



**UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO**

**FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**Reducción Judicial de la Cláusula Penal en los contratos y  
la Manifestación de la voluntad del acto jurídico, en el Código  
civil peruano**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

Abogado

**AUTORES:**

Pacherres Ganoza, Nils Wilber (ORCID: 0000-0002-8919-7940)

Pastor Ruiz, Fred Williamson (ORCID: 0000-0002-7931-5229)

**ASESORA:**

Dra. Vargas Flores, Rosa Luz (ORCID: 0000-0002-7570-2467)

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:**

Derecho Civil

TRUJILLO – PERÚ

2021

## **Dedicatoria**

A Dios por haber puesto en nuestro camino a las personas idóneas para colaborar en el desarrollo del presente trabajo, así como guiar a los autores con sabiduría e inteligencia para culminar con éxitos la presente tesis.

A nuestros seres queridos que día a día nos brindaron su apoyo incondicional, alentándonos a continuar con el reto emprendido durante estos años académicos, mostrando paciencia y motivación constante.

A nuestras amistades y colegas por su comprensión y aliento durante estos años académicos, por permitirnos compartir la felicidad de este último logro académico y primer paso a la profesionalización.

## **Agradecimiento**

En principio agradecer a nuestro Padre todopoderoso, por su guía y bendiciones que nos brinda cada día, por permitir el desarrollo del presente trabajo de investigación y su culminación con éxito. A nuestros padres y familiares por la paciencia, amor y motivación a terminar lo emprendido.

Un agradecimiento especial a nuestra asesora de Tesis, Dra Rosa Luz Vargas Flores, quien con su paciencia, enseñanza y gran espíritu de colaboración logramos con éxito la culminación de un producto de calidad y de gran aporte a la sociedad.

A nuestra casa de estudios la Universidad Cesar Vallejo, por sentar las bases de conocimiento académico y valores en sus estudiantes, por sus docentes de gran calidad, lo que nos permitirá ser a corto plazo profesionales de competitivos y de éxitos, coadyuvando al desarrollo de una sociedad con valores y de gran calidad humana.

## Índice de contenidos

	Pág.
Carátula.....	i
Dedicatoria.....	ii
Agradecimiento .....	iii
Índice de contenidos.....	iv
Resumen .....	vi
Abstract .....	vii
I. INTRODUCCIÓN.....	1
OBJETIVOS. OBJETIVO GENERAL .....	4
OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	4
II. MARCO TEORÍCO.....	4
III. METODOLOGÍA.....	31
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	36
RESULTADOS.....	36
DISCUSIÓN.....	56
V. CONCLUSIONES.....	66
VI. RECOMENDACIONES.....	67
VII. REFERENCIAS.....	68
ANEXOS.....	71

## ÍNDICE DE TABLAS

	Pág.
Tabla N° 1: Categorías y subcategorías de la investigación.....	32
Tabla N° 2: Transcripción de las respuestas de los sujetos sobre el concepto de la manifestación de la voluntad en el acto jurídico.....	37
Tabla N° 3: Transcripción de las respuestas de los sujetos sobre el análisis del principio de libre contratación de las partes.....	39
Tabla N° 4: Transcripción de las respuestas de los sujetos sobre si el artículo 1346 del código civil peruano quebranta la libertad de contratar.....	42
Tabla N° 5: Transcripción de las respuestas de los sujetos sobre si la doctrina de los Actos Propios es en nuestro ordenamiento jurídico.....	45
Tabla N° 6: Transcripción de las respuestas de los sujetos sobre si el artículo 1346 del código civil peruano quebranta la doctrina de los actos propios.....	47
Tabla N° 7: Transcripción de las respuestas de los sujetos sobre los criterios de valoración para el artículo 1346 del código civil peruano...	50
Tabla N° 8: Transcripción de las respuestas de los sujetos sobre si cree que el artículo 1346 del código civil vulnera la manifestación de la voluntad del acto jurídico.....	52
Tabla N° 9: Transcripción de las respuestas de los sujetos sobre si estaría de acuerdo con la modificación del artículo 1346 del Código Civil peruano.....	55

## Resumen

La reducción judicial de la pena en la cláusula penal y su vulneración en la manifestación de la voluntad es una tesis por demás interesante ya que se pretende analizar el articulado concerniente a que el juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando esta sea manifiestamente excesiva. A partir de ello se puede cuestionar si esta intervención es contradictoria con la manifestación de la voluntad expresada por las partes al momento de realizar el acto jurídico de los contratos.

Para el análisis de esta tesis se utilizó una metodología cualitativa utilizando diversos instrumentos de recolección, fundamentales para darle sustento a la investigación; además, se realizó entrevistas a especialistas en temas civiles.

De la información analizada concluimos que la reducción judicial de la pena en la cláusula penal sí vulnera la manifestación de la voluntad del acto jurídico debido a que quebranta el principio de libre contratación de las partes y contradice la teoría de los actos propios. Además, de las entrevistas realizadas se concluye que la intervención del estado, a través de un órgano jurisdiccional para modificar los términos del contrato, aparece como una intervención en el ámbito de la libertad de las partes.

**Palabras clave:** Acto jurídico, Manifestación de la voluntad, Reducción judicial de la pena de los contratos, Teoría de los actos propios.

## **Abstract**

The judicial reduction of the penalty in the penal clause and its violation in the manifestation of the will is an interesting thesis since it is intended to analyze the articles concerning the fact that the judge, at the request of the debtor, can equitably reduce the penalty when it is manifestly excessive. Based on this, it can be questioned whether this intervention is contradictory to the expression of the will expressed by the parties at the time of the legal act of the contracts.

For the analysis of this thesis, a qualitative methodology was used using various collection instruments, fundamental to support the research; In addition, interviews were conducted with specialists in civil matters.

From the information analyzed, we conclude that the judicial reduction of the penalty in the penal clause does violate the manifestation of the will of the legal act because it violates the principle of free contracting of the parties and contradicts the theory of the acts themselves. In addition, from the interviews carried out, it is concluded that the intervention of the state, through a judicial body to modify the terms of the contract, appears as an intervention in the scope of the freedom of the parties.

**Keywords:** Legal act, Manifestation of the will, Judicial reduction of the penalty of the contracts.

## I. INTRODUCCIÓN

- a. La evolución de la sociedad en general, así como las operaciones comerciales en particular, han devenido necesariamente a nivel jurídico, en nuevos tipos de disposiciones resolutorias de las transacciones comerciales; estas cláusulas otorgan potestad para deslindarse de un determinado contrato de forma automática frente a la falta o demora en la realización de las obligaciones derivadas de las transacciones.

También existen cláusulas que permiten, o tienen por finalidad, imponer una penalidad para aquel contratante que no cumpla con su obligación; estamos hablando entonces de la cláusula penal, que se define como aquel acuerdo convencional con la finalidad de que aquel que no cumpla con el mismo se verá obligado al pago de una penalidad, la misma que conoció y aceptó al momento de firmar el acuerdo.

