducción de la penalidad constituye una forma de control de la autonomía privada contra el abuso de una parte en daño de la otra.

Que siguiendo la doctrina del artículo 920 del Código de Brasil, establecía que la cláusula penal no podía ser modificada por el juez, como consideraba excesiva o diminuta; pero que su valor no podía en ningún caso exceder al de la obligación principal. Es esta misma doctrina brasileña la acogida, entre otras legislaciones por el código mexicano (artículo 1843) y por el colombiano (artículo 1601) (Palacios Pimentel, 2002: 557).

#### 2.1.3.7 Efectos

Al analizar esta materia debemos responder a la interrogante de las consecuencias que origina la incorporación de la estipulación penal. A fin de ordenar conceptos, resulta necesario estudiar separadamente los efectos que se producen cuando existe pluralidad de sujetos en la relación obligacional, pues en estos casos se ocasionan consecuencias particulares.

En el tema de los efectos en general de la cláusula penal, éstos deben distinguirse según se contemple la institución antes o después del momento en que se produce la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal que garantiza. En el primer caso, la pena convencional origina en el deudor un efecto intimidatorio o de presión para el cumplimiento de la obligación, toda vez que, como ya se ha expresado, puede acarrear consecuencias más gravosas que un simple incumplimiento. Así, la voluntad de cumplir tendrá mayor vigor, lo que, en definitiva, muestra su función general de garantía (Osterling Prodi & Castillo Freyre, 2011: 979-980).

En el segundo de los momentos señalados, es decir, en caso de que ya hubiese ocurrido la inejecución o el cumplimiento

parcial, tardío o defectuoso de la obligación, los efectos de la cláusula penal serán distintos, según haya sido pactada como compensatoria o moratoria. Dentro del marco legal peruano, y en lo que respecta a los efectos de la cláusula penal compensatoria, previos al incumplimiento de la obligación, sería reiterativo ahondar en ellos, en la medida en que están estrechamente ligados con las funciones de la cláusula penal, materia que oportunamente analizamos.

Sin embargo, el tema que ahora importa son los efectos de la cláusula penal con posterioridad al incumplimiento de la obligación por el deudor. Para ello resulta necesario distinguir entre las medidas que puede adoptar el acreedor perjudicado por el incumplimiento y las que corresponden al deudor de la cláusula penal. En lo que atañe al acreedor perjudicado, puede exigir el pago de la prestación incumplida en especie, lo que implica la posibilidad de que se dirija hacia el cumplimiento de la prestación debida, no obstante su derecho a reclamar la cláusula penal compensatoria (Palacios Pimentel, 2004: 658).

Lo expresado equivale a decir que el acreedor no tendría por qué considerar necesariamente la penalidad pactada, pues podría prescindir de ella y recurrir a los medios que en general concede la legislación civil para lograr ver satisfechas sus expectativas en especie. Pero el acreedor, como es obvio, también podría considerar inútil el cumplimiento de la prestación en especie y optar por resolver el contrato y exigir la ejecución de la penalidad compensatoria pactada. Si el acreedor adoptara este camino, el deudor, a partir de la resolución del contrato, se encontraría impedido de cumplir con la prestación debida. En otras palabras, desde que el acreedor se decide por la

penalidad, el deudor ya no podría cumplir con la prestación principal (Osterling Prodi & Castillo Freyre, 2011: 980-981).

Cabe aclarar que dentro de la lógica de la cláusula penal, ello no implicaría que el deudor gozara de la facultad de no cumplir con dicha prestación, y que, en sustitución, pretendiera cumplir con la penalidad pactada. Por otra parte, y en lo que respecta al deudor, ante su incumplimiento, si a dicho deudor nada se le hubiera exigido, deberá cumplir con la prestación debida y no con la penalidad pactada. Ahora bien, si el deudor ya hubiese sido constituido en mora, teniendo en consideración que ella implica el requerimiento de pago de la prestación debida y no la voluntad de dar por extinguida la obligación, será claro que el deudor únicamente podría cumplir con dicha prestación y no obligar a su acreedor a aceptar la penalidad pactada (Peirano Facio, 1982: 245).

Debemos considerar que la condición moratoria implica la posibilidad de cumplimiento de la obligación. Se entiende, como lo hemos analizado oportunamente, que mientras el acreedor mantenga a su deudor en mora, ello significa que guarda la expectativa de que todavía pueda dar cumplimiento a la prestación debida. Siguiendo con este razonamiento, si el acreedor ya hubiese dado por extinguida la obligación principal.

En efecto, si la cláusula penal es la determinación anticipada de los daños y perjuicios que se deriven de alguna obligación, puede recaer en las distintas modalidades dentro de las cuales tales daños y perjuicios se presentan. Si la pena concierne al caso de incumplimiento, puede referirse a la obligación total o a una parte de ella, pues si en este último caso está destinada a actuar en el ánimo del deudor

para que cumpla su obligación con exactitud y puntualidad, comprenderá la estipulación de mayor interés para el acreedor que la pacte; por eso, en vez del cumplimiento mismo de la obligación, puede concretarse a un perjuicio especial que el acreedor quiera preferentemente evitar. Por la misma razón, la pena puede dirigirse al caso de mora. La pena estipulada para el caso de incumplimiento no permite al acreedor exigir conjuntamente la obligación y la pena, ya que esta última importa la fijación anticipada de los perjuicios compensatorios, y el pago de los mismos se verifica en sustitución del cumplimiento de la obligación in natura (Osterling Prodi & Castillo Freyre, 2011: 981-982).

#### 2.1.3.8 Exigibilidad de la Cláusula Penal

La doctrina señala dos condiciones generales para la aplicación de la cláusula penal: la existencia de una obligación principal válida y la validez de la pena estipulada. En primer lugar, se requiere la existencia de una obligación principal válida, pues dada la naturaleza de la cláusula penal, como medida de garantía para el cumplimiento de las obligaciones, aparece como primera condición para que ella se aplique. La segunda condición es la validez de la pena estipulada (Castro Reyes, 2010: 640)

En el régimen legal peruano, teniendo en consideración que la regla general adoptada por el Código Civil en su artículo 1333 es la mora por intimación y no la mora automática, debemos concluir en que un deudor no se encontrará en mora por el incumplimiento de su obligación, si no se hubiese producido la intimación o requerimiento por el acreedor, a menos que se hubiese generado alguno de los casos de mora automática (Osterling Parodi, 1999: 678).

Como ya hemos explicado la cláusula penal es un pacto accesorio, que sin embargo, debe cumplir con todos los requisitos legales propios de un negocio jurídico cualquiera y no adolecer de algún vicio que conlleve a su invalidez (nulidad y anulabilidad), además, para que la obligación penal o penalidad, exista el convenio principal al cual está yuxtapuesto como un elemento accesorio, debe de ser a su vez válido y eficaz. Si esto es así, la obligación penal se generará una vez que hayan sido pactadas válidamente la cláusula penal y el convenio principal (Vásquez Vidal, 2009: 110).

De ser ello posible, tendríamos que concluir en que, habiéndose pactado una cláusula penal moratoria, el acreedor, a partir del momento-de la constitución en mora, tendría el derecho a exigir la referida penalidad moratoria. Si en este caso también se hubiese pactado una penalidad compensatoria, esta última sólo podría ser exigida en la medida en que el incumplimiento moratorio se hubiese convertido en incumplimiento absoluto de la obligación, con la salvedad de que la penalidad compensatoria podría ser adicionada a la penalidad moratoria, si esta última se hubiere pactado y devengado.

Un sector mayoritario de la doctrina concibe que la vigencia de la cláusula penal requiera que la inejecución de la prestación principal sea imputable al deudor, esto es que medie dolo o culpa. Los autores agregan que si el incumplimiento se debiera al caso fortuito o fuerza mayor, la pena no sería exigible. Esta posición se encuentra notoriamente influida por la doctrina francesa, la que afirma que siendo la imputabilidad, a título de culpa o dolo, uno de los requisitos para la procedencia de la acción de daños y perjuicios del Derecho Común, lo es también para la

aplicación de la cláusula penal (Osterling Prodi & Castillo Freyre, 2011: 947).

#### 2.1.4 Revisión judicial de la cláusula penal

##### 2.1.4.1 Noción

Las posiciones doctrinarias en torno al problema de la revisión judicial de la pena, oscilan entre los principios de inmutabilidad y utilidad de la cláusula por un lado, y el de imperativo de equidad, por otro. Los primeros representados por la Escuela Francesa seguida por la mayoría de las legislaciones; y el segundo, por la Escuela Alemana. La inmutabilidad conlleva además la seguridad y estabilidad de las convenciones; logra el objetivo de la cláusula penal, como elemento coercitivo para el cumplimiento de la prestación principal; no concede al deudor la posibilidad de burlar, llegado el momento, la aplicación de la pena, mediante el reclamo judicial de reducción; tampoco da pautas para actos de deslealtad jurídica, pues habría de reclamar el obligado respecto de lo que originariamente prometió (Romero Zavala 1999: 189).

Sin embargo, sostienen los impugnadores del principio de inmutabilidad, que debe impedirse el abuso de la libertad contractual, que se traduciría en una explotación usuraria del deudor. Ante tan contrapuestas tesis, debe buscarse un punto medio de conciliación, donde respetándose los criterios de cada posición, se adopte una solución adecuada. Esta, parece ser hasta ahora, la del anteproyecto aludido. La reflexión debe buscar fórmulas alternativa

Nuestro artículo 1346 se adhiere a la tesis alemana y concede al deudor el derecho a pedir, judicialmente, la reducción equitativa de la pena cuando: 1) sea

manifiestamente excesiva; 2) la obligación principal hubiese sido cumplida en parte; y 3) la obligación principal sea irregularmente cumplida. La facultad concedida al Juez es para reducir y no suprimir la penalidad. Parece, sin embargo, que con los mismos fundamentos pueden hacerse ambas operaciones, sin abandonar la equidad. Pues, se trata, en esencia, de una comparación de valor en su contexto económico: el monto de la penalidad no guarda relación, es decir, no contiene equivalencia con el quantum de los perjuicios (Romero Zavala, 1999: 191).

La pena resulta manifiestamente excesiva, algo así como que los perjuicios equivalen a cien nuevos soles y la pena convencionalmente ha sido acordada en un mil nuevos soles. El exceso es manifiesto. Se hace pues, sobre la comparación de valor. Consecuentemente, cuando resulta manifiesto que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno, la pena merece ser suprimida pero no es así, porque la pena se aplica sin el requisito de acreditar la existencia de tales perjuicios.

De conformidad con lo establecido en el artículo 1346 del C.C., la cláusula penal no es inflexible ni inexorable, pues el juez podrá reducirla equitativamente cuando lo solicite el deudor y resulte manifiestamente excesiva, o cuando la obligación principal hubiese sido cumplida en parte o en forma irregular. Para determinar la reducción de la pena por ejecución parcial o irregular, el juez deberá evaluar el grado de ventaja que el acreedor pudiera haber obtenido con dicha ejecución. (Vásquez Vidal, 2009: 123)

El inconveniente de la fórmula adoptada por el artículo arriba mencionado radica en que el juez para poder reducir la pena “manifiestamente excesiva” deberá recurrir a la evaluación

de la existencia y cuantía de los daños y perjuicios, que es justamente lo que tratan de evitar las partes al fijar la cláusula penal . En cierta forma pues, este precepto desnaturaliza la institución, ya que, por un lado, obligará al deudor a la prueba de los daños y perjuicios y al acreedor a demostrar lo contrario (ambos en sede judicial); y, por el otro, puede no constituir un medio eficaz para compeler al deudor a cumplir sus obligaciones.

Total, la reducción hace factible discutir los perjuicios, contrariando la naturaleza jurídica de la cláusula, que se impone a guisa de daños y perjuicios anticipadamente calculados, no requiriéndose alegar perjuicios. Por eso, bastará demostrar la producción del hecho condicional contemplado para hacer aplicable la penalidad. Habrá reducción cuando se demuestre que los perjuicios son mucho menores a los considerados previamente.

Como expresa el profesor Carlos Cárdenas Quirós (1990: 348-351) “La libertad e igualdad jurídicas no concurren necesariamente al lado de la libertad e igualdad económicas, por lo cual se hace necesaria la intervención del legislador para restablecer el equilibrio que las desigualdades de hecho rompieron. El juez debería ser autorizado a intervenir con el objeto de conformar las relaciones obligatorias con los principios de justicia y equidad, limitándose así la autonomía de la voluntad”.

Pero debemos hacer mención que ¿Cómo haría el Juez para reducir la pena cuando quede demostrado que en realidad el acreedor no ha sufrido perjuicio con el incumplimiento de la prestación principal?. La decisión del Juzgador se basará en su libre arbitrio. Problema no contemplado es el ocasionado

por el supuesto de acreditarse mayores perjuicios, que hacen lugar a un monto superior a la penalidad.

Para el autor León Barandiaran (1954:345), hace la siguiente reflexión: “La pena debe ser razonablemente proporcionada al daño sufrido por el acreedor y a los intereses en juego. Eventualmente el Juez podrá aún suprimir toda pena. El deudor no podrá renunciar de antemano a la reducción, pero si él ya ha cumplido con la pena, el Juez no podrá reducirla posteriormente”. Pero él sostiene que dentro de nuestra legislación no puede el Juez descartar la pena y tal criterio la fundamenta en el texto de la ley que solo habla de reducción y no de eliminación total de la pena, concluyendo que “En realidad, con la facultad otorgada al Juez, de reducir la pena, ya se ha vulnerado el principio de utilidad que la cláusula tiene: fijar anteladamente los daños y perjuicios. Se sacrifica esta conveniencia en aras de un imperativo de equidad, permitiéndose la reducción. De otro modo, la *stipulatio poenae* quedará expuesta a ser rezagada como una de existencia precaria y de fortuita eficacia”.

Evidentemente, la ley ha facultado al Juez para reducir el monto de la cláusula penal y no para eliminarla. La prueba para demostrar que la pena es manifiestamente excesiva corresponde al deudor. Otra cuestión adicional: la reducción no se aplica de oficio sino a petición del deudor.

Al expresarse que la reducción deberá realizarse “equitativamente”, se deja a la apreciación absolutamente discrecional del juez la estimación de la reducción con el inconveniente que permite abrir la controversia respecto de los daños y perjuicios y, con ello, en cierta forma, se hace perder el verdadero significado de la cláusula penal.

#### 2.1.4.2 Evolución de la regulación

En el Perú, el sistema de la mutabilidad o inmutabilidad de la cláusula penal ha evolucionado de acuerdo a las corrientes predominantes en cada época.

Como hace mención Osterling Parodi (2008: 33-35), en el Código Civil de 1852, siguiendo la tradición del Código Napoleón, establecía lo siguiente: "Artículo 1275.- Si se estipuló el pago de cierta cantidad por daños e intereses, para el caso de no cumplirse el contrato, deberá observarse lo pactado". El principio que emana de esta norma es claro: la penalidad era inmutable.

Este precepto mereció el estudio de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, cuyo Proyecto consignaba las siguientes normas: "Artículo 1213.- El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor".

"Artículo 1214.- Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio. El deudor no puede eximirse de cumplirla bajo pretexto de ser excesiva".

"Artículo 1217.- El valor de la pena impuesta no puede exceder al de la obligación principal".

El doctor Manuel Augusto Olaechea (2006:173), fundamentando la tesis adoptada por dicho Código señaló que "esta fórmula intermedia pone a salvo la función primaria de la cláusula penal cuyo doble fin jurídico es impedir la arbitrariedad judicial y suprimir las dificultades procesales de carácter probatorio sobre la estimación de los daños y perjuicios. Al propio tiempo, esta fórmula reprime el abuso, eliminando el riesgo frecuente de que las estipulaciones

contractuales puedan ser en algún caso fuente de enriquecimiento injusto para alguna de las partes".

Mediante la dación de esta norma, el Código Civil de 1936 abandonó la rigidez e iniquidad del sistema de inmutabilidad absoluta del Código de 1852 para acogerse a un sistema de inmutabilidad relativa que permite la reducción, pero no el aumento de la penalidad. Esta fórmula ha sido recogida por el Código Civil vigente. No obstante la fórmula consignada en nuestro Código Civil, el Proyecto presentado por la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, establecía en su artículo 1364 un sistema semejante al presentado por la Comisión Reformadora del Código de 1852, conforme se transcribe a continuación:

"Artículo 1364.- El monto de la cláusula penal no puede ser superior a la mitad del valor de la prestación incumplida. Si la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, su monto no puede ser superior a la cuarta parte del valor de la prestación. En las obligaciones de pagar sumas de dinero, el monto de la cláusula penal no puede exceder al monto de interés convencional máximo fijado por el Banco Central de Reserva del Perú. Es nulo el exceso pactado sobre los límites señalados en este artículo".

A criterio de Felipe Osterling (2007:228), autor del precitado Proyecto, "esta fórmula permite al acreedor usar la cláusula penal, con todas sus ventajas, cuando considera que los perjuicios que sufrirá por su incumplimiento no sobrepasarán el valor del límite señalado por la ley. En caso contrario, tiene el derecho de convenir el resarcimiento del daño ulterior, pero sin el riesgo de que se modifique la cláusula penal. Tal daño ulterior deberá, desde luego, ser probado".

Los argumentos expuestos son consistentes, pues se soluciona el problema de la desnaturalización de la cláusula penal generada por la mutabilidad de la pena y, asimismo, se trata de aliviar con significativo éxito la iniquidad que conllevaría adoptar un sistema de inmutabilidad absoluta. No obstante, no podemos dejar de señalar que aun cuando la propuesta es interesante, pues matiza de manera adecuada las funciones resarcitoria y compulsiva inherentes a la institución bajo análisis, la fórmula puede ser cuestionada.

Esto conlleva la pérdida de la función compulsiva que creía haberse ganado, pues, como hemos anotado, lejos de intimidar al deudor para el cumplimiento, la regulación de la penalidad en el referido Proyecto incentiva la inejecución. De ahí que, a nuestro juicio, el monto máximo que pueda pactarse como penalidad bajo este sistema debería ser equivalente al monto de la prestación, como en el régimen brasileño y hasta quizás un poco más elevado.

La Comisión Revisora desestimó la propuesta del Proyecto presentado por la Comisión Reformadora bajo el argumento de que la fórmula adoptada por el Código Civil de 1936 había venido operando adecuadamente. No obstante, cabe indicar que la Comisión Revisora aceptó que la reducción de la pena no operara de oficio como en el Código anterior, sino solamente a solicitud del deudor, dando origen a las normas actualmente vigentes (Gutierrez Camacho & Rebaza Gonzales 2004: 877-878).

#### 2.1.4.3 Vía procesal

En principios, consideramos que a fin de evitar pronunciamientos contradictorios, el juez competente es el

que conoce de la demanda en la que se pretende la ejecución de la cláusula penal.

El poder judicial ha establecido de manera uniforme que no procede demandar la ejecución de la penalidad en el vía ejecutiva. Así podemos citar la Casación N° 3192-Callao de fecha de 1 de junio de 1999, mediante la cual la Corte Suprema considero: “Que interpretada la cláusula novena del contrato de fojas ocho, como penalidad, no resulta procedente en esta vía disponer su pago, puesto que se trata de una obligación sujeta a limitaciones, que puedan ser objeto de reducción judicial, según lo que dispone el artículo 1346° del aludido código civil, lo que a su vez impone la necesidad del debate y la prueba para su cabal esclarecimiento, lo que resulta incompatible con la naturaleza expeditiva del proceso ejecutivo”.(Abanto Torres, 2007: 214)

Comentando dicha ejecutoria, Ortega López (2000:54) considera que el “sustento de la casatoria es que en la ejecución de una clausula penal, en un proceso expedido podrá restringir el derecho del deudor o demandado a solicitar la reducción de la cláusula penal, en vista que no se pueden formular reconvención n un proceso ejecutivo. Sin embargo, esto es discutible, por los jueces, a solicitud del deudor, quienes pueden solicitar la reducción de la misma, dentro de un criterio jurisdiccional sin necesidad de etapa probatoria”.

Nosotros consideramos que la reducción de la penalidad requiere de una debida motivación, la que es ajena a las sentencias que se dictan en los procesos ejecutivos, por lo que discrepamos con la opinión de dicho autor y coincidimos

con la línea jurisprudencial. Por su complejidad, el asunto debe ser materia de debate en un proceso de cognición.

Como hace referencia Abanto Torres (2007: 214-25), en cuanto a la pretensión de ejecución de la cláusula penal, de acuerdo con la cuantía podía ser competente el Juez de Paz Letrado o el Juez Civil. El primero podría tramitar la pretensión en las vías procedimentales abreviada o sumarísima y el segundo, además en la vía procedimental de conocimiento.

Por otro lado, consideramos que mientras el acreedor no complace al deudor con la demanda que contenga la pretensión de la ejecución de la cláusula penal, este podría demandar la reducción de la penalidad en vía de acción, ante el Juez Civil, estando a la regla general prevista en el artículo 5° del código procesal civil. Por lo demás, teniendo en cuenta la complejidad de la materia, consideramos que en todo caso la vía procedimental debería ser la de conocimiento.

Si el deudor en lugar de reconvenir la ejecución de la penalidad, ejercitara la pretensión en otro proceso, es recomendable proceder a la acumulación de procesos, a fin de evitar pronunciamientos contradictorios.

#### 2.1.5 Jurisprudencia analizada

- Cas. N° 1132-2002
- Cas. N° 3031-99 Lima Sala Civil Permanente de la Corte Suprema
- Casación N° 3179-2002-Callao de fecha dieciséis de setiembre de dos mil dos.
- Casación N° 761-2003-Lima Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-11-2004, pág. 13001

- Casación N° 700-2008
- Casación N° 726-2003
- Casación N° 1753-1997. Lima Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 17-11-1998, pág. 2045.
- Casación N° 3192-Callao de fecha de 1 de junio de 1999, Corte Suprema.

## 2.2 Formulación del problema

Teniendo en cuenta en nuestra realidad social, se dan muchos casos en los cuales dos personas deciden realizar determinado acto jurídico quedando ambas obligadas al cumplimiento, y que de alguna forma para garantizar el cumplimiento de la obligación por una o de ambas partes. Pero cuando sucede lo último, con la intención de desconocer la cláusula penal pactada de forma parcial o total; una de las partes acude al juez para que en la mayoría de los casos disminuya la pena de la cláusula penal ocasionando un perjuicio al otro sujeto de la relación obligacional una vulneración al principio de la autonomía de la voluntad. A raíz de lo expuesto surge la siguiente interrogante:

¿A la luz de la jurisprudencia se vulnera la autonomía de la voluntad cuando el juez revisa la cláusula penal de los contratos en virtud del artículo 1346° del Código Civil?

## 2.3 Justificación

No hay bien o servicio que circule o se brinde en el mercado, salvo aquellos que prohíba la ley, si no es a través de un contrato, sea verbal o escrito, y dentro de este aquel contenido en un documento público o privado. Ciertamente, todo aquello que importe o signifique la circulación o uso de un bien o uso de un servicio, se posibilita con este vital instrumento.

Yendo más allá, la importancia de la contratación y del cumplimiento de los acuerdos que la conforman se aprecia, por poner solo un ejemplo, en

indicadores macroeconómicos como el Producto Bruto Interno (PBI). Así, cuando aumenta la frecuencia de incumplimiento de obligaciones en un determinado contexto, generará mayor desconfianza, una mayor desconfianza provocará menos transacciones e intercambios más caros, lo cual a su vez origina una menor producción y menos bienestar económico.

El resultado final es que el Código Civil (en lo sucesivo C.C.) afecta el nivel de bienestar que experimenta la población. Sin duda, el C.C. tiene un impacto en el producto bruto interno del país. Vista la importancia de los contratos y de su ejecución, corresponde ver los mecanismos existentes que tengan como propósito asegurar y/o compeler a las partes celebrantes a ejecutar íntegramente su obligación o simplemente a disuadir a quien corresponda de incumplir la misma. Estos mecanismos lo constituyen las garantías y/o sanciones previstas en nuestro ordenamiento y estarán en función de la importancia y costo de la prestación y contraprestación, así como de los intereses que estén en juego en las negociaciones para llevarla a cabo. Así, la cláusula penal emerge como una de dichas fórmulas que hacen posible alcanzar el cometido indicado.

En efecto, la cláusula penal tiene precisamente como finalidad, además de las ya comentadas, evitar que el contratante perjudicado por el incumplimiento del otro tenga que acudir en sede judicial para reclamar la indemnización de daños y perjuicios, la morosidad o cualquier otra consecuencia que refleje la insatisfacción de uno de los celebrantes (con la consecuente pérdida de tiempo y la incertidumbre del resultado, además de los múltiples costos que deberá invertir en el proceso judicial), en razón de que fueron fijados voluntariamente de manera anticipada por los mismos intervinientes.

No obstante las virtudes señaladas de la cláusula penal, esta antigua e inteligente institución no cumple su finalidad en nuestro medio, pues nuestro C.C. permite que esta pueda ser revisada y, por ende, reducida cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida (artículo 1346 del C.C.

peruano). Esta situación precisamente de evitar que un eventual daño y/o mora por la inejecución o ejecución defectuosa de una obligación se determine en sede judicial con el respectivo aporte de pruebas y litigio en sí, al final se termina dando.

Ahora, si bien el legislador ha querido con esta facultad reductora de la penalidad otorgada al juez, proteger al deudor de una manifiestamente excesiva (que pudo racionalmente prever su inviabilidad de pago y, por lo tanto, evitar) o cuando la obligación principal ha sido parcial o irregularmente cumplida, no permitiendo que su contraparte abuse de su derecho, vemos que ese propósito, al menos teóricamente, no se cumple. Claro, es natural que el deudor razone: “puedo pactar una penalidad elevada para cerrar el contrato, pues sé que al final el juez ante mi pedido lo puede reducir. Mientras que ello sucede, puedo seguir ganando tiempo y beneficiándome de la prestación recibida y aún no retribuida”.

Es lógico, entonces, que la predicha facultad incida negativamente en el cumplimiento de las obligaciones (es más, propicia el incumplimiento de las mismas) y, en general, en el desenvolvimiento de la economía de un lugar dado.

Con este trabajo se trata, en consecuencia, de vislumbrar una posible solución a este problema, conjugando por un lado la posición de proteger a las partes y por el otro de facilitar la efectividad del cumplimiento de las obligaciones. En suma pues, de tentar la modificación del artículo 1346 del C. C. peruano, aboliendo la facultad del juez de revisar la penalidad y de reducirla para el caso en que sea “manifiestamente excesiva”, sin que ello permita una situación desequilibrada de los acordantes.

La jurisprudencia nacional pareciera haber adoptado un criterio de asumir como válida la subjetividad del juez al respecto. Así, entre los principios que han seguido los tribunales Nacionales, a efectos de determinar la reducción de la penalidad, tenemos los siguientes:

Sentencia de Casación N 3031-99-Lima; señala que “La cláusula penal tiene por sustento la autonomía de la voluntad o la libertad contractual que tienen las partes para fijar anticipadamente el monto de la indemnización que corresponde al acreedor por la inejecución de retardo en el incumplimiento de la obligación a cargo del deudor, que es calculada sobre la base de la representación de los daños que las partes tienen en cuenta al contratar”.

Casación N° 761-2003-Lima; esta ha sostenido que “La cláusula penal es una estipulación accesoria añadida a un contrato, por la cual y para asegurar la ejecución de la prestación, se somete el deudor a pagar una multa o realizar otra prestación en caso de retardo o incumplimiento”.

Casación N° 3031-1999; señala que “La cláusula penal tiene por sustento la autonomía de la voluntad o la libertad contractual que tienen las partes para fijar anticipadamente el monto de la indemnización que corresponde al acreedor por la inejecución de retardo en el incumplimiento de la obligación a cargo del deudor, que es calculada sobre la base de la representación de los daños que las partes tienen en cuenta al contratar”.

Casación N° 700-2008 Lima, materia de análisis, determina que la Sala Superior al resolver el proceso no ha efectuado un adecuado esclarecimiento de los hechos, puesto que uno de los puntos controvertidos consistía en determinar si el Contrato número OAJ-034-CONT-93 suscrito entre la empresa VALE Sociedad Anónima y CORPAC Sociedad Anónima fue modificado dejando sin efecto el cobro del porcentaje del cinco sobre mil de las penalidades.

Casación N° 726-2003 Lima se hace mención a una reducción de la cláusula penal por razones de equidad, supuesto no contenido en el artículo 1346 del Código Civil que habilite la reducción de la pena, en efecto dicha norma no invoca la equidad para reducir la pena convencional sino solo cuando ella es manifiestamente excesiva o cuando se ha cumplido parcial o irregularmente la prestación.

Casación N° 1753-1997. Lima “El Peruano”: 17-11-1998; Guía rápida de Jurisprudencia civil y procesal civil; Gaceta Jurídica, Lima 2000; se faculta al juez a reducir a pedido del deudor la penalidad pactada en los casos en que a su criterio resulte excesiva, significando que esta reducción no es obligatoria y que se procederá a ella con el único fin de fomentar el contenido ético de las relaciones contractuales.

Casación N° 3179-2002. Callao. Lima: 16-09-2002. “El Peruano”; 02-01-2003; Guía rápida de Jurisprudencia civil y procesal civil; Gaceta Jurídica, Lima, 2003, pág. 275 y 276; el artículo 1346° establece que el juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida. La presente casación considera que en un contrato de mutuo al haberse cancelado la obligación principal y al haber sido solicitada por los deudores la reducción de la penalidad equivale a casi al doble de la suma mutuada.

#### 2.4 Relevancia

La presente investigación es importante porque nos va a permitir establecer las implicancias de la cláusula penal como parte de la libertad contractual, además de analizar la contratación con cláusula penal, y lo más relevante determinar qué criterios observan los jueces cuando resuelven casos donde se cuestiona la cláusula penal y por ultimo podremos analizar la jurisprudencia frente al cuestionamiento de la cláusula penal, ya que en nuestra realidad jurídica se dan muchos casos en los que se resuelven en los procesos civiles.

#### 2.5 Contribución

Con esta investigación se busca esclarecer que la autonomía de la voluntad, si bien es el elemento primordial para poder realizar actos jurídicos, muchas veces es vulnerada y pierde su importancia con la

aplicación de algunos artículos contenidos en nuestra normatividad peruana, específicamente en el Código Civil.

Por tal motivo creemos que debe evaluarse la conveniencia de una modificación del artículo 1346° del Código Civil, para que así no se vulnere la autonomía de la voluntad de las partes cuando contratan, quienes son libres de elegir el monto de la cláusula penal, más aun cuando esta institución busca evitar una futura acción judicial en donde se determine el monto indemnizatorio producido por el incumplimiento o el pago de la mora por el retardo en el incumplimiento de la prestación.

## 2.6 Objetivos

### 2.6.1 Objetivo General

Analizar si se vulnera la autonomía de la voluntad cuando el juez revisa la cláusula penal de los contratos en virtud del artículo 1346° del Código Civil, a la luz de la jurisprudencia.

### 2.6.2 Objetivos Específicos

- a) Establecer las implicancias que tiene la cláusula penal como manifestación de la autonomía de la voluntad o libertad contractual.
- b) Analizar los criterios que observan los jueces cuando resuelven casos donde se cuestiona la cláusula penal.
- c) Evaluar la conveniencia de una modificación del artículo 1346 del Código Civil.

## 2.7 Hipótesis

Si se vulnera la autonomía de la voluntad cuando el juez revisa la cláusula penal de los contratos en virtud del artículo 1346° del Código Civil, porque se desnaturaliza la figura jurídica de la cláusula penal y su funcionalidad ejercitado por las partes contratantes.

### III. MARCO METODOLOGICO

#### 3.1 Unidades Temáticas

##### 3.1.1 Definición Conceptual

Autonomía de la Voluntad: Es el poder que tienen las personas, con su manifestación de voluntad, darse normas por sí mismos con el fin de regular sus intereses en el campo de las relaciones económico-sociales. Además podemos decir que el principio de la autonomía privada alcanza su máxima expresión con la libertad de contratar (la autodeterminación del sujeto para contratar o no contratar) y con la libertad contractual (libertad para fijar el contenido del contrato). Su función básica consiste en asegurar el cumplimiento de lo acordado en el contrato y velar porque el acuerdo sea el fruto de una verdadera libertad salvaguardando así la paz social.