Este concepto de cláusula penal, que como se dijo, es el pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad; tendría una especie de “salida” jurídica que se refleja en el artículo 1346 del código civil peruano, donde se aborda su reducción judicial; y es que, el juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la cláusula penal cuando esta sea manifiestamente excesiva. En otras palabras, el deudor infiel, después de no cumplir con su obligación puede recurrir a sede judicial, para que el operador jurídico reduzca la penalidad convenida cuando esta sea enorme y desproporcionada.

Este articulado iría en detrimento de la inmutabilidad de los contratos, ya que vulneraría la manifestación de la voluntad que indudablemente tuvo que constituirse al momento de consolidar el acto jurídico al firmar los contratos. Esta manifestación de la voluntad, es amparada por nuestro ordenamiento jurídico a nivel constitucional ya que según el artículo 62º de la Constitución

peruana prescribe que, "las cláusulas de los contratos deben ser inmodificables por cualquier tipo de mecanismo legal..." Así, se demuestra que nuestro ordenamiento reconoce que lo pactado es ley entre las partes, pero además a nivel infra constitucional existe la posibilidad que parte de este acuerdo, en este caso la cláusula penal, sea revisada y reducida si es manifiestamente excesiva.

Situación similar a la que se produce en nuestro ordenamiento jurídico en que se puede aceptar cláusulas penales en los contratos, en base a la libertad constitucional que se tiene para firmarlos, pero además, también se puede reducir la penalidad previamente acordada si la misma es manifiestamente excesiva, se presenta en los diferentes países de América del Sur, ya que aceptan las cláusulas resolutorias de los contratos pero además, plantean condiciones para recurrir al órgano jurisdiccional y buscar su variación, tenemos así que, en *Chile*, el código de Andrés Bello, en el articulado 1545, prescribe que todo contrato legamente acreditado es una ley para las partes; además menciona que este acuerdo es inmutable y solo podría ser modificado por aprobación bilateral o en vía jurisdiccional; mostrando de esta manera la intangibilidad del acuerdo pactado. Sin embargo, en su artículo 1539 del mismo cuerpo legal, se menciona que se podrá pedir que se disminuya la penalidad en determinados casos, según refiere el Código Civil, (1844): " Al darse el acuerdo inicial, uno de los actuantes estuvo obligado a cancelar una suma específica, asumiendo que equivalía a lo prestado por el otro celebrante prestante, y la sanción equivale a la cancelación de una suma específica, entonces puede solicitarse que haya una reducción de la segunda todo lo que supere al doble de la primera, incluyéndose ésta en él." (Art. 1544°).

Para *Argentina* sucede lo mismo en relación a la firmeza de los contratos, así se establece en el artículo 1197° que "Los acuerdos que ya están documentados se consideran para los celebrantes como una norma que debe ser respetada por las autoridades". Empero, el segundo párrafo indica que los "Los magistrados tienen que disminuir las sanciones al considerar

que las sumas son exageradas en función a la magnitud de la sanción cometida, teniendo en consideración el costo de las prestaciones y otros elementos contextuales, que indiquen un exceso ante la real dimensión del que adeuda.” (Código Civil Argentino, 2015, Art 656°). Demostrando que si bien es cierto aceptan la inmutabilidad de los contratos, también existe en su articulado, la posibilidad de reducir las penas contractuales según las circunstancias del caso.

En *Bolivia*, en su articulado 519° de su código sustantivo se prescribe que “El documento contractual es de orden legal celebrado ente ambas partes y para rescindirlo es necesario contar con la aprobación de ambos celebrantes o alguna causal legal.”; vemos pues, que el artículo en comento sustenta la inmutabilidad de los contratos; sin embargo, en su artículo 535, se prescribe la disminución equitativa de la pena en los contratos, señalando que: “Una sanción amerita una reducción justa ejecutada por un juez siempre y cuando la parte demandada haya asumido el pago de la suma inicial”.

Asimismo, en el código civil de Paraguay, se indica que “Un magistrado puede disminuir la sanción impuesta al demostrarse como exagerada y abusiva o al verificar que la suma inicial fue asumida solo en parte o hay irregularidad en su cumplimiento por parte de quien tiene la deuda. (Código Civil Paraguayo, 1876, Art. 459°), pero también se menciona que “Los acuerdos hechos en las transacciones constituyen para los celebrantes una medida que tiene carácter legal y deben cumplirla de mutuo acuerdo” (Código Civil Paraguayo, 1876, Art. 715°). Observando nuevamente, como en los países antes mencionados, la contradicción entre la inmutabilidad de los contratos y la rebaja legal de la pena.

Así también, el código civil peruano menciona que “Un magistrado por interés de quien tiene la deuda está facultado para disminuir en forma equitativa la sanción impuesta, al considerarse que esta es exageradamente abusiva o al darse el pago de la suma inicial de forma irregular o en parte” (Código Civil, 1854, Art. 1346°). Empero, en aparente oposición, la

Constitución Política del Perú (1991): “Las cláusulas de los contratos deben ser inmodificables por cualquier tipo de mecanismo legal...” (Art. 62°), inclinándose hacia el concepto de inmutabilidad de los contratos.

La Constitución peruana entonces garantiza la libertad contractual para decidir con quien se contrata y cuál sería el contenido de los contratos; sin embargo, el Estado, a través de su órgano jurisdiccional acepta ingresar en los contratos, a través, de la facultad de reducir las penas acordadas en las cláusulas penales, conforme al código nacional.

## **OBJETIVOS.**

### **OBJETIVO GENERAL**

Determinar de qué manera la reducción judicial de la cláusula penal en los contratos vulnera la manifestación de voluntad del acto jurídico.

### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- OE1: Analizar el artículo 1346° del código civil, precisar el concepto de la manifestación de la voluntad en el acto jurídico.
- OE2: Analizar el principio de los actos propios y su relación con el acto jurídico, analizar el principio de libre contratación de las partes y su relación con el acto jurídico
- OE3: Analizar la modificación del artículo 1346 del código civil peruano.

## **II. MARCO TEORÍCO**

A continuación, señalaremos los trabajos previos a nivel internacional, nacional y local relacionada a la cláusula penal, su funcionalidad y la reducción judicial de la misma.

Guzmán (2008) en su tesis titulada “Nuevas perspectivas sobre la cláusula penal en el derecho guatemalteco” para graduarse de licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales en la Universidad de San Carlos de Guatemala concluye

afirmando que la cláusula penal constituye un elemento indispensable, además sustenta que se utiliza para garantizar el cumplimiento del contrato o, de lo contrario, a indemnizar por los deterioros y detrimentos ocasionados al contratante que haya cumplido con su parte de la obligación contractual.

Marín (2015), en su tesis titulada: Los pactos de liquidación anticipada del daño en Derecho español, Common law y Soft law. Análisis económico de la cláusula penal, para ser Doctor en Derecho de la Universitat Pompeu Fabra arriba, entre otras conclusiones, a que en el Derecho español existe eficiencia en la regulación de la cláusula penal puesto que los tribunales no interfieren sobre la disposición de la pena pactada entre los contratantes, debido a que se sustrae al juez de la valoración sobre la adecuación de la pena. De acuerdo con esto, a través de la cláusula penal, la finalidad de los contratantes fue evitar la prueba en juicio del daño derivado del incumplimiento.