Contratos: El contrato es un acuerdo de voluntades, verbal o escrito, manifestado en común entre dos o más, personas con capacidad (partes del contrato), que se obligan en virtud del mismo, regulando sus relaciones relativas a una determinada finalidad o cosa, y a cuyo cumplimiento pueden compelerse de manera recíproca, si el contrato es bilateral, o compelerse una parte a la otra, si el contrato es unilateral. Es el contrato, en suma, un acuerdo de voluntades que genera “derechos y obligaciones relativos”, es decir, sólo para las partes contratantes y sus causahabientes.

Pero, además del acuerdo de voluntades, algunos contratos exigen, para su perfección, otros hechos o actos de alcance jurídico, tales como efectuar una determinada entrega (contratos reales), o exigen ser formalizados en documento especial (contratos formales), de modo que, en esos casos especiales, no basta con la sola voluntad. De todos modos, el contrato, en general, tiene una connotación patrimonial, incluso parcialmente en aquellos celebrados en el marco del derecho de familia, y es parte de la categoría más amplia de los negocios jurídicos. Es función elemental del contrato originar

efectos jurídicos (es decir, obligaciones exigibles), de modo que a aquella relación de sujetos que no derive en efectos jurídicos no se le puede atribuir cualidad contractual

Proceso Civil: Es una rama del Derecho que regula el Proceso, a través del cual los "Sujetos de derecho" recurren al órgano jurisdiccional para hacer valer sus propios derechos y resolver incertidumbres jurídicas. Es la rama del Derecho que estudia el conjunto de normas y principios que regulan la función jurisdiccional del estado y que fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del Derecho Positivo y los funcionarios encargados de ejercerla a cargo del gabinete político, por el cual quedan exceptuados todos y cada uno de los encargados de dichas responsabilidades.

Clausula Penal: Es una promesa accesorio, aceptada por la contraparte, que importa la obligación (del deudor) de efectuar una determinada prestación, a título de pena, para el caso de incumplimiento injustificado de la obligación que nace de contrato. Tiene la función de resarcir al acreedor de los daños que le han originado y de limitar al mismo tiempo su medida. No existe entre los autores uniformidad de criterio acerca de que debe entenderse a ciencia cierta por clausula penal y de cual sea la naturaleza de la misma.

Por lo que consideramos que tanto la cláusula penal como la opinión sobre su naturaleza jurídica han sufrido una evolución, debido a que la cláusula penal no constituye una categoría dogmática, sino una categoría histórica, lo que vale decir que su esencia y naturaleza se deben determinar de modo diverso, según sea el momento en que el investigador realice el estudio de las mismas.

Jurisprudencia: se entiende por jurisprudencia a los fallos que se reiteran sobre un asunto determinado, y que se convierten en fuente del derecho al poder ser invocados por las partes para defender sus derechos, y tenidos en cuenta por el Juez al dictar sus sentencias.

### 3.1.2 Categorización

CATEGORÍA	SUBCATEGORÍA	DEFINICIÓN
A. Contratos	A.1 Concepto	El contrato se define en el Art. 1351 del código civil peruano expresando: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.” Doctrinariamente, ha sido definido como un acto jurídico bilateral o multilateral, porque intervienen dos o más personas, y que tiene por finalidad crear derechos y obligaciones.
	A.2 Formación	La necesidad de celebrar el contrato, las partes, la voluntad de las mismas, el objeto, la causa, los factores económicos, en fin, múltiples aspectos que determinan que en un momento dado dos o más personas se involucren en una relación unilateral, bilateral o plurilateral concreta.
	A.3 Autonomía de la voluntad	Concebida como la facultad o el poder jurídico que tienen las personas para regular sus intereses, contando para ello con la libertad para contratar y la libertad contractual o libertad para determinar el contenido del contrato.
	A.4 Consensualismo	Es un principio regulado en el art. 1352° del Código Civil, establece que los contratos se celebran por el solo consentimiento de las

		partes contratantes.
	A.5 <i>Pacta Sunt Servanda</i>	Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.
	A.6 Buena fe	Los contratos han de ser interpretados presuponiendo una lealtad y una corrección en su misma elaboración, es decir, entendiendo que las partes al redactarlos quisieron expresarse según el modo normal propio de gente honesta y no buscando circunloquios, confusiones deliberadas u oscuridades.
	A.7 Efecto relativo	Los contratos que se hubieren celebrado no surten efectos para todas las personas, pues sus efectos se limitan a las partes contratantes y, por extensión, a los herederos de éstas.
B. Autonomía de la Voluntad	B.1 Concepto	Es el poder que tienen las personas para, con su manifestación de voluntad, darse normas por sí mismos con el fin de regular sus intereses en el campo de las relaciones económicas-sociales.
	B.2 Libertad de contratar	Es aquella libertad de decidir cuándo y con quien se contrata. Libertad para concluir o no un contrato, y libertad de escoger la persona del contratante, lo que significa escoger entre una u otra oferta, nadie está obligado a aceptar una oferta.

	B.3 Libertad contractual	Es la potestad que tiene los contratantes para en libre discusión establecer el contenido del contrato, elegir libremente el objeto del contrato, libertad de incluir nuevas figuras contractuales que no tengan regulación legal, libertad de usar la forma que juzgan por conveniente, libertad para extinguir un contrato ya concluido o para regularlo o modificarlo de mutuo acuerdo.
	B.4 Orden Público	Es la observancia de un conjunto de normas jurídicas, cuyo cumplimiento es indispensable para preservar el mínimo de condiciones necesarias para una convivencia normal.
	B.5 Buenas costumbres	Los valores éticos y sociales que no pueden ser contradecidos por las convenciones de los particulares. Patrón de referencia a que el juzgador debe remitirse, sumergiéndose en la realidad social en continua transformación, para descubrir cuál es el comportamiento actual debido.
C. Clausula Penal	C.1 Concepto	La cláusula penal es un pacto accesorio, en el que se estipulan penas o multas contra el deudor que dejare de cumplir o retarde el cumplimiento de aquello a que se obligó. Y precisa: “la obligación con cláusula penal no es una sola; son dos obligaciones; una principal y otra sola aplicable en caso de mora o inexecución del principal
	C.2 Reducción Judicial	Para los jueces estén en aptitud de acceder a la reducción de la pena “manifiestamente excesiva”, tendrá necesariamente que ventilarse en juicio la eventual existencia y cuantía de los daños y perjuicios.

	C.3 Función compulsiva	Proporciona un incentivo para la conducta debida del deudor, esto es el cumplimiento específico de su obligación, sobresale cuando la cuantía de la pen es mayor que la de la prestación principal debida, con la cual se incita al deudor cumplir.
	C.4 Función indemnizatoria	Se superpone a la anterior o la desplaza, y rige aunque no haya perjuicio para el acreedor.
	C.5 Función resolutoria	Tal función no se encuentra contemplada en el Código Civil peruano, pues no existe el derecho de opción a que alude el artículo 659 del Código Civil argentino. Por el contrario, el artículo 1342 del Código civil peruano permite que en las penalidades pactadas para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación.
	C.6 Función Preventiva	Cuando dos contratantes incorporan una cláusula penal en su contrato, no lo hacen para que uno u otro se beneficie con la penalidad pactada, sino con la finalidad de reforzar el cumplimiento de su contrato y consecuentemente evitar el incumplimiento de las obligaciones asumidas por cada uno de ellos.
	C.7 Compensatoria	Aquella que es debida en caso de inejecución definitiva.
	C.8 Moratoria	La que juega en el caso de inejecución temporaria.

	C.9 Sistema de inmutabilidad absoluta	Su origen se encuentra en el derecho Romano en el que la pena quedaba librada exclusivamente a la voluntad de las partes, sin facultar al juez para modificar, reducir, aumentar a pesas de que sea excesiva. La excepción a esta regla era la referente a los pactos destinados a encubrir intereses usurarios.
	C.10 Sistema de inmutabilidad relativa	Este sistema establece la posibilidad de modificar el monto de la penalidad en ciertos supuestos, pero solo para reducirla, negando la posibilidad de que pueda ser incrementada. Si la penalidad resulte insuficiente, la posibilidad de indemnizar los perjuicios adicionales solo será factible siempre que se haya pactado el daño ulterior.
	C.11 Sistema de mutabilidad absoluta	Este sistema permite la disminución como el aumento de la cláusula penal, en los casos en que esta resultare excesiva y cuando la penalidad fuera incisoria respecto del monto de los daños, respectivamente
D. Jurisprudencia	D.1 Concepto	Conjunto de las sentencias de los tribunales y a la doctrina que contiene; es una fuente del derecho, compuesta por los actos pasados de los que ha derivado la creación o modificación de las normas jurídicas.

### 3.2 Metodología

#### 3.2.1 Tipo de estudio

Es aquel que trata de responder a los problemas teóricos, sustantivos o específicos, en tal sentido, está orientada, a describir, explicar, predecir la realidad, con lo cual se va en búsqueda de

principios y leyes generales que permita organizar una teoría científica. Se puede afirmar que la investigación de tipo sustantiva al perseguir la verdad nos encamina hacia la investigación básica. Teniendo en ella dos niveles: la investigación descriptiva y la investigación explicativa.

En la investigación se responde a la interrogante de investigación (¿A la luz de la jurisprudencia se vulnera la autonomía de la voluntad cuando el juez revisa los contratos con cláusula penal en virtud del artículo 1346° del Código Civil?), por lo que dicha investigación tiende a que en nuestro Código Civil ofrece la posibilidad de que los sujetos de la relación obligacional, en ejercicio de su autonomía privada, establezcan una cláusula penal en el contrato que celebran. De tal forma tratando de que dichas dificultades son solucionadas con la posibilidad que otorga la ley de que el juez realice una valoración equitativa de los daños. Por lo que nuestra investigación está orientada al cambio y toma de decisiones, por lo que se está evaluando la conveniencia de una modificación del artículo 1346° del código civil.

### 3.2.2 Diseño

El estudio se realizó bajo el diseño investigación de Teoría fundamentada, teniendo en cuenta que se utiliza procedimientos sistemáticos cualitativos para generar una teoría que explique en un nivel conceptual una acción, interacción o un área específica. Posee a su vez riqueza interpretativa y aporta nuevas visiones de un fenómeno, se trabaja de manera práctica y concreta, es sensible a las expresiones de los contextos.

En la investigación nos ayudará analizar si se vulnera la autonomía de la voluntad cuando el juez revisa los contratos con cláusula penal en virtud del artículo 1346° del Código Civil, para ello fue indispensable previamente establecer el contenido de la autonomía

de la voluntad; establecer las implicancias de la cláusula penal, como parte de la libertad contractual, en las decisiones de la jurisdicción civil; determinar qué criterios observan los jueces cuando deber resolver casos donde se cuestiona la cláusula penal; analizar la jurisprudencia existente en cuanto a cuestionamiento de la cláusula penal, y por ultimo evaluar la conveniencia de una modificación del artículo 1346 del Código Civil

### 3.3 Escenario de estudio

Nuestra investigación se enmarca específicamente en la contratación, que las partes realizan actos jurídicos como son los contratos donde tienen la libertad de establecer el contenido de este incorporando clausulas penal. Sobre este escenario, podemos indicar que de acuerdo al artículo 1346° del código civil se ve desnaturalizada la cláusula penal, por lo que el ordenamiento jurídico faculta al deudor de ir a las sedes judiciales e interponer una demanda con la finalidad que se dé la revisión judicial de los contratos donde se han insertado clausulas penal. Si bien es cierto el juez, por ser quien, a nombre del Estado administra justicia, en ocasiones puede inmiscuirse en el contenido de un contrato, facultad que para cierto sector es negada e ilegal mientras que para otros es justificada; en tal sentido, en esta oportunidad, se analiza los supuestos y fundamentos de la revisión judicial de los contratos, y su aplicación a nuestro ordenamiento jurídico, básicamente se desarrolla en los procesos judiciales, específicamente en los procesos civiles

Pues bien, en el Perú se da de estricto cumplimiento las leyes desde el día siguiente que haya sido publicado en el diario oficial el Peruano, en lo cual todas las personas se someten a dicha ley.

La investigación se realiza porque actualmente, los temas de contratos, autonomía de la voluntad, la cláusula penal conjuntamente con la jurisprudencia, han dado lugar a muchas opiniones de grandes expertos tal como lo hace Osterling Parodi & Castillo Freyre al señalar que de acuerdo

al artículo 1346 del Código Civil Peruano de 1984, pueden adoptarse a efectos de reducir el monto de la penalidad, la norma citada admite el empleo tanto de criterios objetivos como de criterios subjetivos, a saber: En el primer supuesto, estimamos que el órgano jurisdiccional no podría negarse a reducir el monto de la penalidad cuando el deudor demuestre de manera objetiva que el monto de los daños derivados de su incumplimiento se encuentra por debajo de lo pactado en la cláusula penal.

Y por su parte Soto Coaguila propone la derogación del artículo 1346° del Código Civil. De alguna manera dicha postura denota la actitud de desconfianza en el juez. Ya que resulta ilógico que el legislador peruano permita que el deudor que ha incumplido su obligación o que habiendo cumplido parcialmente esta, recurra al Poder Judicial para solicitar la reducción de la penalidad pactada.

Por ello se ha tomado en cuenta este escenario de poder establecer la repercusiones que de ellas resulten, para poder tener una visión clara ya que muchas veces puede verse sumergido en estos temas la sociedad, tanto las partes de un contrato como es el acreedor y el deudor, y es por ello que se debe de hacer un tratamiento más minucioso y delicado.

### 3.4 Caracterización de sujetos

La investigación tiene como el juez, acreedor (demandado), deudor (demandante), sociedad.

Juez: Por juez se caracteriza a la persona que resuelve una controversia, tomando en cuenta las evidencias o pruebas presentadas en un juicio, administrando justicia. El juez no es jurídicamente un ser humano, sino un órgano judicial compuesto por personas físicas, que pueden rotar sin vulnerar esta garantía.

Acreedor (demandado): Un acreedor es aquella persona (física o jurídica) legítimamente actualizada para exigir el pago o cumplimiento de una

obligación contraída por dos partes con anterioridad. Es decir, que a pesar de que una de las partes se quede sin medios para cumplir con su obligación, ésta persiste.

Deudor (demandante): Es aquella persona o empresa que está obligada a satisfacer una deuda; partimos de que el origen de la deuda es de carácter voluntario, es decir, que el deudor decidió libremente comprometerse al pago de dicha obligación.

Sociedad: Las sociedades de carácter humano están constituidas por poblaciones donde los habitantes y su entorno se interrelacionan en un contexto común que les otorga una identidad y sentido de pertenencia. El concepto también implica que el grupo comparte lazos ideológicos, económicos y políticos. Al momento de analizar una sociedad, se tienen en cuenta aspectos como su nivel de desarrollo, los logros tecnológicos alcanzados y la calidad de vida.

### 3.5 Procedimientos metodológicos de investigación

Para el proyecto de investigación vamos a aplicar diferentes métodos jurídicos de investigación que van a ser mucha ayuda para su estudio y conocimiento en el ámbito jurídico y conocer el objeto de estudio, así tenemos como:

- Metodología de análisis e interpretación de los datos

En este apartado se describe los procedimientos analíticos utilizados para el análisis cualitativo de los datos. La opción por asociar las diferentes aportaciones del método científico de investigación sustantiva, se configuró como la vulneración de la autonomía de la voluntad en los contratos a raíz de la revisión judicial de la cláusula, aproximación con el objeto de estudio al analizar si se vulnera a la autonomía de la voluntad cuando el juez revisa los contratos con cláusula penal en virtud del artículo 1346° del Código Civil, a la luz de la jurisprudencia. Es decir, el método científico permitió analizar el contenido del contrato, la autonomía de la voluntad, y la cláusula

penal, dado que son trascendental importancia al estudiar cada una de ella permitiendo disuadir la problemática que existe, por lo que hacemos una asociación de las categorías para su análisis.

- Método Dogmático

Aquella actividad ordenada dentro de la investigación jurídica encaminada al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación), con la finalidad de pulir los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar las instituciones del Derecho para de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización.