A nivel nacional, Soto (2006) realiza un trabajo titulado “La función de la cláusula penal en los contratos y la inmutabilidad de las penas convencionales” (p.4). Extraída de la Revista Chilena de Derecho Privado. El escritor debate la disminución judicial de las penalidades libremente negociadas en los contratos, pronunciándose a favor de la firmeza o intangibilidad de las penalidades, para lo cual también debate la función indemnizatoria que nuestro ordenamiento jurídico imputa a la disposición penal llegando a concluir el efecto desproporcionado; así también un efecto poco eficiente, donde necesariamente la parte que contraviene su compromiso asista a la vía legal a pedir que disminuya el monto que en su momento asumió. Además, advierte, que debemos tener en cuenta que el deudor también pudo convertirse en la parte afectada, si la situación hubiera sido inversa, ya que se pactan cláusulas penales recíprocas.

Contundentemente los autores concluyen que las penalidades celebradas en los acuerdos bilaterales o negociados deben permanecer inalterables y solo se deben aplicarse cuando el deudor infrinja lo acordado.

Saavedra (2017) en su investigación para obtener el título de abogado en la Universidad San Martín de Porres, titulada “La indemnización en las obligaciones de dar sumas de dinero y el tratamiento de la cláusula penal”; concluye que la cláusula penal no se puede aplicar al uso en las obligaciones dinerarias en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto la cláusula penal se instituye con la inmutabilidad relativa, la cual colisiona con la presunción legal de daño en este tipo de obligaciones. Continúa afirmando que la inmutabilidad relativa contemplada en el artículo 1346, permite que el juez, a pedido del deudor, reduzca la penalidad, siempre que se pueda probar que el daño es menor a la penalidad pactada, y la presunción legal de daño impide que la indemnización, operada con los intereses sea aumentada o reducida. Con ello si se pactara una cláusula penal para una obligación pecuniaria, el deudor tendría todo el derecho de solicitar la reducción de la penalidad, si es que prueba que el daño es menor a la penalidad, sin embargo, quien está obligado a pagar intereses debe cumplirlos, estos son inamovibles; no se puede pretender probar un daño menor, la presunción absoluta de daño lo impide.

Osterling y Rebaza (2005) elaboraron un artículo titulado “Apuntes sobre la reducción de la pena obligacional y el replanteamiento de sus funciones” (p.3). Extraída de Revista *Ius Et Veritas*. Los autores concluyen que la incertidumbre que simboliza para la parte afectada, el verse enfrentado legalmente, donde las penalidades no reflejan las acciones coercitivas e indemnizatorias que son innatas, se ven en la situación de patrocinar sus beneficios, optando por emplear otros dispositivos legales. Así, la variación del acuerdo entre las partes que es llevada a una vía jurisdiccional crea el sobre costo de las transacciones y sobrevalor del crédito.

Beltrán, (2018) en su tesis titulada *Criterios jurídicos para la nulidad de la cláusula penal y la garantía del resarcimiento de los daños sufridos realizada en Arequipa para optar el grado académico de Maestro en Derecho Civil en la Universidad Católica de Santa María* plantea entre sus conclusiones que

la valoración que se otorga a la reparación de los daños sufridos según los expedientes analizados, resulta inequitativo e ineficiente, porque en muchos de los casos examinados se ha observado que el sujeto que no cumple con sus compromisos pactados en el contrato; recurre al Magistrado solicitándole que disminuya el monto de la penalidad que aceptó anteriormente, argumentando que los daños son menores o que no existen. Además, en otra conclusión sostiene que se concluye que según los expedientes analizados se ha logrado comprobar que el artículo 1346, norma que permite al deudor solicitar al juez la disminución equitativa de la pena, cuando esta sea visiblemente excesiva, atenta contra algunos aspectos de la funcionalidad de la cláusula penal, lo cual no permite asegurar la reparación de los daños sufridos.

Puruguay (2018) propone su tesis “La vulneración de la autonomía de la voluntad en los contratos a raíz de la Revisión Judicial de la Cláusula Penal” para adquirir el título en Derecho en la Universidad César Vallejo sede Piura y cuyo problema 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 CC? Llegando a la conclusión que, la autonomía de la voluntad de las partes que contratan se ve vulnerada 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.

Además, concluye que el sistema más adecuado para regular la garantía de la cláusula penal, es el sistema de inmutabilidad absoluta, respetando el acuerdo al que lleguen las partes en cuanto a la penalidad, y así no se quebrante el principio de la autonomía de la voluntad y evitando en el futuro toda discusión sobre la existencia de daños y sus montos.

En referencia a la actuación del Juez, Puruguay (2018) advierte que al intervenir el juez en un pacto que han celebrado en virtud de su autonomía de la voluntad y como personas con capacidad de goce y de ejercicio, su intervención sería innecesaria, puesto que el pacto entre las partes, es ley entre ellos, y lo acordado es de obligatorio cumplimiento para ambas.

Finalmente concluye que el artículo 1346 del código civil explícitamente en la parte “el juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva” desvirtúa la esencia de la cláusula penal.

Cuba (2016) en su tesis titulada “ Limitaciones a la Voluntad de las partes ante el ejercicio de la acción judicial de reducción de penalidades derivadas de los acuerdos contractuales según el criterio asumido por los jueces especializados en lo civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, 2016” para obtener el grado de Bachiller sostiene en su primera conclusión que “no existe un criterio uniforme por parte de los X Jueces Especializados en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, respecto a que sea necesario que el acreedor afectado, con el incumplimiento de la obligación garantizada por parte del deudor, tenga que probar la existencia y monto de los daños y perjuicios producto del mismo al momento de interponer su demanda solicitando la ejecución de la cláusula penal, que posteriormente dará origen al pedido de reducción judicial de cláusula penal, pese a que el artículo 1343 del Código Civil señale que la misma no resulta necesaria.

En su tercera conclusión Cuba (2016) señala que “La reducción judicial de cláusulas penales está sujeta a la discrecionalidad que pueda tener el juzgador al momento de resolver un caso en concreto, por lo que se puede descartar la predictibilidad del sentido que puedan tener las resoluciones judiciales ante casos de similar materia, sea ya ante un mismo juzgado y con mayor razón de tratarse de distintos órganos jurisdiccionales, pues dicho criterio estará sujeto a variación de acuerdo al juez encargado de resolver el conflicto”.

El mismo autor señala, en su cuarta conclusión que “la reducción judicial equitativa del monto de la penalidad pactada atenta de modo abierto contra la eficacia de los acuerdos contractuales y a su vez incrementa la desconfianza social al momento de contratar, pues el acreedor no tendrá certeza del cumplimiento total y oportuno de la obligación garantizada por parte del deudor -y peor aún de la penalidad pactada- lo cual desincentiva el empleo de esta institución contractual y conlleva a su vez una recarga procesal al Poder Judicial por los litigios que se originen a raíz del incumplimiento de parte del deudor. Finalmente, en su conclusión final acota que, “el ejercicio de la acción judicial de reducción de penalidades derivadas de acuerdos contractuales por parte del deudor limita la voluntad de las partes, pues tal acción implica un desconocimiento expreso de la misma y a su vez conlleva a su subrogación por parte de la decisión que emita el juez de acuerdo al caso en concreto.