Parte de la existencia de ciertos dogmas o proposiciones, cuyo objetivo es la interpretación de la naturaleza de ciertas Instituciones Jurídicas, así como también hacer posible la explicación de las normas del modo que más se adecue a la realidad social y por ende del caso concreto.

Por tanto, respecto a la investigación realizada, es fundamental este método ya que vamos a conocer los rectores principios que informan la norma positiva sancionada por la autoridad con fuerza de ley, elabora construcciones jurídicas racionales ajustadas a su materialidad, sin consideraciones extrajurídicas, políticas ideológicas, religiosas, o éticas. Tiene como finalidad investigar el recto sentido de los preceptos y establecer coherencia lógica de las proposiciones jurídicas exenta de contradicciones.

- Método Sintético

Es un proceso de razonamiento que tiende a reconstruir un todo, a partir de los elementos distinguidos por el análisis; se trata en consecuencia de hacer una explosión metódica y breve, en resumen. En otras palabras debemos decir que la síntesis es un procedimiento mental que tiene como meta la comprensión cabal de la esencia de lo que ya conocemos en todas sus partes y particularidades.

Es el que va de lo más simple a lo compuesto, o de lo conocido a lo desconocido o poco conocido. Es por ello que en nuestra investigación tiende de mucha importancia este método ya que vamos a desarrollar el objetivo general de una manera amplia y posteriormente desarrollaremos los objetivos específicos de manera concreta.

### 3.6 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Tenemos en la investigación realizada:

- Observación: La técnica se utilizó como una herramienta básica para entrar en contacto con la realidad social y como instrumento se ha seleccionado el registro casuístico, el mismo que le permitirá recolectar información en el natural en el cual se da la situación problemática. El tipo de observación seleccionada fue la participante, por cuanto permitirá una aproximación al hecho de estudio.
- La entrevista: El uso de esta técnica se orientó para conseguir información en forma de dialogo e interacción. Su función básica en la investigación se centrara en indagar y recoger información proveniente de los especialistas; resultando complementaria al proceso de observación y utilizándose como referencia.

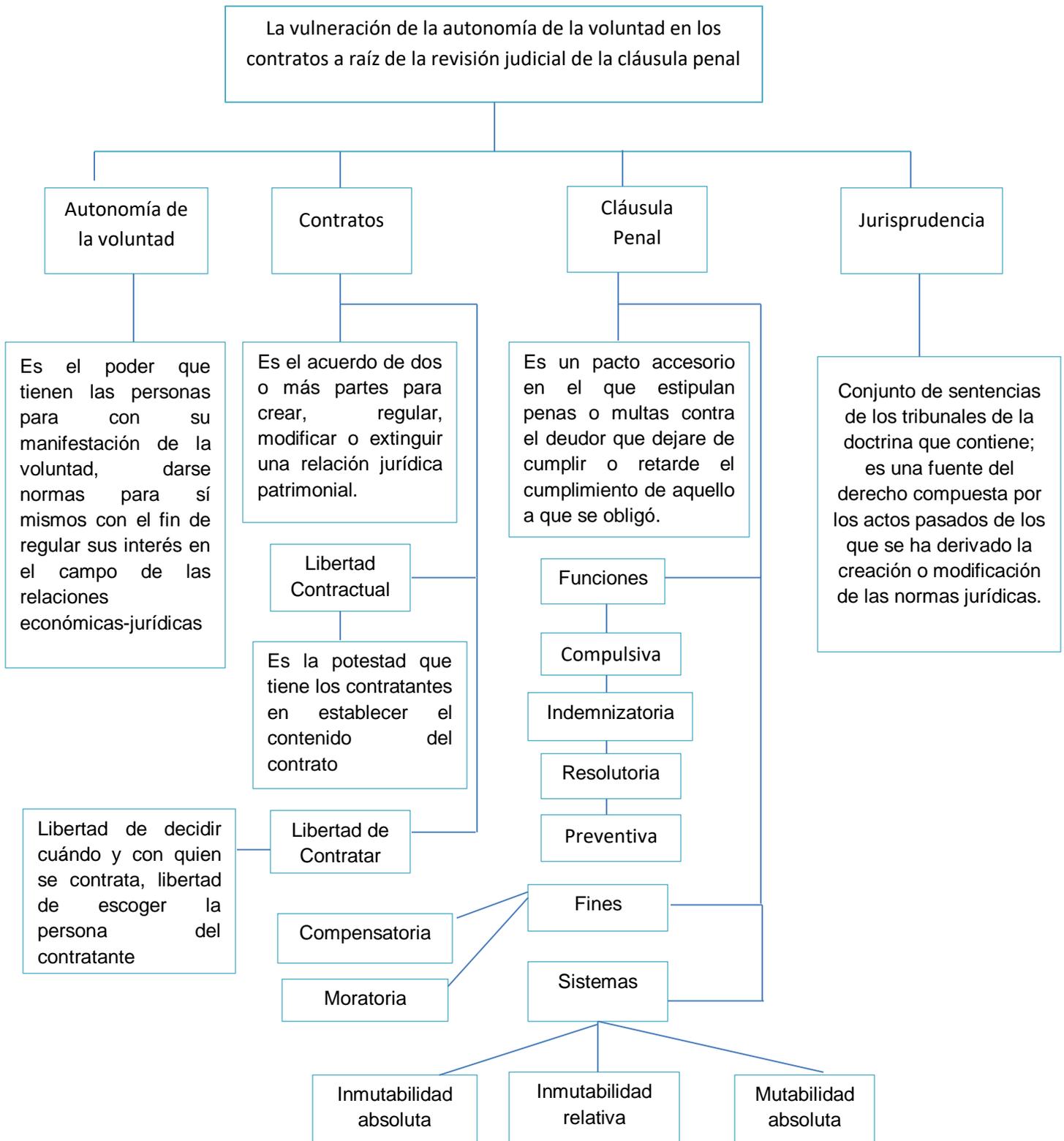
Este instrumento de recolección de datos se va a utilizar para recabar información a través de preguntas que vamos a proponer al entrevistado, y que va dirigida a los Operadores del Derecho de Piura, por lo que vamos a descubrir los criterios específicos que observa para resolver casos en que se cuestiona la cláusula penal, con todo ello debemos analizar las respuestas proporcionadas, y a partir de esto analizar la jurisprudencia existente en cuanto a cuestionamiento de la cláusula penal por lo nos va a servir de mucho por lo que vamos a analizar cada criterio aportado por el entrevistado.

La quinta pregunta que se planteara es: ¿hay algún criterio en particular que tiene ud. en cuenta al momento de resolver los casos con cláusula penal? Esta cuestión tiene relación con el cuarto objetivo específico por lo que vamos a revisar y analizar tales criterios que son tomados por los jueces cuando tienen en sus manos un caso donde se cuestiona la cláusula penal.

- Revisión documentaria: el proceso de revisión documentaria en la investigación estuvo orientada a la detección, obtención, consulta y extracción de información para la estructuración de las bases teóricas de la investigación de una diversidad de fuentes de consulta (artículos de revistas, libros, páginas web, informes de investigación, etc.).

Los instrumentos empleados son el fichaje, como: fichas bibliográficas, fichas linkográficas, fichas textuales y de resumen.

### 3.7 Mapeamiento



### 3.8 Tratamiento de información

#### 3.8.1 El procesamiento de la información desde la triangulación hermenéutica.

Entiéndase por “proceso de triangulación hermenéutica” la acción de reunión y cruce dialéctico de toda la información pertinente al objeto de estudio surgida en una investigación por medio de los instrumentos correspondientes, y que en esencia constituye el corpus de resultados de la investigación.

##### - Selección de la información

La selección de la información es lo que permite distinguir lo que sirve de aquello que es desechable. El primer criterio guía para esta acción es el de pertinencia, que se expresa en la acción de sólo tomar en cuenta aquello que efectivamente se relaciona con la temática de la investigación y el segundo criterio, que es el de relevancia, lo que se devela ya sea por su recurrencia o por su asertividad en relación con el tema que se pregunta.

Estos hallazgos de información pertinente y relevante son los que permiten pasar a la fase siguiente.

##### - La interpretación de la información

La interpretación de la información constituye en sí misma el “momento hermenéutico” propiamente tal, y por ello es la instancia desde la cual se construye conocimiento nuevo en esta opción paradigmática.

El poder realizar correctamente este proceso interpretativo se ve enormemente posibilitado cuando partimos de elementos teóricos de base, que nos permiten pensar orgánicamente y, con ello, ordenar de modo sistematizado y secuencial la argumentación.

## IV. RESULTADOS

### 4.1 Descripción de resultados

#### 4.1.1 Fundamentación de objetivos

Hemos planteado un objetivo general y tres objetivos específicos y son:

Objetivo general:

La presente investigación titulada “la vulneración de la autonomía de la voluntad en los contratos a raíz de la revisión judicial de la cláusula penal” teniendo como objetivo general el de analizar si se vulnera la autonomía de la voluntad cuando el juez revisa la cláusula penal de los contratos en virtud del artículo 1346° del Código Civil, a la luz de la jurisprudencia. Pues bien, la finalidad del presente objetivo estriba principalmente en que dichas bondades de la cláusula penal en obligaciones entre particulares, se faculta a su vez al deudor a solicitar judicialmente su reducción por considerarla manifiestamente excesiva.

De acuerdo a la Casación N° 3031-99 Lima se establece que la cláusula penal tiene por sustento la autonomía de la voluntad o la libertad contractual que tienen las partes para fijar anticipadamente el monto de la indemnización que corresponde al acreedor por la ejecución de retardo en el incumplimiento de la obligación a cargo del deudor, que es cláusula sobre la base de la representación de los daños que las partes tienen en cuenta al contratar. La función de fijar anticipadamente el monto de los daños y perjuicios se conoce como función indemnizatoria de la cláusula penal.

A todo ello de lo analizado podemos mencionar que efectivamente se ve vulnerada dicha autonomía de la voluntad de las partes que contratan, cuando manifiestan su voluntad en el momento de estipular el contenido del contrato, al momento que se faculta al deudor de poder recurrir a las instancias judiciales y hacer uso de

las bondades estipuladas en el Código Civil, como es el caso del artículo 1346° referido a la reducción de la cláusula penal en el caso que el monto se considere manifiestamente excesiva o por el cumplimiento tardío o defectuoso, porque todo aquello que se quiso evitar con el establecimiento de la cláusula penal, es decir, la prueba y monto de los daños y perjuicios, necesariamente tendrían que determinarse en un proceso judicial, en donde además se deja a criterio del Juez la reducción, pudiendo éste incurrir en arbitrariedades al no existir lineamientos o pautas a tomarse en cuenta, que justifiquen la reducción.

Como bien lo expresa De La Puente y Lavalle, para abordar a la autonomía de la voluntad, señala que, la Constitución Política del Perú en su art. 2 inc. 24° establece que toda persona tiene derecho a la libertad, cuya consecuencia es que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Esta es la noción de la libertad individual, que permite a las personas actuar según su arbitrio, dentro de los cauces del ordenamiento jurídico.

Teniendo en cuenta que el contrato es un acuerdo de dos o más partes, y que, sobre la base de la autonomía privada, los contratantes tienen libertad para determinar el contenido de sus contratos, incorporando los términos, cláusulas y condiciones que mejor convengan a sus intereses, no queda la menor duda que ellas, las partes, puedan prever la revisión de sus propios contratos cuando se presenten situaciones que alteren las circunstancias contractuales (por ejemplo: incremento de precios, escasez de productos, imposibilidad de ejecutar la prestación, etcétera).

Por lo tanto, resulta contraproducente decir que el contrato se puede revisar y modificar por un tercero que no ha intervenido en su celebración, ya que ello conllevará a una falta de respeto al *pacta sunt servanda*, a la intangibilidad de los pactos y, desde luego, a la

libertad contractual. Sin embargo, existen figuras jurídicas que permiten la revisión de los contratos por un tercero juez, arbitro o legislador, en determinadas situaciones.

Para Ferrero Costa hace noción que, la cláusula penal es una promesa accesorio, aceptada por la contraparte, que importa la obligación (del deudor) de prestar una determinada prestación, a título de pena, para el caso de incumplimiento injustificado de la obligación que nace del contrato. Tiene la función de resarcir al acreedor de los daños que le han originado y de limitar al mismo tiempo su medida. Dado el carácter convencional de la cláusula, la pena se debe independientemente de la efectividad y de la prueba del daño, por parte del acreedor; lo que hace más fácil la situación de él, en caso de incumplimiento del deudor.

Nuestro Código Civil permite que las personas puedan pactar penalidades con la finalidad de anticipar los daños y perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones de alguno de ellos y con ello evitar en el futuro su discusión en los tribunales judiciales; sin embargo, el propio legislador permite que las penalidades puedan ser revisadas y , por ende , reducidas cuando la pena sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida (Artículo 1346º del Código Civil). En buena cuenta, el legislador borra con una mano lo que escribió con la otra.

Así como lo podemos apreciar en la jurisprudencia nacional en la Casación N° 1513-2003 de la Sala constitucional y Social Transitoria, Corte Superior de Piura, 9 de diciembre de 2003 hace referencia que la cláusula penal es una manifestación del poder que tienen los particulares de programar sus propios intereses mediante instrumento jurídico como el contrato, es decir, de la autonomía de la voluntad. Como es el caso del pago de clausula penal, inaplicación de normas: nexo de causalidad y ausencia.

Por otra parte hace mención que si en una relación contractual se ha pactado una cláusula penal y el deudor incumple con su obligación por causa imputable (dolo o culpa), el acreedor podrá exigir el pago de la penalidad, para lo cual no será necesario que pruebe los daños y perjuicios que ha sufrido como consecuencia del incumplimiento del deudor. Esta es una excepción a la regla general de que todo sujeto que exija el pago de una indemnización deberá acreditar los daños sufridos a fin de determinar la cuantía de los mismos. En el caso de la cláusula penal, demostrar los daños para determinar la cuantía no es necesario, ya que los sujetos, al momento de obligarse, han convenido por anticipado el monto de los daños y perjuicios limitando el resarcimiento a esta prestación.

Como hemos podido apreciar hasta ahora, mediante la estipulación de penalidades libre y voluntariamente acordadas por los contratantes en ejercicio de su libertad de contratación o autonomía de la voluntad se anticipan los daños y perjuicios del incumplimiento de obligaciones por parte del deudor, no teniendo el acreedor que acudir a los tribunales judiciales para solicitar la indemnización de los daños y perjuicios, evitando afrontar un largo proceso, donde mediarán pruebas, excepciones, etc. y los respectivos costos que ello importe, pues ambos contratantes han acordado que frente al incumplimiento del deudor, el acreedor únicamente solicitará el pago de la penalidad pactada.

Si ello es así, resulta ilógico, por decir lo menos, que el legislador peruano permita que el deudor que ha incumplido su obligación o que habiendo cumplido parcialmente la misma, recurra al Poder Judicial para solicitar la reducción de la penalidad pactada, que en el fondo no es otra cosa que la revisión de los acuerdos contractuales libremente acordados, máxime en caso de haber celebrado el contrato en términos paritarios. No olvidemos que en el Perú y en todo el mundo los contratos son obligatorios entre las

partes contratantes, por lo tanto, resulta natural que si dos contratantes han pactado una penalidad en caso de incumplimiento, el contratante perjudicado exija el pago de la penalidad.

Con frecuencia se suele decir que las cláusulas penales que contengan una pena excesiva deben ser reducidas por razones de justicia y equidad. Frente a ello nos preguntamos, si el acreedor es el que ha decidido que la penalidad se aplique o es el propio deudor el que ha determinado su aplicación. Dicho de otra forma, ¿quién se encuentra en mejor posición de evitar la aplicación de una penalidad: el deudor o el acreedor?. Sin lugar a dudas, es el deudor, pues si él cumple sus obligaciones en forma diligente el acreedor decidido, expresa o tácitamente, pagar la penalidad.

Primer objetivo específico fue:

Establecer las implicancias que tiene la cláusula penal como manifestación de la autonomía de la voluntad o libertad contractual. Al respecto de este objetivo lo primordial es de dichas implicancias tales como, que las partes contratante tienen la facultad o el poder jurídico para regular sus intereses, contando para ello con la libertad para contratar y la libertad contractual o libertad para determinar el contenido del contrato. Conforme a este principio, nadie está obligado a contratar; uno contrata porque quiere, con quien quiere y como quiere, tal cual como lo establece Soto Coaguilla.