De los trabajos mencionados se puede resumir que la cláusula penal sirve para garantizar el cumplimiento del contrato; además otras investigaciones se pronuncian a favor de la firmeza e intangibilidad de las penalidades acordadas ya que la autonomía de la voluntad de las partes que contratan se ve vulnerada 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°. Además, toma especial relevancia las conclusiones de Cuba (2016) por encuestar a jueces civiles y a partir de ello verificar la no idoneidad del articulado en mención.

Seguiremos ahondando, en líneas siguientes sobre la definición de la cláusula penal en opinión de diferentes autores y sobre todo la funcionalidad y finalidad que debe cumplir dentro del contrato.

Kemelmajer, A. citado por Espinoza J. (2014) manifiesta que la cláusula penal es aquella convención, negocio jurídico o estipulación accesorio en la cual un sujeto se obliga a cumplir cierta prestación indemnizatoria, buscando

reforzar el cumplimiento de la obligación; siempre y cuando no haya cumplido con lo acordado o lo hace tardía o irregularmente (p. 134)

La cláusula penal cobra vigencia en las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer; además también se activa cuando hay que fijar daños y perjuicios por mora o por incumplimiento de algún pacto determinado. Los contratantes en este sentido pueden establecer antelada y convencionalmente a la fecha de vencimiento del compromiso, el monto de los daños, así como en los perjuicios que serán a favor del acreedor en caso que la obligación sea incumplida por el deudor. Generalmente la consecuencia de la cláusula penal es retribuida en dinero cuando se produce la inejecución total de la obligación que establece el resarcimiento por daños y perjuicios. (Osterling, 2010).

Nuestro código civil (1984): “El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores” (art. 1341°).

La cláusula convencional entonces busca reforzar el cumplimiento a través de la aceptación de la penalidad en tanto y cuanto no se cumpla con lo aceptado en el acuerdo. Así, en párrafos siguientes conoceremos las diferentes funciones que cumple la cláusula penal y nos adelantamos a señalar entre las principales la función punitiva y la función preventiva o disuasiva, que en buena cuenta coaccionan al deudor a cumplir con lo pactado.

Soto (2006) plantea las siguientes funciones como son punitiva o compulsiva, indemnizatoria o resarcitoria, resolutoria y preventiva o disuasiva” (p. 265). La función punitiva o compulsiva en la cláusula penal

según Borda, G. Soto, (2006): "[...] compulsar a los deudores a cumplir con sus obligaciones, ante la amenaza de una sanción por lo común más gravosa" (p. 312). En este sentido De Carlucci, citado por Osterlling, F. y Rebaza, A (2008): "considera a este concepto como una pena que se destina a reprimir una conducta antijurídica, asegurando de este modo el cumplimiento de la obligación" (p. 76).

La cláusula penal cumple la función punitiva porque contribuye a reforzar el vínculo obligacional y, asimismo, a desincentivar el incumplimiento del deudor. Dicha función ha sido recogida de manera expresa por el artículo 1342 del Código Civil, al obligar al deudor a cumplir la obligación y a pagar la pena de manera conjunta. (Osterlling, F. y Rebaza, A. 2008).

En referencia a la función indemnizatoria o resarcitoria, importa una liquidación convencional, acordada anticipadamente respecto de los daños y perjuicios que el incumplimiento parcial o total del compromiso asumido pudiera causar al acreedor.

Mazzarese, citado por Osterlling y Rebaza (2008) refiere que la función es una técnica negocial de satisfacción del derecho violado, aunque no se haya causado lesión patrimonial. (p.215).

Osterlling y Castillo (2013) señalan en relación la cláusula penal que cumplirá siempre una función indemnizatoria, tanto cuando ella pudiera corresponder en su monto a la cuantía de los daños y perjuicios verdaderamente causados, como cuando resultare diminuta o excesiva" (p.280).

Los mismos autores sostienen en relación a la función resolutoria que, si la prestación incumplida garantizada con la cláusula penal fuese de importancia sustancial, o incluso la única asumida por el deudor, sería posible pensar que esta cláusula tendría una finalidad resolutoria, debido a que el acreedor no tendría interés en que el deudor siguiese ostentando jurídicamente tal condición." (p.162)

La última función de la cláusula es la función preventiva o disuasiva; lo que persiguen los contratantes es reforzar el cumplimiento del contrato y evitar el incumplimiento del mismo; en este sentido, no se busca el enriquecimiento de uno de ellos o el empobrecimiento del otro; ni mucho menos se piensa en función de anticipación de daños y perjuicios. (Soto, 2006).

De lo señalado al conceptualizar la cláusula penal, debe quedar claro que la función punitiva o compulsiva y preventiva o disuasiva, son características fundamentales de la cláusula penal, ya que ésta se acepta justamente para lograr el cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor y que por consiguiente su conducta tenga por fin, lograr que el contrato logre sus efectos, desincentivando su incumplimiento. Y entonces, esta pena convencional toma lógica porque necesariamente debe ser más gravosa para lograr el cumplimiento de la obligación sino carecería a nuestro entender de sustento alguno.

Hasta aquí entonces, entendemos que, la cláusula penal es el pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad; a partir de este concepto entonces se entiende que la cláusula convencional tiene como funciones principales la de prevención y compulsividad, para que el deudor se obligue a cumplir con lo pactado. Sin embargo, recordamos que en nuestro ordenamiento existe también la reducción judicial de esta cláusula convencional prescrito en el 1346, donde se aborda que, a solicitud del deudor, en sede judicial se puede reducir equitativamente la cláusula penal cuando esta sea manifiestamente excesiva. Analicemos ahora, este articulado recorriendo su camino histórico y el sustento de su finalidad.

Fue en la Edad Media donde la posibilidad de que las cláusulas penales fueran revisadas judicialmente, siempre y cuando, haya abusos manifiestos en contra de los intereses de los deudores. Los canonistas comenzaron a mostrar interés por el tema ya que las cláusulas penales enormes, infringían

las prohibiciones existentes que intentaban extinguir la usura y los pactos de intereses excesivos. (Corral, 2000)

La reducción de la cláusula penal está recogida en el Código Civil (1984): “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” (art. 1346°). Se sostiene que “el exceso es sancionado con el encaminar hacia la equidad la prestación pactada por las partes y con una intervención judicial de conservación correctiva del pacto, o, de integración sustitutiva del mismo, que preserva la ‘justa’ utilidad del acuerdo o del intercambio”. En el supuesto que el compromiso o pacto se haya cumplido parcialmente o en forma irregular, la disminución aplica en el sentido de reprimir penalidades usurarias. Así tenemos el “principio general de represión de la usura no se refiere sólo, en sentido estricto, a los contratos y a los intereses usureros, sino se refiere, en un aspecto general, a los contratos y a las cláusulas que realicen ‘usuras reales’, esto es, una prestación excesiva a cargo del deudor –no importa si ésta se realice mediante un efecto real, o mediante un efecto obligatorio, en un contrato unilateral o un contrato sinalagmático”.

La jurisprudencia ha señalado que “el art. 1346 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” ( Cas. N° 1753 -97 – Lima, El Peruano, 17.11.1998, p.2045).

La penalidad pactada se aplica sin que sea necesario probar los daños y perjuicios para exigir su pago, encontrándose facultado el juez para reducir equitativamente su monto, cuando sea manifiestamente excesivo o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida (Corte Suprema Exp. N° 773 -90-Junín).

“Tratándose de una cláusula penal el incumplimiento de uno de los contratantes obliga al transgresor al pago de una penalidad pactada en el contrato, empero el juez puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva” (Corte Superior de Lima, Sala N°3, Exp. N° 3786-97).

La reducción de la cláusula convencional procederá en los supuestos en que la pena sea manifiestamente excesiva y cuando la obligación hubiese sido en parte o irregularmente cumplida. El sustento que se esgrime para el primer supuesto es la equidad y proporcionalidad razonable que debe existir con el daño sufrido por el acreedor; además, esta reducción de la pena convencional cuando es manifiestamente excesiva busca que no se favorezca el enriquecimiento indebido, abuso del derecho, la usura, actos que contravienen el orden público, las buenas costumbres y la buena fe. Con respecto al segundo supuesto, esto es cuando la obligación hubiese sido en parte o irregularmente cumplida se sustenta en que si el acreedor acepta un pago parcial o irregular, la solución en consecuencia es la reducción de la penalidad en proporción a la amortización de la obligación principal. Así, la reducción estará en relación a la proporción de la obligación principal que ha sido cumplida y la parte aun no ejecutada. (Claro,1979)

Los fundamentos del 1346 se sostienen, como se señala en párrafos anteriores, en los principios de equidad, de justicia para las partes, etc. Sin embargo, a partir de ello nos preguntamos si ¿es lógico que se permita que el deudor que haya incumplido su obligación o que habiéndola cumplido parcial o irregularmente, recurra al Poder Judicial para solicitar la reducción de la penalidad que él acordó y aceptó? Si mediante la inclusión de cláusulas penales en los contratos, los contratantes buscan reforzar el cumplimiento de sus obligaciones y prevenir su posible incumplimiento ¿no resultará contraproducente que el deudor infiel que ha incumplido con sus obligaciones y que faltó a su palabra empeñada, acuda al juez para solicitar la reducción de la pena?

Estas interrogantes permiten adentrarnos en la postura de la inmutabilidad absoluta de la pena; esto es que, la cláusula penal no puede ser modificada por el Juez, a solicitud del deudor. Los fundamentos que sustentan esta postura los plantea Osterling (2010) sosteniendo que la función de la cláusula penal es evitar en el futuro toda discusión sobre la existencia de los daños y su monto y el respeto de la voluntad de las partes libremente expresada en el momento de pactar la penalidad conforme el principio de libertad contractual.

El principio de la inmutabilidad se condice con la finalidad práctica de la institución, otorgando al negocio jurídico gran seguridad sobre las perspectivas futuras, genera previsibilidad y certidumbre respecto de las consecuencias que pudieran derivarse de un eventual incumplimiento; además que confiere seguridad jurídica y confianza en el cumplimiento de los contratos promoviendo comportamientos éticos e impulsando medidas destinadas al cumplimiento de las obligaciones, pues caso contrario, la carga económica que representa el pago de la penalidad será probablemente, más severa que una simple indemnización por daños. (Osterling, 2010).

En palabras de Soto (2006), “esta pena convencional se define como un pacto por el cual se refuerza el cumplimiento de las obligaciones, con la finalidad de desincentivar el incumplimiento de las obligaciones y fomentando un comportamiento leal y diligente de los contratantes”

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. (Osterling y Rebaza ,2005).

Estas definiciones coinciden con los trabajos de investigación que presentamos en los párrafos iniciales como son de Osterling y Rebaza (2005) elaboraron un artículo titulado “Apuntes sobre la reducción de la pena obligacional y el replanteamiento de sus funciones” que concluyen que la variación del acuerdo entre las partes que es llevada a una vía jurisdiccional crea el sobre costo de las transacciones y sobre valor del crédito. También con la tesis de Beltrán, (2018) en su tesis titulada “Criterios jurídicos para la nulidad de la cláusula penal y la garantía del resarcimiento de los daños sufridos” coincide con lo mencionado al concluir que el 1346 atenta contra algunos aspectos de la funcionalidad de la cláusula penal, lo cual no permite asegurar la reparación de los daños sufridos.

La cláusula penal, como se ha dicho hasta aquí, tiene una función esencialmente preventiva y punitiva y en forma secundaria, puede cumplir una función indemnizatoria o resarcitoria cuando el incumplimiento del deudor cause daños al acreedor. (Soto, 2006). 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. (Osterling, 2010)

Si los contratantes pactan una penalidad con la finalidad de reforzar el cumplimiento de las obligaciones y desincentivar su incumplimiento, resulta natural que si el deudor incumple por causas imputables a él (dolo o culpa), éste está en la obligación de pagar la penalidad libremente convenida y el acreedor tenga el derecho de solicitar su ejecución. Por tanto, 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. Además, no olvidemos que este deudor también pudo convertirse en acreedor en el caso de que el otro contratante

incumpliese. Ello suele ocurrir, pues normalmente se pactan cláusulas penales recíprocas. (Soto, 2006).

Por consiguiente, no podemos manifestar categóricamente de que cuando se pacta una penalidad un contratante se aprovecha del otro. Incluso, en muchos contratos, como en los de obra, no sólo se pactan penalidades sino premios cuando un contratante cumple con sus obligaciones en forma anticipada.

Las penalidades libremente pactadas en los contratos paritarios o negociados deben respetarse y deben cumplirse cuando el deudor incumpla con sus obligaciones, por lo que no participamos de la tesis de una revisión judicial o arbitral de las penas convencionales, ni a pedido del deudor ni realizadas de oficio por el juez. (Soto, 2006). A modo de conclusión, 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. (Osterling, 2010)

Generalmente, los argumentos que defienden la revisión de la cláusula penal se resumen, tal como señala Soto (2006), en cuatro puntos a tratar: (i) presumir que el deudor es la parte débil de la relación obligacional, (ii) que la pena sea manifiestamente excesiva, (iii), que el deudor haya tenido la intención de cumplir, lo cual se demuestra mediante el cumplimiento parcial o irregular y finalmente que (iv) que resulta injusto que el acreedor se beneficie con la pena, cuando no ha sufrido daños o cuando los daños son inferiores a la pena pactada.

Soto refuta cada uno de estos argumentos como, por ejemplo, que no se debe presumir que el deudor es la parte débil de la relación obligacional; sino en todo caso, cuando se contrata hay personas que tienen mayor información que otras, contratantes que tienen mayor experiencia o

simplemente mayores habilidades que sus contrapartes. Además, si existe una desigualdad, entonces el Estado debe preocuparse por igualar a los sujetos de la relación contractual para que no sólo 'sean iguales ante la ley sino que, además, su situación jurídica y los efectos derivados de los contratos que celebren sean equilibrados.