En definitiva, la situación implica un nivel de inseguridad jurídica superior al que se produciría si el Derecho positivo admitiera la moderación judicial de penas excesivas. En tal caso, como mínimo, las partes estarían en condiciones de conocer, al celebrar el contrato, la facultad judicial de modificar el monto de la cláusula penal pactada y podrían actuar en consecuencia.

Por otro lado implica que la libertad contractual alude a la autodeterminación que tiene toda persona para decir, de común acuerdo, la metería objeto de regulación contractual. De tal forma que dicha libertad permite que las partes puedan establecer los términos y condiciones en que se obligan, las leyes y tribunales a que se someten, y las demás circunstancias no modalidades que se pactan.

Al hacer mención Torres Vásquez que la autonomía de la voluntad privada las personas tienen libertad de celebrar o no un acto jurídico, de escoger la persona con quien celebrarlo, de determinar su contenido o de regularlo, modificarlo o extinguirlo. Pero esta autonomía de la voluntad privada no es omnisciente, sino que está limitada por las normas imperativas, el orden público, las buenas costumbres, el abuso del derecho, los principios de corrección, el interés social, etc.

Al respecto, en la STC Exp. 1869-2010-PA/TC-LIMA, hace referencia que uno de los elementos esenciales del contrato es, precisamente, la autonomía de la voluntad, la cual tiene un doble contenido, la libertad de contratar o de conclusión, consagrado en los artículos 2o inc. 14° y 62° de la Constitución Política del Perú y la libertad contractual o de configuración interna. Esta autorregulación de su marco de intereses conlleva al reconocimiento de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad.

Para Palacios Pimentel hace mención que, la cláusula penal es una estipulación accesoria añadida a un contrato, por el cual y para asegurar la ejecución de la prestación en caso de retardo o incumplimiento. Se le denomina pena convencional, que viene a ser prestación determinada, prometida por el deudor al acreedor para el caso de incumplimiento o retardo de su obligación. Es un pacto

accesorio en el que se estipula multas o penas a cargo del deudor que dejarse de cumplir o retarde el cumplimiento de la prestación.

En conclusión, la cláusula penal es reajutable, en virtud de constituir una de las formas de reparación del daño, y ante la necesidad de que este sea resarcido integralmente. El reajuste de una cláusula penal no importa aumentar la indemnización pactada en relación a las circunstancias contractuales que las partes tuvieron en cuenta para fijar su monto al tiempo de nacer la relación jurídica, sino por el contrario, implica mantener los valores que en su momento fueron intenciones de las partes convenir por sobre una expresión numérica que ha perdido su originaria medida representativa.

#### Segundo objetivo específico

Analizar los criterios que observan los jueces cuando resuelven casos donde se cuestiona la cláusula penal.

En lo que respecta a los criterios que, de acuerdo al artículo 1346 del Código Civil Peruano de 1984, pueden adoptarse a efectos de reducir el monto de la penalidad, la norma citada admite el empleo tanto de criterios objetivos como de criterios subjetivos, a saber:

En el primer supuesto, estimamos que el órgano jurisdiccional no podría negarse a reducir el monto de la penalidad cuando el deudor demuestre de manera objetiva que el monto de los daños derivados de su incumplimiento se encuentra por debajo de lo pactado en la cláusula penal.

No obstante la lógica de este argumento, cabría preguntarse si además de la prueba de los daños y perjuicios es preciso que el juez verifique que la penalidad es “manifiestamente excesiva”.

La segunda solución posible al problema sería la de obviar la interpretación literal de la norma e indemnizar por los daños efectivamente irrogados, reduciendo de manera proporcional el monto de la pena.

Así tenemos a la Casación N° 1132-2002 hace referencia a que si bien el artículo 62° de nuestra Constitución Política del Perú, establece que la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, también ha cuidado en establecer que esta libertad de contratar debe darse de acuerdo a las normas vigentes a efectos de que resulten válidas. En concordancia con este criterio el artículo 354° del código civil Peruano, establece que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrato a norma legal de carácter imperativo, y así mismo, el 1356° del referido código señala que las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes salvo que sean imperativas, consecuentemente, toda cláusula contractual debe estar en armonía y debe ser interpretada además de acuerdo a las normas legales vigentes.

Para Castillo Freyre precisa que las opciones propuestas, dentro del sistema acogido por el Código Civil Peruano, la solución podría encontrarse en adoptar un criterio subjetivo para determinar la reducción de la penalidad. El fundamento de esta posición se encuentra en el requisito que establece la norma bajo análisis para la reducción de la penalidad.

De igual manifiesta este autor que la presencia del criterio subjetivo del juez podría ser llevada a sus extremos, en el supuesto en que la parte que haya incumplido solicite la reducción de la penalidad que, de acuerdo al sentido común, es sin lugar a dudas “manifiestamente

excesiva”, pero que, sin embargo, omite aportar pruebas conducentes a demostrar la inferioridad del monto del daño. En este supuesto, no parece ser lo más sensato declarar infundado el pedido del deudor por falta de pruebas. Por el contrario, parece razonable que el juez emplee su leal saber y entender a efectos de reducir prudencialmente, y de manera equitativa, el monto de la penalidad.

La jurisprudencia nacional parecería haber adoptado este criterio, asumiendo como válida la subjetividad del juez al respecto.

La Casación N° 726-2003-Lima se hace mención a una reducción de la cláusula penal por razones de equidad, supuesto no contenido en el artículo 1346 del Código Civil que habilite la reducción de la pena, en efecto dicha norma no invoca la equidad para reducir la pena convencional sino solo cuando ella es manifiestamente excesiva o cuando se ha cumplido parcial o irregularmente la prestación. En efecto apreciamos que el considerando décimo de dicha Casación, se expresa: “...La penalidad no constituye una suma líquida y exigible por la cual se puede despachar ejecución, debido a la facultad que la ley confiere al juez para reducirla equitativamente si el debate y la prueba demuestran en los procedimientos ordinarios [...] que es excesiva; para ello en cada caso deberá evaluarse la mayor o menor gravedad del incumplimiento o la mora y sobre esa base [...] determinarse la reducción de la penalidad...”.

Casación N° 761-2003-Lima por lo que hace referencia que la resolución regula un tema contractual bastante controversial en nuestro medio, y es aquel referido a la posibilidad atribuida al juez de reducir el monto pactado como cláusula penal, conforme a los supuestos contenidos en el artículo 1346 del Código Civil peruano; además de hecho hace mención que la cláusula penal puede ser estipulada para uno de los siguientes fines: a) para el caso del

incumplimiento total de la obligación (pena compensatoria); b) para el, caso de mora (pena moratoria) y c) para seguridad de alguna cláusula o estipulación concretamente señal; de allí que la cláusula penal sea distinguible en: compensatoria y moratoria dependiendo si tiene por objeto compensar los daños y perjuicios derivados por el incumplimiento o compensar tan solo los originados por la mora.

No obstante haber hecho referencia tangencial al tema, queremos profundizar en el análisis de los criterios de orden económico que atentan contra el principio de mutabilidad relativa de la cláusula penal, contemplado en el Código Civil de 1984. Cabe advertir que el sistema de regulación que propugna la inmutabilidad relativa no necesariamente cumple con proteger al deudor que se encuentra en desventaja, pues, lo reiteramos, como expresa Kemelmajer de Carlucci, “al debilitar la fuerza de la pena, indirectamente se crean dificultades para el deudor, porque el acreedor, al verse privado de la garantía que representa la cláusula penal, será más exigente en otros puntos del convenio”.

Estas conclusiones aunque siguiendo un razonamiento diferente han sido consagradas por la jurisprudencia nacional. Así, entre los criterios que han seguido los tribunales nacionales a efectos de determinar la reducción de la penalidad, tenemos los siguientes:

Casación N° 1753-97 del 24 de setiembre de 1998 La Corte Suprema ha considerado que la reducción de la penalidad procede “con el único fin de fomentar el contenido ético de las relaciones contractuales. Referido a los pactos usurarios a que puede estar sometido el deudor al momento de la celebración del contrato”.

En el considerando Sexto de esta misma resolución la Corte Suprema señaló que, en el caso materia de casación, la reducción de la penalidad obedecía “a una apreciación subjetiva del Magistrado”. Este criterio ha sentado precedente, pues se aplicó

nuevamente mediante Sentencia de fecha 31 de julio de 2001, expedida por la Corte Superior de Justicia de Lima, Expediente N° 6653-2000.

### Tercer objetivo específico

Evaluar la conveniencia de una modificación del artículo 1346 del Código Civil.

Para este último objetivo dicha finalidad analizar el sistema que se adapta a nuestra realidad jurídica, de tal forma que a partir de ello poder evaluar dicha modificatoria respecto del artículo 1346° del Código Civil para que así obtener una norma en la cual no se vea vulnerada la autonomía de la voluntad de las partes contratantes. Como se ha visto, la doctrina y la legislación comparada ofrecen diversas soluciones al problema que suscita la modificación de la cláusula penal, que renueva, una vez más, el antiguo conflicto que plantea la vida del Derecho: la seguridad, mediante la inmutabilidad de la cláusula penal, y la equidad, permitiéndose su revisión.

Debemos afirmar que nadie mejor que las partes mismas para fijar de antemano, por medio de la pena o multa, el monto de los perjuicios que el acreedor cree justo recibir por la inejecución o el retardo en el cumplimiento de la obligación, y que el deudor también considera justo pagar en estas mismas eventualidades. Asimismo, no debe perderse de vista que la cláusula penal solo es exigible en los casos de incumplimiento por dolo o por culpa del deudor. La inculpabilidad del deudor, salvo pacto en contrario, extingue la obligación (artículo 1343 del Código Civil peruano de 1984).

Por la doctrina de Ángel Ossorio y Gallardo, que admite la supresión de la pena cuando se prueba que el acreedor no ha sufrido perjuicios por la inejecución o por el retardo en el cumplimiento de la obligación. Por la regla original del Código Napoleón, que sancionaba la inmutabilidad de la cláusula penal. O, finalmente, por

la norma del Código Civil brasileño de 1916, que no permite modificar la cláusula penal, pero que la limita en su cuantía.

En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero esta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores; por otro lado, se tiene que el artículo 1346 del Código Civil permite, a solicitud de parte, que el juzgador reduzca o aumente el monto de la cláusula penal, así dicha norma prescribe que: "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".

Parece pues congruente la tesis de Ángel Ossorio y Gallardo, cuando consigna, en el artículo 767 del anteproyecto de Código Civil boliviano de 1943 que si no hay daños ni perjuicios no será exigible la pena. Puede agregarse, en apoyo de la tesis que rechaza la modificación de la cláusula penal, que el pacto por el que se fija esta indemnización convencional no compromete normas de orden público. Por consiguiente, de acuerdo con el principio de libertad de las convenciones, debía reconocerse y respetarse el monto de la pena que las partes hubiesen determinado libremente.

#### 4.1.2 Fundamentación de la formulación del problema

La pregunta formulada fue ¿a la luz de la jurisprudencia se vulnera la autonomía de la voluntad cuando el juez revisa la cláusula penal de los contratos en virtud del artículo 1346° del Código Civil?, ante todo esto podemos decir que a la luz de la jurisprudencia se ve vulnerada la autonomía de la voluntad, cuando el juez accede a reducir la cláusula penal, cuando las partes ya han estipulado el contenido del contrato, ya que el Código Civil estipula dichas bondades al deudor de recurrir a la vía judicial para que este solicite la reducción de la cláusula penal cuando la considere

manifiestamente excesiva, el juez al tener que resolver dichos casos, esto lo puede conducir a actuar con criterio de conciencia, por la simple apreciación judicial, sin necesidad de pruebas a la convicción de que la pena pactada es excesiva o insuficiente.

La solución al problema planteado podría encontrarse en la adopción de un criterio subjetivo para determinar la reducción de la penalidad. El fundamento de esta posición se encuentra en el requisito que establece la norma bajo análisis para la reducción de la penalidad. Pareciera que la referencia a la reducción equitativa de la pena “manifiestamente excesiva” denota la necesaria apreciación subjetiva del juez, pues no solamente se exige que la pena sea excesiva, esto es, que supere con creces el monto de los daños de los daños y perjuicios efectivamente irrogados, sino que, además, se requiere que esta desproporción sea manifiesta, es decir, abiertamente abusiva e, inclusive, grosera. Bajo esta perspectiva, la verificación de que el supuesto de la norma se ha cumplido no le correspondería al deudor que solicita la reducción de la penalidad, sino al juez.

Para lo cual tenemos a la Casación N° 3031-99 de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, al establecer que la cláusula penal tiene por sustento la autonomía de la voluntad o la libertad contractual que tienen las partes para fijar anticipadamente el monto de la indemnización que corresponde al acreedor por la ejecución de retardo en el incumplimiento de la obligación a cargo del deudor, que es cláusula sobre la base de la representación de los daños que las partes tienen en cuenta al contratar. La función de fijar anticipadamente el monto de los daños y perjuicios se conoce como función indemnizatoria de la cláusula penal.

En este sentido decimos que de acuerdo a la jurisprudencia nacional se ve vulnerada dicha autonomía de la voluntad, por el solo hecho de que el Código Civil permita al deudor de ir a sedes

judiciales a solicitar que se le reduzca el monto de la cláusula penal, dejando este a los criterios de los jueces, a que muchas veces éstos pueden incurrir en arbitrariedades, por no establecerse pautas determinadas para resolver este tipo de casos.

Pero también hay que recordar que en numerosas ocasiones las complejas relaciones contractuales, la fisonomía propia de los convenios cuyo cumplimiento se trató de asegurar con una cláusula penal, no permiten al juez pronunciarse sin pruebas. Es por ello que en la jurisprudencia, se han resuelto una diversidad de casos, vulnerando así dicha autonomía de voluntad, ya que dichas partes contratantes establecieron las cláusulas penales en el respectivo contrato, con la misma finalidad de poder asegurar dicha prestación.

Otro punto que llama la atención es que en la Casación N° 726-2003-Lima se hace mención a una reducción de la cláusula penal por razones de equidad, supuesto no contenido en el artículo 1346 del Código Civil que habilite la reducción de la pena, en efecto dicha norma no invoca la equidad para reducir la pena convencional sino solo cuando ella es manifiestamente excesiva o cuando se ha cumplido parcial o irregularmente la prestación. En efecto apreciamos que el considerando décimo de dicha Casación, se expresa: "...La penalidad no constituye una suma líquida y exigible por la cual se puede despachar ejecución, debido la facultad que la ley confiere al juez para reducirla equitativamente si el debate y la prueba demuestran en los procedimientos ordinarios [...] que es excesiva; para ello en cada caso deberá evaluarse la mayor o menor gravedad del incumplimiento o la mora y sobre esa base [...] determinarse la reducción de la penalidad...".

Asimismo, el carácter abusivo de la penalidad tampoco es susceptible de verificarse en el terreno probatorio, pues no es mediante criterios objetivos, sino subjetivos, que se tendrá que

evaluar los supuestos en que el monto de la pena pactada es “manifiestamente excesivo”.

A la luz de estas consideraciones, pareciera que la probanza de los daños que corre por cuenta de las partes del contrato sólo podrá tener lugar una vez que el órgano jurisdiccional haya determinado que nos encontramos ante una cláusula penal que al ser “manifiestamente excesiva”, encaja dentro del supuesto de hecho de la norma y, por ende, es susceptible de ser reducida.

Cabe señalar que el artículo 1346° del Código Civil no es el único que otorga al juez la facultad de emplear su leal saber y entender para la evaluación del monto de los daños. Así, por ejemplo, el artículo 1332° del acotado Código establece el deber del juez de fijar con valoración equitativa el resarcimiento del daño que no pudiera ser probado en su monto preciso. Lo propio ocurre con el artículo 1407°, el cual deja al arbitrio de un tercero que bien puede ser el juez la determinación con criterio equitativo de la obligación que es objeto del contrato, entre otras normas.