En relación a que la pena es manifiestamente excesiva, cabe señalar que esa desproporcionalidad o enormidad con respecto a la obligación principal, debe entenderse como natural ya que si la misma es diminuta, no tendría sentido ya que no reforzaría ningún cumplimiento de obligaciones. En este sentido, la naturaleza de la pena convencional deben ser enormes con la finalidad de desincentivar el incumplimiento de parte del deudor. Se debe tener en cuenta también que generalmente ambos contratantes tienen, a la vez, la condición de deudores y acreedores.

También se debe entender que si bien es cierto que es el deudor el que debe cumplir con la penalidad en caso de incumplimiento, es cierto también que es él quien se encuentra en mejor posición para evitar la aplicación de la pena convencional ya que es el titular del cumplimiento de la obligación, ya que él acreedor no podrá exigirle el pago de ninguna penalidad; pero, si incumple es porque ha decidido, expresa o tácitamente, pagar la penalidad.

Con respecto a que el deudor haya tenido la intención de cumplir, lo cual se demuestra mediante el cumplimiento parcial o irregular, Soto (2006), plantea una mirada diferente frente a esta afirmación al decir que si el acreedor acepta un pago parcial, y luego pretende ejecutar la cláusula convencional alegando el incumplimiento o cumplimiento parcial del deudor, estaría actuando de mala fe y, consecuentemente, su demanda no debería prosperar ya que el contrato debe ser entendido como un acto de cooperación entre las partes para el logro del propósito deseado; así ambas partes deben colaborar mutuamente a fin de lograr que el contrato surta todos sus efectos.

Sobre la última tesis para aceptar la reducción de la cláusula penal está que resulta injusto que el acreedor se beneficie con la pena, cuando no ha sufrido daños o cuando los daños son inferiores a la pena pactada, esta tesis es refutada teniendo en cuenta la función preventiva y punitiva; más que indemnizatoria, por tanto cuando el deudor incumple con sus obligaciones, debe pagar la penalidad convenida al acreedor y no pretender rehusar a dicho pago alegando que éste no sufrió daños o que los mismos son menores a la pena pactada.

Teniendo una finalidad punitiva la cláusula penal, es coherente que esta sea una sanción, una penalidad que tendrá que pagar el deudor cuando incumpla sus obligaciones, ya que de actuar diligentemente no tendrá que pagar pena alguna.

Recordamos ahora las conclusiones de Puruguay (2018) en su tesis “La vulneración de la autonomía de la voluntad en los contratos a raíz de la Revisión Judicial de la Cláusula Penal” mencionada en los párrafos iniciales donde sostiene que la autonomía de la voluntad de las partes que contratan se ve vulnerada 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°. Esta afirmación nos permitirá desarrollar el concepto de libertad de contratar y libertad de contratación que se explicita en la autonomía de la voluntad; la misma que es constitutiva al momento de la celebración de los contratos y que es vulnerada ante la posibilidad de que el deudor en instancia judicial, solicite la reducción de la cláusula convenida en total autonomía de su voluntad, cuando crea que es manifiestamente excesiva.

Aquí parte nuestra inquietud y base de nuestra investigación preguntándonos si el 1346 del código civil vulnera esa manifestación de la voluntad que afloró y sustentó el acuerdo entre las partes y que logró, de forma libre y voluntaria (libertad contractual y libertad de contratar), derecho de índole constitucional, la aceptación por ambas partes de la cláusula penal.

Nuestra tesis, no solo acepta que la cláusula penal debe ser inmutable por la finalidad que cumple que es direccionar la conducta del deudor para que cumpla con lo pactado, de lo contrario tendrá que cumplir con la penalidad libremente aceptada al firmar el acuerdo. Es esta libertad para contratar, que es un concepto de orden constitucional que también colisionaría con el articulado 1346º, ya que si el contrato es ley entre las partes, cómo el estado, a través de su órgano jurisdiccional puede ingresar en este pacto para reducir lo antes estipulado, aduciendo los principios de justicia y equidad. Así, a continuación, desarrollaremos el derecho constitucional de la libertad de contratar y la libertad contractual, ambos conceptos son expresiones de la libre manifestación y autonomía de la voluntad. Estos conceptos nos ayudaran a sustentar desde otra arista el por qué la reducción judicial de la pena convencional las vulnera

La manifestación de la voluntad se expresa en la libertad para contratar que es la facultad que tiene todo ciudadano con capacidad de goce, para realizar libremente transacciones comerciales a título oneroso o no, con personas naturales y jurídicas de su libre elección, siendo su principal sustento legal en el Perú, la carta magna de 1993, en su artículo 62º; así a su vez se puede advertir que la libertad para contratar es un eje principal en una economía social de libre mercado.

En esta fase de la libertad para contratar, debe tenerse en cuenta la normativa vigente, no obstante, lo prioritario es la voluntad y el acuerdo pactado entre las partes, este acuerdo tiene para los contratantes y el estado una fuerza de Ley.

El estado permite la libre iniciativa privada para contratar, no condicionando la forma y las personas en un acuerdo comercial, sean estos a título oneroso o gratuito, dejando al libre albedrío de los contratantes, las condiciones de como deberá desarrollarse el contrato desde su inicio hasta el final, no obstante, debe tenerse en cuenta las reglas generales de no contravenir el orden público, es decir no desbordar lo prescrito en nuestro marco jurídico y

así devenga en informal o ilegal. El Código Civil sin embargo establece límites a la libertad de contratación de las partes, y estas deben enmarcarse dentro del orden público y las buenas costumbres, así como aquellas normas legales que prescriban un carácter imperativo.

Es preciso señalar que la autonomía privada es la autorregulación que el estado brinda a los particulares, para que ellos decidan respecto el modo y la forma de llevar a cabo sus contratos, disponiendo de la mejor manera sus propio bienes o patrimonio, los que tendrán como fin, obtener una utilidad económica para las partes contratantes. Por lo expuesto en este párrafo, se resume que las partes al convenir un contrato de libre voluntad, estos pueden crear, modificar, regular y extinguir actos jurídicos.

A las palabras de Mosset, citando a Veltori, “dicha autonomía es variable: mientras la visión liberal-individualista la exalta como eje de centro del negocio jurídico, partiendo de considerar que se encuentra fuertemente apoyada en normas constitucionales, la mirada social o humanista le objeta que siendo el contrato un negocio entre dos, es preciso para consagrar su respeto absoluto que ambas partes sean autónomas. No basta la autoridad de uno frente a la sumisión de dependencia del otro, la parte libre y fuerte impondrá al débil o necesitado su ley, el conjunto de sus pretensiones, las cláusulas que satisfagan su interés y al contratarla solo podrá aceptarlas o rechazarlas, sin decir lo suyo, expresar su interés o convivencia”.

Otra de las expresiones de la manifestación de la voluntad es la libertad contractual; esta, la potestad que tienen las partes para decidir de manera autónoma con quien contratar, reflejando la voluntad y compromiso asumido en el acto jurídico patrimonial, así como su forma, jurisdicción en la que se resolverán los conflictos, estos son establecidos en las cláusulas del contrato que se determinen, la doctrina establece que la voluntad y compromiso de las partes es ley; y, en caso de conflicto el estado peruano solo regula dos vías de solución, la vía la vía judicial y la vía arbitral.