De esta manera tenemos, en aplicación la Casación N° 726-2003-Lima se hace mención a una reducción de la cláusula penal por razones de equidad, supuesto no contenido en el artículo 1346 del Código Civil que habilite la reducción de la pena, en efecto dicha norma no invoca la equidad para reducir la pena convencional sino solo cuando ella es manifiestamente excesiva o cuando se ha cumplido parcial o irregularmente la prestación.

#### 4.1.3 Teorización de unidades temáticas

##### Contratos

El contrato es definido por el Código Civil Peruano de 1984 como el “acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial” (art. 1352), y el art. 1402

precisa que el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir “obligaciones”.

Para Peralta Andía y Peralta Zecenarro, el contrato, es aquel que está circunscrita a la órbita del derecho privado, tiene por objeto producir cualquier efecto jurídico querido por las partes dentro del derecho civil.

Torres Vásquez, conceptualiza al contrato como un acto jurídico bilateral o plurilateral, por el cual las partes regulan sus derechos patrimoniales o no patrimoniales, susceptibles de apreciación pecuniaria, en virtud de la aceptación que una de ellas hace de la oferta formulada por la otra.

El contrato es aquel acuerdo de dos o más partes que regulan sus derechos patrimoniales o no patrimoniales, susceptibles de apreciación pecuniaria cuyo objeto es producir cualquier efecto jurídico.

En tal sentido, mediante el contrato, las personas (naturales o jurídicas), de forma libre y voluntaria, contraen obligaciones con la finalidad de satisfacer sus intereses. Este como toda institución jurídica, se basa en determinados principios, como la autonomía privada o autonomía de la voluntad, el consensualismo, la buena fe, el *pacta sun servanda* o fuerza obligatoria y el efecto relativo de los contratos.

#### Formación del contrato

Para el jurista colombiano Linares Vesga, en la formación del contrato, intervienen diferentes factores y circunstancias, tales como: La necesidad de celebrar el contrato, las partes, la voluntad de las mismas, el objeto, la causa, los factores económicos.

Romero Zavala señala que: La doctrina se interesa en esclarecer debidamente el proceso mediante el cual se llega a constituir el consentimiento, porque obviamente, nos encontramos ante una voluntad común expresada, declarada o manifestada. No se trata de una antinomia entre voluntad y expresión como se presentan en otros problemas jurídicos, por decir en la interpretación de los contratos.

En la formación del contrato intervienen diferentes factores y circunstancias por lo que mediante el proceso se llega a constituir el consentimiento.

En la formación del contrato se inicia con etapas tales como la oferta, esto es cuando una de las partes ofrece a la otra el producto, la venta o, en general, la posibilidad de celebrar el contrato. La segunda etapa considera a la promesa de contrato o precontrato, difiere con la promesa de celebrar un contrato, por lo tanto consta de obligaciones propias e independientes y la última etapa es el contrato propiamente dicho.

#### Autonomía de la voluntad

Por su parte Torres Vásquez establece que la autonomía de la voluntad privada las personas tienen libertad de celebrar o no un acto jurídico, de escoger la persona con quien celebrarlo, de determinar su contenido o de regularlo, modificarlo o extinguirlo.

De La Puente y Lavalle, para abordar a la autonomía de la voluntad, señala que: La Constitución Política del Perú en su art. 2 inc. 24 establece que toda persona tiene derecho a la libertad, cuya consecuencia es que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

Bigliuzzi Geri acota además de ello acotamos que la autonomía es sinónimo de libertad, pero no de arbitrio, si por tal se entiende una situación absolutamente desvinculada de todo límite normativo. La autonomía está limitada por exigencias de solidaridad social, buena fe y paridad de tratamiento, seguridad, libertad, dignidad, función y utilidad social.

Para la autonomía de la voluntad las personas tienen libertad de celebrar o no un acto jurídico, cuya consecuencia es que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, está limitada por exigencias de solidaridad social.

Esta autonomía de la voluntad, así entendida por tener carácter omnímodo por encima de la ley, de donde surge que “el pacto”, la voluntad “es ley para las partes”. La ley no intervenía solo como supletoria a la voluntad de las partes, para cuando los contratantes hubieran cuestiones o extremos que luego, en la praxis, durante la ejecución del contrato, se hacía necesario aclararlos y resolverlos.

#### Manifestaciones de la autonomía de la voluntad

Según Pinedo Aubian, “la libertad de contratar se presenta en el momento previo a la celebración del contrato, porque gracias a ella los contratantes son libres de decidir si celebran o no un contrato y además, de vincularse entre sí”.

Acorde con Soro Rusell, la libertad de contratar o de contratación, conlleva importantes consecuencias, que son: En primer lugar, la libre opinión del individuo entre contratar y no contratar. Esto es, por tanto, libertad para constituir o no relaciones contractuales, y en segundo lugar, libertad de contratación es libertad para elegir el contratante que nosotros queramos.

Según Bastos Pinto, “la libertad contractual o libertad de configuración interna, alude a la autodeterminación que tiene toda persona para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual”.

Para Palacios Pimentel sostiene que todo acuerdo de voluntades implica consentir, de aquí también surge la figura del contrato verbal, consensual formalismo (y la mayoría de los contratos revisten esta figura, al menos en nuestro medio, particularmente en los pequeños pueblos de nuestra sierra y nuestra ceja de selva, donde no hay Notarios, Jueces de donde un porcentaje incluso de la población son analfabetos).

Para la libertad de contratar se presenta en el momento previo a la celebración del contrato que conlleva importantes consecuencias, que son: En primer lugar, la libre opinión del individuo entre contratar y no contratar. Y la segunda libertad contractual alude a la autodeterminación que tiene toda persona para decidir, de común acuerdo.

En síntesis podemos decir que la libertad contractual considerada como segunda aplicación o manifestación del principio de la autonomía de la voluntad privada, es sin duda las más importantes, principalmente por su repercusión en la práctica, toda vez que la libertad de contratación apenas ha sido tratado por doctrina y jurisprudencia, pues posee un contenido fundamentalmente filosófico o teórico.

#### Cláusula penal

Felipe Osterling Parodi, sostiene que por medio de la cláusula penal “Los contratantes pueden fijar convencional y anteladamente a la fecha de vencimiento de la obligación el monto de los daños y

perjuicios que corresponderán al acreedor en caso de que el deudor incumpla tal obligación”.

En el mismo sentido, Jorge Mosset Iturraspe afirma que “La cláusula penal, como su nombre lo indica, es una “pena” de origen convencional, a la cual se somete el sujeto pasivo de un deber jurídico, con la finalidad de reforzar o garantizar el cumplimiento de dicho deber”.

Para Carlos Cárdenas Quirós, la cláusula penal cuya expresión más adecuada para este autor es la de pena obligacional, es el “mecanismo compulsivo derivado de una relación obligatoria constituido por una prestación de dar, hacer o no hacer que el deudor se obliga a ejecutar en el supuesto de inexecución total o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal”.

Es una “pena” de origen convencional derivado de una relación obligatoria constituido por una prestación de dar, hacer o no hacer, por lo que los contratantes pueden fijan convencionalmente y anteladamente a la fecha de vencimiento.

Concluimos que la cláusula penal es un acto accesorio, en el que se estipulan penas o multas contra el deudor que dejare de cumplir o retarde el cumplimiento de aquello a que se obligó. Y precisa que la obligación con cláusula penal no es una sola; son dos obligaciones; una principal y otra solo aplicable en caso de mora o inexecución del principal.

Al analizar la legislación en el Derecho comparado, Kemelmajer de Carlucci concluye que la cláusula penal es un negocio jurídico o una convención o estipulación accesorio por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente.

### Función compulsiva

Es así que Mosset Iturraspe señala que ésta función concebida en el derecho romano (*stipulatio poenae*) ha recobrado vigencia en el derecho moderno. El Código Civil francés expresa en su artículo 1126 que la cláusula penal sirve para asegurar la ejecución de las convenciones.

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci sostiene que la cláusula penal: como pena se dirige a castigar una conducta antijurídica asegurando de esta manera el cumplimiento de la obligación.

Un importante sector de la doctrina como Borda denomina compulsiva a esta función, cuando escribe que la cláusula penal tiene la función de “compulsar a los deudores a cumplir con sus obligaciones, ante la amenaza de una sanción por lo común más gravosa”.

Para la función compulsiva concebida en el derecho romano ha recobrado vigencia en el derecho moderno, ésta función tiende a “compulsar a los deudores a cumplir con sus obligaciones, ante la amenaza de una sanción por lo común más gravosa”.

Según la función compulsiva, la penalidad pactada constituye una sanción, una pena privada que recae en el deudor por el incumplimiento de su obligación.

### Función indemnizatoria resarcitoria

Al respecto, el maestro Guillermo A. Borda ha escrito que “la indemnización debe tener una adecuación lo más perfecta posible a los daños sufridos por el acreedor, en tanto que la cláusula penal se fija arbitrariamente, es casi siempre mayor que los daños y, finalmente, se debe, aunque el acreedor no hubiera sufrido perjuicio alguno como consecuencia del incumplimiento”.

Kemelmajer de Carlucci al mencionar que la cláusula penal está destinada exclusivamente a limitar el resarcimiento de los daños que pueden originarse en el incumplimiento de la obligación.

La indemnización debe tener una adecuación lo más perfecta posible a los daños sufridos por el acreedor, está destinada exclusivamente a limitar el resarcimiento de los daños que pueden originarse en el incumplimiento de la obligación. De acuerdo con la función indemnizatoria o resarcitoria, la cláusula penal está destinada exclusivamente a limitar el resarcimiento de los daños que pueden originarse en el incumplimiento de la obligación. No obstante, la pena pactada se debe como indemnización haya o no haya sufrido daños el acreedor.

Función punitiva

Osterling Parodi & Castillo Freyre sostiene que podría mantenerse vigente en la medida en que el deudor, a pesar de que los daños y perjuicios sean menores que la penalidad pactada, no reclame su reducción.

Son sanciones pecuniarias cuyo fin específico es garantizar la adecuada ejecución del contrato que podría mantenerse vigente en la medida que el deudor. El Código Civil de 1984 otorga al deudor para solicitar judicialmente la reducción de la penalidad, por estimarla manifiestamente excesiva, y si el deudor lograra que la misma se redujera, ello nos demostraría que el sistema adoptado por el Código puede conducir a que la cláusula penal carezca de función punitiva.

Función resolutoria

Para Arias Schreiber sostiene que ante el incumplimiento de una obligación contractual el acreedor puede solicitar su cumplimiento o la resolución del contrato.

Kemelmajer de Carlucci tiene todo contratante de resolver el contrato ante el incumplimiento del deudor por medio de la institución jurídica de la resolución, un sector de la doctrina considera que también puede llegarse a la resolución por la vía de la ejecución de la cláusula penal.

Comentando la legislación argentina, Mosset Iturraspe, señala que “la posibilidad de extinguir el contrato, como resultas de la ocurrencia de un hecho, el incumplimiento, aparece acordada al acreedor bajo la forma de una “opción”; el art. 659 (del Código Civil argentino) nos dice que, “a su arbitrio”, podrá pedir el cumplimiento de la obligación o la pena, “una de las dos cosas”; y agrega, interpretando a contrario sensu, que con el pago de la pena se entiende extinguida la obligación y, por ende, el contrato que le sirve de causa-fuente”

La función resolutoria es ante el incumplimiento de una obligación contractual el acreedor puede solicitar su cumplimiento o la resolución del contrato, es decir que el contratante de resolver el contrato ante el incumplimiento del deudor por medio de la institución jurídica de la resolución.

Concluimos que la función resolutoria es aquella que ante dicho incumplimiento por parte del deudor el acreedor tiende por optar la resolución del contrato.

Sistema de inmutabilidad absoluta

Chang Hernández sostiene que se encuentra el privilegio que otorga a la seguridad jurídica y la confianza en el cumplimiento de los contratos. De esta manera, no habiendo posibilidad de modificar el monto de la cláusula penal, el ordenamiento genera previsibilidad y

certidumbre en el acreedor respecto de las consecuencias que pudieran derivarse de un eventual incumplimiento.

Para Osteling Parodi recalca que el acreedor, unas veces con la finalidad de proteger sus intereses en el cumplimiento del contrato, y otras haciendo uso abusivo de su posición dominante, tratará de pactar la penalidad más elevada que le sea posible, generalmente inequitativa y desproporcionada respecto de los daños que de manera razonable pudieran derivarse de la inexecución del contrato.

Para este sistema implica que no habiendo posibilidad de modificar el monto de la cláusula penal, el ordenamiento genera previsibilidad y certidumbre en el acreedor respecto de las consecuencias que pudieran derivarse de un eventual incumplimiento por lo que tratará de pactar la penalidad más elevada que le sea posible.

Este sistema parece ser el que, analizado desde un punto de vista conceptual, regula con mayor coherencia las funciones inherentes a la cláusula penal; sin embargo, no obstante sus bondades, un numeroso sector de la doctrina alza sus críticas en contra señalando que la inmutabilidad absoluta de la cláusula penal puede constituir una fuente de abusos e injusticias contra el deudor.

#### Sistema de inmutabilidad relativa

Espín Alba establece la posibilidad de modificar el monto de la penalidad en ciertos supuestos, pero sólo para reducirla, negando la posibilidad de que pueda ser incrementada. Si la penalidad resultase insuficiente, la posibilidad de incrementar su cuantía sólo será factible siempre que se haya pactado el daño ulterior.

Al decir Kemelmajer de Carlucci consigna que pretende neutralizar los vicios en que se incurre en el sistema de inmutabilidad absoluta,

el cual según sus detractores, al no admitir la reducción de la penalidad excesiva, propicia los abusos por parte del acreedor.

Para este sistema se establece la posibilidad de modificar el monto de la penalidad en ciertos supuestos por lo que pretende neutralizar los vicios en que se incurre en el sistema de inmutabilidad absoluta.

En síntesis podemos decir que este sistema establece la posibilidad de modificar el monto de la penalidad en ciertos supuestos, pero sólo para reducirla, negando la posibilidad de que pueda ser incrementada.

Sistema de mutabilidad absoluta

El autor Soto Coaguilla hace referencia que de un lado, permite pactar penalidades convencionales y de otro lado, permite la reducción judicial de la penalidad, con lo cual la función de la cláusula penal se desnaturaliza

Por su parte Palacios Pimentel el proyecto se inclinaba por el sistema propuesto por la comisión Reformadora del Código de 1852, que siguiendo la doctrina del artículo 920 del Código de Brasil, establecía que la cláusula penal no podía ser modificada por el juez, como consideraba excesiva o diminuta; pero que su valor no podía en ningún caso exceder al de la obligación principal.

El legislador borra con una mano lo que escribió con la otra, ya que de un lado, permite pactar penalidades convencionales y de otro lado, permite la reducción judicial de la penalidad, con lo cual la función de la cláusula penal se desnaturaliza.

Revisión judicial

Romero Zavala establece que las posiciones doctrinarias en torno al problema de la revisión judicial de la pena, oscilan entre los

principios de inmutabilidad y utilidad de la cláusula por un lado, y el de imperativo de equidad, por otro.

Vásquez Vidal hace un mero análisis al respecto del artículo 1346 del C.C., la cláusula penal no es inflexible ni inexorable, pues el juez podrá reducirla equitativamente cuando lo solicite el deudor y resulte manifiestamente excesiva, o cuando la obligación principal hubiese sido cumplida en parte o en forma irregular. Para determinar la reducción de la pena por ejecución parcial o irregular, el juez deberá evaluar el grado de ventaja que el acreedor pudiera haber obtenido con dicha ejecución.

León Barandiaran, hace la siguiente reflexión: “La pena debe ser razonablemente proporcionada al daño sufrido por el acreedor y a los intereses en juego. Eventualmente el Juez podrá aún suprimir toda pena. El deudor no podrá renunciar de antemano a la reducción, pero si él ya ha cumplido con la pena, el Juez no podrá reducirla posteriormente”.

Para la reducción de la cláusula penal no es inflexible ni inexorable, pues el juez podrá reducirla equitativamente cuando lo solicite el deudor y resulte manifiestamente excesiva, pues la pena debe ser razonablemente proporcionada al daño sufrido por el acreedor y a los intereses en juego.