El estado Peruano en la Constitución de 1993, garantiza a las partes contratantes, ejercer su derecho de contratar libre y voluntariamente, no obstante deja claro que debemos ceñirnos a la Ley y normatividad vigente a la fecha de celebración de un contrato, en ese sentido el Código Civil de 1984, artículo 1354° también resalta el mismo derecho, refiriendo que las partes contratantes, tienen plena libertad para negociar el sustento del contrato, respetándose las leyes y norma imperativa.

Vemos pues que, la manifestación de la voluntad tiene expresiones como son la libertad de contratar y la libertad contractual; estas no son irrestrictas sino tienen límites como son los conceptos de orden público y buenas costumbres; las cuales desarrollaremos en los siguientes párrafos.

Comenzaremos entendiendo que el orden público no debe entenderse como aquel que hace referencia al sosiego de la calle o la regularidad de la vida habitual, sino que es, en palabras de Messsineo (1979), todos los principios basilares y de interés público sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un Estado en particular, en su aspecto de derecho coactivo, o sea, a observarse siempre por todos, porque consta de normas imperativas o prohibitivas. Entonces, el orden público, resulta de principios cuyo reflejo constituyen las normas jurídicas.

Por ello, el orden público, es el resultado de principios cuyo reflejo constituyen las normas de carácter jurídico, más que de normas concretas. El orden público indica los principios basilares de nuestro ordenamiento social (Bianca, 1987; citado por Espinoza, 2002).

Salvat (1931) citado en Espinoza (2002) define el orden público como todos aquellos principios de orden superior, políticos, económicos y morales de una sociedad y que esta considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de su organización social establecida. En este mismo sentido, Llambias (1986) observa que estos principios de orden superior están vinculados a la subsistencia de la organización social establecida.

Se entiende por buenas costumbres a los principios comunes de un determinado sitio, en un determinado momento; son entonces, cánones fundamentales de honestidad pública y privada a la luz de la conciencia social. (Espinoza, 2002).

Entiéndase por buenas costumbres a los hábitos inveterados de la sociedad que sean conformes con la moral del Código; esta moral extra-Código está exenta de la autoridad de los magistrados. (De Gasperi y Morello, citado en Espinoza, 2002)

Para Espinoza (2002) el concepto de costumbre al que se refiere (valga la redundancia) las buenas costumbres son a un hábito socialmente aceptado y que merece el calificativo de bueno, por adaptarse a las reglas éticas de una sociedad determinada; sentencia además que la buena costumbre es la adaptación de la conducta a la moral.

En el derecho contemporáneo las buenas costumbres son esencialmente concebidas como un límite a la autonomía privada, restringiendo el contenido que las partes pueden libremente dar a todo acto o contrato (Zweigert y Kötz, citado por Schopf, 2017).

Las buenas costumbres tienen por tanto una doble función en el ordenamiento jurídico de derecho privado. En primer lugar, constituyen un límite general al principio de la autonomía privada, al restringir el contenido que las partes pueden libremente determinar para todo acto o contrato (objeto, causa, condición), trazando una frontera entre el acto o contrato válido y aquel que no lo es por adolecer de un defecto de eficacia. En segundo lugar, las buenas costumbres constituyen un límite a la libertad de comportamiento en el ámbito de la competencia, trazando una frontera que, de ser traspasada, permite calificar la ilicitud de la conducta de un agente en el mercado. En ambos casos, las buenas costumbres se configuran como un límite a la libertad de conducta de las personas particulares en sus relaciones recíprocas de derecho privado. (Steindorf citado por Schopf, 2017)

Hemos definido, hasta aquí, los conceptos de libertad de contratar y la libertad contractual, ambas manifestaciones de la libertad que tenemos para decidir con quién y que acordamos en los pactos que sostenemos. Esta libertad no es irrestricta, sino que se enmarca en el orden público y las buenas costumbres.

Ahora bien, recordemos que, si es posible la reducción judicial de la cláusula penal, a solicitud del deudor cuando es manifiestamente excesiva, entonces el 1346 permite al deudor, desdecirse de lo que al firmar la obligación se comprometió a cumplir; este compromiso permitió generar confianza en la otra parte y por ende llegar al acuerdo. En estas circunstancias la teoría de los actos propios toma un papel protagónico puesto que no permite retrotraer nuestra conducta anterior para beneficio propio ya que generó en la otra parte una expectativa y confianza que conllevó al compromiso del contrato.

Esta teoría es otro fundamento más del por qué el artículo 1346 vulnera la manifestación de la voluntad ya que permite que el deudor pueda desdecirse y acudir al órgano jurisdiccional para que modifique la conducta que antes mostró para su propio beneficio.

En párrafos siguientes desarrollaremos la Teoría de los actos propios ya que corresponde a la justificación de nuestra hipótesis de trabajo.

Los antecedentes de esta teoría se remontan al Derecho Romano, aquí hubo cierta aplicación en algunos casos concretos, declarando como inaceptable la actuación contraria a la conducta primera, pero en determinados casos y con algunas excepciones.

Esta situación dio origen a la máxima jurídica “venire contra factum proprium nulli conceditur”, este criterio se orienta a impedir un resultado objetivamente injusto, que consiste en la pretensión de una persona de modificar su propia posición y contradecirse consigo misma desfavoreciendo a otra persona. (Fernández, 2017).

En un pasaje de Ulpiano del Digesto 1,7, fragmento 25, se afirma que resulta inadmisibles que el padre pretenda iniciar una controversia cuando su hija ha muerto y esta ha vivido como mater familias emancipada instituyendo herederos por testamento, fundamentando que esta emancipación no ha cumplido los requisitos establecidos en el Derecho Romano cuando él mismo le ha permitido vivir como emancipada. En esta situación se resolvió que el padre no puede impugnar el testamento ya que ha permitido que su descendiente sea tratada como sui iuris y no puede ignorar o desconocer esta situación jurídica.

Para López y Rogel citados por Fernández (2017) definen a la teoría de los Actos Propios como una limitante al ejercicio de un derecho, que acepta como fundamento una razón de política jurídica: la protección de la confianza que aparece por el comportamiento anterior, que luego se pretende no reconocer. Ellos concluyen que esta teoría es una derivación directa e inmediata del principio de la buena fe. En este mismo orden de ideas Fernández (2017) afirma que la Teoría de los Actos Propios es el resultado de la buena fe, es decir, que no es válido ir contra los propios actos cuando éstos reúnen los requisitos y presupuestos previstos en la ley y con ellos se determina una situación jurídica.

Otro autor que también fundamenta la teoría de los Actos Propios con el principio de buena fe es el profesor Fueyo Laneri citado por Fernández (2017) quien afirma que esta teoría acusa un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta de la misma persona, evitando así el afectar un interés ajeno y el daño posterior. Esta teoría, por tanto, manifiesta Laneri, obliga a una conducta proba, honesta, confiable en donde la moral es su apoyo natural.