Total, la reducción hace factible discutir los perjuicios, contrariando la naturaleza jurídica de la cláusula, que se impone a guisa de daños y perjuicios anticipadamente calculados, no requiriéndose alegar perjuicios. Por eso, bastará demostrar la producción del hecho condicional contemplado para hacer aplicable la penalidad. Habrá reducción cuando se demuestre que los perjuicios son mucho menores a los considerados previamente

## V. DISCUSIÓN

¿A la luz de la jurisprudencia se vulnera la autonomía de la voluntad cuando el juez revisa la cláusula penal de los contratos en virtud al artículo 1346º del Código Civil?

Pues bien cuando el juez revisa la cláusula penal de los contratos a pedido del deudor definitivamente se va ver vulnerada la autonomía de la voluntad, ya que las partes contratantes en un primer momento establecieron el contenido del contrato a disposición de sus voluntades, es por tal motivo que hoy en día en muchas de las jurisprudencias se ve reflejado que los jueces al resolver un caso en específico no se acogen a un criterio subjetivo que pueda determinar la reducción de la penalidad, el fundamento de esta posición se encuentra en el requisito que establece la norma bajo análisis para la reducción de la penalidad.

Pareciera que la referencia a la reducción equitativa de la pena “manifiestamente excesiva” denota la necesaria apreciación subjetiva del juez, pues no solamente se exige que la pena sea excesiva, esto es, que supere con creces el monto de los daños de los daños y perjuicios efectivamente irrogados, sino que, además, se requiere que esta desproporción sea manifiesta, es decir, abiertamente abusiva e, inclusive, grosera. Bajo esta perspectiva, la verificación de que el supuesto de la norma se ha cumplido no le correspondería al deudor que solicita la reducción de la penalidad, sino al juez.

Es notorio que la mayoría de códigos se inclina por el sistema de mutabilidad de la pena o por sistemas mixtos que incluyen la posibilidad de reducirla.

El régimen vigente en el Perú no equilibra armoniosamente los intereses del acreedor y del deudor. Se autoriza la reducción de la pena en caso de ser manifiestamente excesiva pero no su aumento. Es cierto que se contempla la denominada indemnización del daño ulterior, que en alguna medida atempera el problema, pero para pretenderla es indispensable el pacto previo y, por supuesto, la prueba posterior de los daños adicionales a cargo del acreedor. En otras palabras, si el acreedor no cuida en convenirla, no podrá exigir un

mayor monto a título indemnizatorio, no obstante haber sufrido mayores daños.

De igual forma cabe mencionar que dentro de nuestra realidad social a lo que abarca el distrito judicial del departamento de Piura, esta investigación que se ha venido tratando con ahínco son muy pocos los casos en los que se llegan ante un proceso judicial en el que el deudor pueda ir ante el juez y que se le reduzca la cláusula penal, dado que se someten ante un engorroso proceso en el que tendrán que demostrar que los daños derivados de incumplimiento son en verdad mayores o menores dependiendo del caso que el monto pactado en la cláusula penal.

Prueba de esto es que la Juez Juzgado Mixto de Chulucanas Belinda Contreras E. hace mención que “hasta el momento no he tenido un caso con cláusula penal, pero intentaría no ser tan subjetiva al momento de resolver” respondiendo a la interrogante n° 5 de nuestra entrevista aplicada; con ello se demuestra que hoy en día son pocos estos casos a que lleguen a un procesos judicial por diferentes motivos.

El aumento o disminución de la indemnización convencional prevista por el acreedor y por el deudor, a solicitud de cualquiera de ellos, a pesar de los diversos fundamentos que se han señalado a su favor "con referencia a la moral y a las buenas costumbres, al enriquecimiento sin causa, al abuso del derecho, a la necesidad de moralizar el derecho y reprimir el negocio usurario. etc., parece conspirar contra la seguridad contractual, que se buscaba.

Si la cláusula penal se estipula con el fin de evitar el debate sobre la existencia de los perjuicios y su cuantía, conceder a los jueces la facultad de modificarla significa, en numerosos casos, abrir la controversia sobre la existencia de tales perjuicios y sobre su monto.

Vemos entonces que se sustituye el pacto libremente concertado por las partes con la misma libertad con la que concertaron la obligación cuyo cumplimiento se trató de asegurar con una cláusula penal, por un juicio complejo y costoso en que se objeta ese pacto, pues si la pena debe ser razonablemente proporcional al daño sufrido por el acreedor, a la gravedad de

la falta, a los intereses en juego y a la propia situación de las partes, es inevitable que se discuta y pruebe la existencia de los perjuicios y su cuantía.

Los jueces tienen la obligación de pronunciarse según las pruebas que aporten las partes. En ausencia de ellas mal podría un juez aumentar o reducir la indemnización fijada contractualmente cuando el deudor se obligó a entregar costosas máquinas industriales (obligación de dar) y no cumplió el contrato; o cuando el deudor se obligó a construir una fábrica (obligación de hacer) e incumplió la obligación; o cuando el deudor se obligó a no revelar un secreto (obligación de no hacer) y violó esta obligación.

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

Hay que reconocer que en algunos casos la simple apreciación judicial, sin necesidad de pruebas, puede conducir al juez, que actúe con criterio de conciencia, a la convicción de que la pena pactada es excesiva o insuficiente. Pero también hay que recordar que en numerosas ocasiones las complejas relaciones contractuales, la fisonomía propia de los convenios cuyo cumplimiento se trató de asegurar con una cláusula penal, no permiten al juez pronunciarse sin pruebas.

Y si el juez, en estos casos, modifica la pena sin que se acrediten los perjuicios, se arriesga a cometer una arbitrariedad.

Puede agregarse en apoyo de la tesis que rechaza la modificación de la cláusula penal, que el pacto por el que se fija esta indemnización convencional no compromete normas de orden público. Por consiguiente, de acuerdo al principio de libertad de las convenciones, debía reconocerse y respetarse el monto de la pena que las partes hubiesen determinado libremente.

Así mismo, es importante señalar que el principio de la inmutabilidad condice con la finalidad práctica de la institución, otorgando al negocio jurídico gran seguridad sobre las perspectivas futuras.

Este carácter se vincula con la función compulsiva de la cláusula penal, ya que de nada valdría prever la imposición de una pena si llegado el incumplimiento no se tuviese la seguridad de contar con su importe. Si se permitiese volver sobre lo pactado para elevarlo o reducirlo, bien podría no preverse nada y remitirse desde el principio a la apreciación judicial.

Al debilitar la fuerza de la pena, indirectamente se crean dificultades para el deudor, porque el acreedor, al verse privado de la garantía que representa la cláusula penal, será más exigente en otros puntos del convenio.

Se ha llegado incluso a afirmar que ninguna vinculación tiene el tema con el de la reducción de los intereses usurarios, porque tradicionalmente la disminución de estos ha sido referida a los compensatorios o lucrativos, intentando con ello disminuir ganancias ilícitas de un acreedor que se sitúa frente a un deudor que cumple con la prestación a su cargo. En cambio, en el terreno de la cláusula penal existe un deudor, incumplidor, por lo que nadie sino él debe asumir los riesgos de su obrar antijurídico.

Las críticas expuestas son aplicables, con mayor severidad, a las legislaciones que solo permiten la reducción de la pena estipulada. Nos referimos, concretamente, al artículo 1227 del Código Civil peruano de 1936 y al artículo 1346 del Código de 1984.

Estas normas parecen tener su origen en el supuesto erróneo de que es siempre, el deudor la parte más débil de la relación jurídica, y que merece, por lo tanto, tutela especial.

Los legisladores de 1936 y 1984 parecieron no haber tenido presente que también es deudor el empresario importante que se obliga a suministrar mercaderías; o el contratista que se obliga a construir una obra; o el dueño de medios de locomoción que se obliga a trasladar personas o mercaderías; o, en fin, todo aquel que está obligado al cumplimiento de una prestación. Desde este punto de vista, no es posible suponer que el deudor sea siempre la parte

más débil en la relación jurídica (aunque muchas ocasiones lo sigue siendo). El deudor, en los casos propuestos, sería la parte más poderosa, sobre todo cuando goza de un monopolio.

Y es ese deudor quien podría haber impuesto al acreedor una penalidad simbólica para el caso de inejecución o retardo en el cumplimiento de su obligación. En esta hipótesis, el acreedor carecería de instrumentos legales para solicitar el aumento de la pena estipulada, aun cuando el monto de los perjuicios que realmente sufrió fueran superiores al monto de la indemnización convencional. Los artículos 1227 del Código Civil peruano de 1936 y 1346 del Código Civil de 1984 facultan a los jueces reducir la pena, no para aumentarla.

Justo es reconocer, por otra parte que el sistema de la inmutabilidad prevista originalmente por la ley se presta a abusos. Los abusos pueden ser de cualquiera de las partes, tanto del acreedor como del deudor.

Es cierto, en efecto, que la cláusula penal puede utilizarse para imponer una indemnización que podría llegar a ser arbitraria. Pero también es verdad que esta indemnización puede ser arbitraria tanto para el deudor, quien se vería obligado a pagar en exceso, como para el acreedor, quien podría no ver satisfechos los perjuicios que realmente sufrió.

El cumplimiento riguroso de la cláusula penal, en ciertos casos, puede realmente convertir la justicia en instrumento para consagrar una iniquidad.

Frente a estas tesis contrapuestas debe buscarse una solución adecuada que respete la autonomía de la voluntad, restringiéndola mas no aniquilándola. Esta solución podría estar constituida por el principio que consagra el Código Civil brasileño de 1916.

La legislación brasileña de 1916 (a diferencia de la promulgada en el año 2002 y que entró en vigencia el año 2003), disponía que el juez no estaba facultado para modificarla pena estipulada, pero que su valor, en ningún caso, podía exceder al de la obligación principal.

Esa fórmula permite al acreedor usar la cláusula penal, con todas sus ventajas, entre ellas la de la inmutabilidad, cuando considera que los

perjuicios que sufrirá por el incumplimiento no sobrepasarán el valor de la obligación principal. Si el acreedor estima que el incumplimiento ocasionará perjuicios superiores al valor de la obligación principal, entonces, simplemente, no pactará la indemnización convencional, y tendrá el derecho de exigir oportunamente el pago de la indemnización que fije el juez.

Naturalmente que la solución propuesta no es perfecta. Ella también puede dar origen a abusos. Sería el caso del acreedor que impone al deudor, arbitrariamente pero dentro del límite previsto por la ley, una cláusula penal excesiva. O el caso del deudor que acogiéndose a la regla de la inmutabilidad impone al acreedor una cláusula penal insuficiente. Pero esos peligros no justifican que se descarte de la vida del Derecho una institución que, como cláusula penal, fomenta el respeto de la palabra empeñada y asegura eficazmente el resarcimiento en caso de que el deudor incumpla la obligación.

Pues bien al expresarse que la reducción deberá realizarse “equitativamente”, se deja a la apreciación absolutamente discrecional del juez la estimación de la reducción con el inconveniente que permite abrir la controversia respecto de los daños y perjuicios y, con ello, en cierta forma, se hace perder el verdadero significado de la cláusula penal; de tal forma que esta contradicción desvirtúa la existencia de la cláusula penal, pues la desnaturaliza, toda vez que si bien por un lado busca garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas voluntariamente, por el otro, permite no solo que se incumplan las obligaciones contraídas, sino que además sanciona debidamente el perjuicio que se cause con dicho incumplimiento y por lo tanto, la incorporación de la cláusula penal en un contrato resultaría inútil.

En estas mismas líneas, Soto Coaguilla, manifiesta que resulta ilógico que el legislador peruano permita que el deudor que ha incumplido su obligación o que habiendo cumplido parcialmente esta, recurre al Poder Judicial para solicitar la reducción de la penalidad pactada, que en fondo no es otra cosa que la revisión de los acuerdos contractuales libremente acordados, máxime en caso de haber celebrado el contrato en término paritarios. No olvidemos que en el Perú y en todo el mundo los contratos son obligatorios entre las partes contratantes. Por lo tanto, resulta natural que si dos contratantes han

pactado una penalidad en caso de incumplimiento, el contratante perjudicado exija el pago de la penalidad.

Es sabido que existe todo un debate doctrinario en torno a la inmutabilidad o mutabilidad de las cláusulas penales. La posición de Soto Coaguilla, la cual suscribimos, se inclina por el respeto de los acuerdos contractuales y, por ende, de las penalidades libremente acordadas.

Con frecuencia se suele decir que las cláusulas penales que contengan una pena excesiva deben ser reducidas por razones de justicia y equidad. Frente a ello nos preguntamos: ¿el acreedor es el que ha decidido que la penalidad se aplique o es el propio deudor el que ha determinado su aplicación. Dicho de otra forma, ¿Quién se encuentra en mejor posición de evitar la aplicación de una penalidad: el deudor o el acreedor? Sin lugar a dudas, es el deudor, pues si él cumple sus obligaciones en forma diligente el acreedor no tendrá ninguna pena que exigirle, pero si incumple es porque generalmente ha decidido, expresa o tácitamente, pagar la penalidad.

En consecuencia, resulta inequitativo, además de ineficiente, que precisamente el sujeto que incumple con sus obligaciones acuda a un juez para pedirle que reduzca el monto de la penalidad que él mismo aceptó (creemos sin embargo que tal posibilidad es más razonable en las penalidades de los contratos predispuestos). Además, este deudor también pudo convertirse en el acreedor del cumplimiento de la pena en el caso de que el otro contratante incumpla, siempre que la penalidad se haya pactado para ambas partes, como suele ocurrir. En suma, no podemos manifestar que cuando se pacta una penalidad, un contratante se aprovecha del otro.

## VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### 6.1 Conclusiones

1. Se ve vulnerada la autonomía de la voluntad de las partes que contratan cuando se faculta al deudor de poder recurrir a las instancias judiciales y hacer uso de las bondades estipuladas en el Código Civil, como es el caso del artículo 1346° referido a la reducción de la cláusula penal en el caso que el monto se considere manifiestamente excesiva o por el cumplimiento tardío o defectuoso.
2. La inmutabilidad relativa, desnaturaliza la cláusula penal porque afecta la función compulsiva; al igual afecta la esencia misma del acto jurídico realizado, por ende este artículo debe ser modificado por otro que adopte el sistema de inmutabilidad absoluta de la pena.
3. El sistema más adecuado para regular la garantía de la cláusula penal, es el sistema de inmutabilidad absoluta, para que se respete el acuerdo al que arriben las partes en cuanto a la penalidad, y así no se vulnere el principio de la autonomía de la voluntad y evitando en el futuro toda discusión sobre la existencia de daños y sus montos.
4. Al intervenir el juez en un pacto que han celebrado en virtud de su autonomía de la voluntad y como personas lo suficientemente aptas con capacidad de goce y de ejercicio representaría una participación innecesaria, puesto que lo que acuerden las partes de una relación contractual, es ley entre ellos, y lo acordado es de obligatorio cumplimiento para ambas
5. La existencia del artículo 1346° del Código Civil Peruano, puntualmente la parte donde expresa que “el juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva” desvirtúa la esencia de la cláusula penal.

## 6.2 Recomendaciones

1. Recomendamos la realización de trabajos de investigación con trabajo de campo (revisión de expedientes judiciales) para apreciar cuantitativamente la frecuencia de peticiones de revisión y reducción de cláusulas penales.
2. Recomendamos también la modificación del artículo 1346° del Código Civil Peruano en los siguientes términos:

En el C.C Peruano

“Artículo 1346°: El Juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida”

Propuesta

“Artículo 1346°: La cláusula penal no puede ser modificada por el juez por considerarla excesiva o diminuta. El valor de la cláusula penal no podrá, en ningún caso, exceder al de la obligación principal”

## VII. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. ABANTO TORRES, Jaime David (2007).-Problemas procesales en torno a la reducción de la cláusula penal: cuando la doctrina y el legislador desconfían del juez. Jus Doctrina & Practica.
2. ARIAS-SCHREIBER, Pezet M. (1986).-Exegesis del Código Civil comentado Peruano de 1984. Lima: Gaceta Jurídica.
3. BASTOS PINTO, Manuel (2011).- Diccionario de derecho constitucional peruano. Lima: Gaceta Jurídica.
4. BORDA, Guillermo. A. (1983).-Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Buenos Aires: Perrot.
5. CARDENAS QUIRÓS, Carlos. (1988).- Reforma del Código Civil Peruano. Lima, Gaceta Jurídica.
6. CARDENAS QUIRÓS, Carlos. (1990).-Reflexiones sobre la mutabilidad e inmutabilidad de la pena contractual. En Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico latinoamericano. Lima: Cultural Cuzco Editores.
7. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio (1978).- Derecho de los Contratos. Teoría General de los Contratos. Lima: Minerva.
8. CASTILLO FREYRE, Mario (2010).- Tratado de contratos típicos. Lima: Palestra Editores S.A.C
9. CASTILLO FREYRE, Mario. (22 al 25 de 09 de 2010). Libro de Ponencias del VI° Congreso Nacional de Derecho Civil. Recuperado el 15 de 04 de 2013, de <http://www.conadecivil.com/libro%20de%20ponencias%20final%20vf.pdf>.
10. CASTRO REYES, Jorge. (2010).- Manual de Derecho Civil. Lima, Juristas Editores E.I.R.L.

11. CHANG HERNANDEZ, Guillermo Andrés (2012).- La Revisión Judicial de los Contratos. Una Opinión en torno a la Lesión y la Reducción de la Cláusula Penal. Actualidad Jurídica.
12. CHANG HERNANDEZ, Guillermo Andrés (2009).- La Reducción Judicial de la Cláusula Penal. Actualidad Jurídica.
13. DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1985).-El negocio jurídico. Madrid: Civitas.
14. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (1982).-Estudios sobre el contrato privado. Lima.
15. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (1991).-El Contrato en General. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
16. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (2000).- La fuerza de la buena fe. Lima: Palestra.
17. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (2007). El contrato en general (2da. Reimpresión Ed.). Lima: Palestra
18. DAVILA SANCHEZ, William. (2006).-La reducción de la Penalidad excesiva en el Perú. Actualidad Jurídica.
19. DIEZ PICAZO, Luis (1979).-Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Madrid: Tecnos.
20. ESPIN ALBA, Isabel (1997).-La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena. Edit. Marcial Pons, Madrid.
21. FERRERO COSTA, Raúl (2001).-Curso de Derecho de las Obligaciones. Lima: GRIJLEY.
22. FERRI, Luigi. (2002).-Acto jurídico, negocio jurídico y contratos. Lima: Cuzco.

23. GOLDSTEIN, M. (2010). Diccionario jurídico consultor magno. Colombia: Cadiex internacional S.A.
24. GUTIERREZ CAMACHO, Walter; REBAZA GONZALES, Alfonso (2004).- Código Civil Comentado. Lima: Gaceta Jurídica.
25. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. (2011).-El Código Civil en la Jurisprudencia Casatoria. Lima: Iustitia S.A.C.
26. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (1981).-La cláusula penal. Buenos Aires: Depalma.
27. LEON BARANDIARÁN, José (1985).- La indemnización de Daños y Perjuicios. Lima: Cultural Cuzco Editores.
28. LEON BARANDIARÁN, José (1954).- Comentarios al Código Civil Peruano. Derecho de Obligaciones. Modalidades y efectos. Buenos Aires: EDIAR Editores.
29. LINARES VESGA, J.A (2009).- Introducción al estudio de los contratos. Bogotá: Librería ediciones del profesional LTDA.
30. MESSINEO, Francesco (1986).-Doctrina general del contrato. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
31. MIRANDA CANALES, Manuel (1995).- Derecho de los Contratos. Lima: Ediciones Jurídicas. 600p.
32. MOSSET ITURRASPE, Jorge (2005).- Contratos: aspectos generales: Rubinzal-Culzoni. 616p.
33. MOSSET ITURRASPE, Jorge (1978).-Medios Compulsivos en Derecho Privado. Buenos Aires: EDIAR.
34. OLAECHEA Y OLAECHEA, Manuel Augusto (2006).- Actas de la Comisión Reformadora del Código Civil.

35. OSTERLING PARODI, Felipe. (2007).- Las Obligaciones. Lima: Grijley E.I.R.L.
36. OSTERLING PARODI, Felipe. (1999).-La Exposición de motivos y comentarios del Código Civil. Lima: OKURA S.A.
37. OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario. (2011).- Compendio de Derecho de las Obligaciones. Lima: Palestra.
38. OSTERLING PARODI, Felipe (2010).-Enciclopedia Jurisprudencial de las Instituciones del Derecho Civil y Comercial. Lima: Tinco S.A
39. OSTERLING PARODI, Felipe (2008).- Mutabilidad o Inmutabilidad de la Cláusula Penal. Actualidad Jurídica.
40. OSTERLING PARODI, Felipe. (1998). Tratado de los contratipos típicos. Lima: Palestra.
41. ORTEGA LÓPEZ, Iván. (2000).- la Cláusula Penal, en el Impuesto General a las Ventas y los intereses acumulados en vía de proceso ejecutivo dentro de la demanda de pago de arriendos, en Dialogo con la Jurisprudencia, N° 20, Lima.
42. PALACIOS PIMENTEL, Gustavo. (2004).- Manual de Derecho Civil. Lima: Huallaga E.I.R.L.
43. PALACIOS PIMENTEL, Gustavo. (2002).-Las Obligaciones en el Derecho Civil Peruano. Lima: Huallaga.
44. PALACIOS PIMENTEL, Gustavo. (1991).-Compendio de derecho civil peruano. Lima: Huallaga.
45. PEIRANO FACIO, Jorge (1982).-La Clausula Penal. Bogotá: Temis Librería.

46. PERALTA ANDIA, J. (2005).- Fuentes de las obligaciones en el Código Civil. Lima: Moreno S.A.
47. PINEDO AUBIAN, M. (2010).- ¡Te obligo porque te conviene! Actualidad Jurídica.
48. PUIG BRUTAU, José (1959).-Fundamentos de Derecho civil. Derecho de las Obligaciones. Barcelona: Bosch Casa Editorial.
49. RAMIREZ CRUZ, Eugenio (1997).-Curso de las Obligaciones. Lima: San Marcos.
50. REBAZA GONZALES, Alfonso.- La disfuncionalidad de la Cláusula Penal. Gaceta Jurídica.
51. ROMERO ZAVALA, Luis. (1999).-El Derecho de las Obligaciones en el Perú "El Incumplimiento de las Obligaciones" Libro VI del C.C segunda sección (Art. 1314 al 1350 del C.C de 1984). Lima: Fecat.
52. ROMERO ZAVALA, Luis. (2008).- Teoría general de los contratos. Lima: Fecat E.I.R.L
53. RUBIO CORREA, M. (2011).-Título preliminar. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
54. SALINAS FETZER, Mateo (2012).-La exigibilidad y reducción de la cláusula penal en el Proceso de Ejecución y la discrepancia en la jurisprudencia. Actualidad Jurídica.
55. SORO RUSELL,O (2007).- El principio de la autonomía de la voluntad: Génesis y contenido actual. Madrid: departamento derecho civil universal complutense de Madrid.
56. SOTO COAGUILLA, Carlos Alberto (23 de 10 de 2005).-Inmutabilidad de las Penas Convencionales en el Derecho Peruano. Recuperado el 15 de 04 de 2013, de [http://www.indret.com/pdf/303\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/303_es.pdf).

57. TABOADA CORDOVA, Lizardo (2002).-Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato. Lima: Grijley.
58. TORRES VASQUEZ, Aníbal (1998).-Acto Jurídico. Lima: San Marcos.
59. VASQUEZ VIDAL, Jesús (2009).- Una sucinta visión doctrinaria y Jurisprudencial en la Cláusula Penal en el Código Civil Penal. Dialogo en la Jurisprudencia.
60. VASQUEZ OLIVERA, (2004).Derecho de obligaciones.:Adrus.482p.
61. VIDAL RAMIREZ, Fernando (1985).-Teoría del Acto Jurídico. Lima.
62. VIDAL RAMIREZ, Fernando (2007).-El Acto Jurídico. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
63. VILLAR ÑAÑEZ, Hugo (2000).-Manual de Obligaciones Civiles. Lima: León Barandarian.
64. ZAVALETA CARRUITTERO,W. (2002).- Código civil. Lima: Rodhas.

# ANEXOS



**UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO – PIURA  
FACULTAD DE DERECHO**

**INSTRUMENTO PARA LA RECOLECCION DE DATOS SECCION PARA JUECES Y ABOGADOS DE PIURA.**

Nombre del entrevistado: .....

Cargo que desempeña: .....

**OBJETIVO:** El presente instrumento tiene como propósito conocer qué opinan los especialistas en temas de analizar si se vulnera la autonomía de la voluntad cuando el juez revisa la cláusula penal de los contratos en virtud del artículo 1346° del Código Civil, a la luz de la jurisprudencia

Deseándole éxito en su trabajo le agradecemos de antemano su participación y su tiempo.

**INDICACIONES:** A continuación se presentan diversas interrogantes, correspondientes a la investigación titulada: “LA VULNERACION DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS A RAIZ DE LA REVISION JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL”, las cuales serán respondidas por el entrevistado.

**1. ¿CREE UD. QUE ES CONVENIENTE PACTAR CLAUSULAS PENALES EN LOS CONTRATOS PRIVADOS?**

.....  
.....  
.....  
.....

**2. A SU CRITERIO ¿SE DEBE O NO REDUCIR LA PENAL, AL IGUAL QUE SU INMUTABILIDAD?**

.....  
.....  
.....  
.....

**3. ¿QUÉ SENTIDO TENDRÍA HABER PACTADO UNA PENALIDAD SI, UNA VEZ VERIFICADA LA INEJECUCIÓN, LAS PARTES SE VERÁN IRREMEDIABLEMENTE SUMERGIDAS EN UN ENGORROSO PROCESO EN EL QUE TENDRÁN QUE DEMOSTRAR QUE LOS DAÑOS**

**DERIVADOS DE INCUMPLIMIENTO SON EN VERDAD MAYORES O MENORES  
DEPENDIENDO DEL CASO QUE EL MONTO PACTADO EN LA CLÁUSULA PENAL?**

.....  
.....  
.....  
.....

**4. ¿PUEDE EL ESTADO DICTAR LEYES PARA MODIFICAR, DIRECTAMENTE O  
INDIRECTAMENTE, LOS TÉRMINOS O CONDICIONES DE UN CONTRATO VÁLIDA  
CELEBRADO CUANDO SE ESTÁ VULNERANDO LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD?**

.....  
.....  
.....  
.....

**5. ¿HAY ALGUN CRITERIO EN PARTICULAR QUE TIENE UD. EN CUENTA AL MOMENTO DE  
RESOLVER LOS CASOS CON CLAUSULA PENAL?**

.....  
.....  
.....  
.....

**6. ¿CONSIDERA QUE DEBE REALIZARSE ALGUNA MODIFICATORIA LEGAL SOBRE EL TEMA?  
¿POR QUÉ?**

.....  
.....  
.....  
.....

**7. FINALMENTE ¿CUÁL ES LA SOLUCIÓN PARA DETERMINAR EL MEJOR SISTEMA DE  
CLAUSULA PENAL?**

.....  
.....  
.....  
.....



# LA VULNERACION DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS A RAIZ DE LA REVISION JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL

## INFORME DE ORIGINALIDAD



## FUENTES PRIMARIAS

<b>1</b>	<b>es.scribd.com</b> Fuente de Internet	<b>3%</b>
<b>2</b>	<b>revistas.pucp.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>3%</b>
<b>3</b>	<b>www.munizlaw.com.pe</b> Fuente de Internet	<b>3%</b>
<b>4</b>	<b>guillermochangabogados.blogspot.mx</b> Fuente de Internet	<b>3%</b>
<b>5</b>	<b>docplayer.es</b> Fuente de Internet	<b>3%</b>
<b>6</b>	<b>132.248.65.10</b> Fuente de Internet	<b>2%</b>
<b>7</b>	<b>blog.pucp.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>8</b>	<b>&amp;Ing=esscielo.org.ar</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>

9	<a href="http://tesis.ucsm.edu.pe">tesis.ucsm.edu.pe</a> Fuente de Internet	
10	<a href="http://andrescusi.files.wordpress.com">andrescusi.files.wordpress.com</a> Fuente de Internet	1 %
11	<a href="http://revder.upsjb.edu.pe">revder.upsjb.edu.pe</a> Fuente de Internet	1 %
12	<a href="http://www.adarve.com">www.adarve.com</a> Fuente de Internet	1 %
13	<a href="http://jorge125.blogspot.com">jorge125.blogspot.com</a> Fuente de Internet	1 %
14	<a href="http://id.scribd.com">id.scribd.com</a> Fuente de Internet	1 %
15	<a href="http://u.jimdo.com">u.jimdo.com</a> Fuente de Internet	1 %
16	<a href="http://xa.yimg.com">xa.yimg.com</a> Fuente de Internet	1 %
17	<a href="http://pt.slideshare.net">pt.slideshare.net</a> Fuente de Internet	1 %

Excluir citas

Activo

Excluir coincidencias

< 151 words



 <b>UCV</b> UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO	<b>ACTA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD          DE TESIS</b>	Código : F06-PP-PR-02.02
		Versión : 07
		Fecha : 31-03-2017
		Página : de 1

Yo, JOSÉ ARQUÍMEDES FERNÁNDEZ VÁSQUEZ, docente de la Facultad de DERECHO y Escuela Profesional de Derecho de la Universidad César Vallejo Filial Piura, revisor de la tesis titulada:

“LA VULNERACION DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS A RAIZ DE LA REVISION JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL”, de la estudiante PURUGUAY BENITES YAJAIRA ESTEFANI

, constato que la investigación tiene un índice de similitud de 27% verificable en el reporte de originalidad del programa Turnitin.

El suscrito analizó dicho reporte y concluyó que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad César Vallejo.

Piura 13 de febrero del 2019

  
 .....  
 Firma

Mg. JOSÉ ARQUÍMEDES FERNÁNDEZ VÁSQUEZ

DNI: 42172205

Elaboró	Dirección de Investigación	Revisó	Representante de la Dirección / Vicerrectorado de Investigación y Calidad	Aprobó	Rectorado
---------	----------------------------	--------	---	--------	-----------



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación (CRAI)
"César Acuña Peralta"

FORMULARIO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DE LAS TESIS

1. DATOS PERSONALES

Apellidos y Nombres: (solo los datos del que autoriza)
YAJAIRA ESTEFANI PURUGUAY BENITES
D.N.I. : 72751924
Domicilio : URB. Los Tallanes Block 03 B Dpto. 502
Teléfono : Fijo : Móvil : 944 025 643
E-mail : Yajaira\_estefani1@hotmail.com

2. IDENTIFICACIÓN DE LA TESIS

Modalidad:
[ ] Tesis de Pregrado
Facultad : DERECHO
Escuela : DERECHO
Carrera : DERECHO
Título : ABOGADA
[ ] Tesis de Post Grado
[ ] Maestría [ ] Doctorado
Grado :
Mención :

3. DATOS DE LA TESIS

Autor (es) Apellidos y Nombres:
YAJAIRA ESTEFANI PURUGUAY BENITES
Título de la tesis:
LA VULNERACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS A RAIZ DE LA REVISIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL
Año de publicación : 2018

4. AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN DE LA TESIS EN VERSIÓN ELECTRÓNICA:

A través del presente documento,
Si autorizo a publicar en texto completo mi tesis. [X]
No autorizo a publicar en texto completo mi tesis. [ ]

Firma : [Handwritten Signature]

Fecha : 15-02-19





**UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO**

**AUTORIZACIÓN DE LA VERSIÓN FINAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN**

CONSTE POR EL PRESENTE EL VISTO BUENO QUE OTORGA EL ENCARGADO DE INVESTIGACIÓN DE  
**LA ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

A LA VERSIÓN FINAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN QUE PRESENTA:

**YAJAIRA ESTEFANI PURUGUAY BENITES**

INFORME TITULADO:

***“LA VULNERACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS A RAIZ DE LA REVISIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL”***

PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

**ABOGADA**

SUSTENTADO EN FECHA: 29 de octubre 2018

NOTA O MENCIÓN: 11 – ONCE



-----  
FIRMA DEL ENCARGADO DE INVESTIGACIÓN