Diez Picazo (2014) precisa que una de las consecuencias del deber realizar una conducta de buena fe y de la necesidad de ejercitar los derechos de buena fe, es la exigencia de un comportamiento coherente. La exigencia de un comportamiento coherente significa que, en una relación jurídica, cuando

una persona, ha producido en otra con su conducta una razonada confianza, conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibile toda actuación incompatible con ella. Este comportamiento consecuente está vinculada a la buena fe y a la protección de la confianza.

Esta teoría busca entonces sancionar a todos aquellos que muestran un comportamiento contradictorio; arrebatándoles la probabilidad de exigir derechos que en un inicio habrían podido demandar. Se trata de fomentar que las personas sean consecuentes en su actuar diario.

Un ejemplo palpable del comportamiento contradictorio que, la Teoría de los actos propios fulmina, es la que se presenta cuando el deudor que habiendo aceptado libremente los términos contractuales y generando en la otra parte la confianza por esta conducta, posteriormente acuda a sede jurisdiccional buscando la reducción de la cláusula penal, pretendiendo desdecirse de lo convenido inicialmente con su acreedor, mostrando así un comportamiento incoherente y de mala fe.

A continuación, desarrollaremos los requisitos para la aplicación de la Doctrina de los Actos Propios propuestos por Fernández (2017), el plantea las condiciones primordiales para la aplicación de los actos propios como son: una situación jurídica pre existente, la conducta del sujeto que origine en el otro una expectativa de comportamiento futuro y finalmente una pretensión contradictoria con esa conducta que sea atribuible al mismo sujeto.

Fernández (2017) plantea que para que se configure esta doctrina es necesario que existan dos pretensiones, un antecedente y una posterior que sean emanadas por el mismo sujeto; pero además ambas conductas de producirse frente a la misma contraparte y dentro de la misma relación o situación jurídica. El autor concluye que debe existir entonces, unidad de

situación jurídica, identidad de partes y que esta conducta previa sea válida y que conste de un sentido unívoco y cierta entidad de modo que pueda ser interpretada como una voluntaria toma de posición de su autor respecto de las circunstancias de una relación o situación jurídica y que tal conducta y tal pretensión sean contradictorias, o sea incompatibles entre sí.

En relación a la identidad de sujetos afirma que la persona que ha mostrado determinada conducta debe ser la misma que pretende después objetar esa primera conducta; a esta persona la llama sujeto activo. Mientras que la persona que ha sido receptor o destinatario en ambas conductas la llama sujeto pasivo. Borda citado por Fernandez (2017) precisa que el sujeto pasivo ha de demostrar que el sujeto activo del derecho subjetivo haya desplegado anteriormente una conducta que, al interpretarla de buena fe, muestra incompatibilidad de la nueva postura del titular del derecho subjetivo.

Vemos pues que los requisitos que plantea la teoría de los actos propios se ven reflejados al momento de recurrir a la utilización del artículo 1346° del Código sustantivo ya que, existe una situación jurídica pre existente que es el acuerdo y aceptación de la cláusula penal en el contrato; ésta aceptación originó en el acreedor una expectativa de comportamiento futuro del deudor, para luego, éste, mostrar un comportamiento contradictorio al solicitar la reducción judicial de la cláusula convencional en sede jurisdiccional.

En los siguientes párrafos analizaremos jurisprudencias relacionadas a la cláusula penal, observando que los criterios de análisis de los jueces son muchas veces subjetivos.

Osterling (2005) analiza algunos fallos jurisprudenciales en donde advierte que el órgano jurisdiccional peruano no se aboca al análisis de los medios probatorios presentados por las partes sino resuelve con criterio de conciencia, de acuerdo a lo que a su leal saber y entender constituye una pena “manifiestamente excesiva”.

Menciona por ejemplo la sentencia Casatoria 1753-97, del 24 de setiembre de 1998 en donde 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”.

También hace mención a La corte Superior de Lima, en el expediente 6653-2000 del 31 de julio de 2001, en el considerando sexto, en donde se señaló que, la reducción de la penalidad obedecía “a una apreciación subjetiva del Magistrado”.

De otro lado, mediante sentencia de fecha 20 de mayo de 1998, la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia resolvió reducir equitativamente la penalidad atendiendo, sin más, a que “el pago de US\$ 50.00 por día, en caso de incumplimiento desde la entrega de la propiedad, es excesivo”.

La Corte Superior de Justicia, el 1 de octubre de 1999, mediante sentencia expedida por la Sala de procesos abreviados y de conocimiento de la Corte Superior; sobre un contrato de arrendamiento cuya merced conductiva ascendía a US\$ 480.00 mensuales, donde se había pactado una penalidad ascendente al 15% de dicho monto por cada día de atraso en que el arrendatario no cumpliera con la desocupación del inmueble a la finalización del contrato; se resolvió reducir el monto de la cláusula penal invocando a proscribir el abuso del derecho tal como se cita en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, este abuso se habría verificado al haberse estipulado la penalidad que el demandante reclamaba.

En una demanda de ejecución de cláusula penal (conforme lo deduce la propia sentencia se trata de una cláusula penal moratoria) a efectos que los demandados cumplan con pagar la suma de \$ 50.00 a razón por cada día de retraso en que los arrendatarios no desocupen el inmueble arrendado,

conforme a la cláusula trece del contrato suscrito entre doña Rosa Goshi Goshi Tsuchida Ura de Nakagawa y la Sucesión de don Guillermo Máximo Refulio García y Julia Estela Suarez Montalvo. En tal sentido a mérito de dicha cláusula penal la arrendadora demanda el pago de la penalidad convenida y por ello el Juez de la causa declara fundada en parte la demanda y en consecuencia ordena que los arrendatarios demandados, paguen cada uno quince mil dólares americanos o su equivalente en moneda nacional. Sentencia revocada por el Juez superior y reformándola la declaró improcedente, decisión está última que es sometida en Casación ante la Corte Suprema de Justicia de la República.

Con éstos antecedente la Corte Suprema en el expediente N° 761-2003 declara fundado el recurso de Casación interpuesto por doña Rosa Goshi Goshi Tsuchida Ura de Nakagawa; en consecuencia Casaron la resolución de vista, expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima; y actuando en sede de instancia, confirmaron en parte la Sentencia de primera instancia que declaró fundada en parte la demanda; y la Revocaron en cuanto al extremo que fija el monto de quince mil dólares americanos que debe pagar cada uno de los demandados Sucesión Guillermo Maximo Refulio García y Julia Estela Suárez Montalvo; el que reformándolo es fijado en seis mil dólares americanos que den pagar los demandados en forma conjunta por concepto de cobo de penalidad.

A modo de continuar conociendo los criterios jurisprudenciales de los Jueces; recordemos el trabajo de investigación de Cuba(2016), quien realiza una encuesta a los jueces especializados en lo civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa sobre los criterios de aplicación del artículo 1346° del Código Civil concluyendo que, “La reducción judicial de cláusulas penales está sujeta a la discrecionalidad que pueda tener el juzgador al momento de resolver un caso en concreto, por lo que se puede descartar la predictibilidad del sentido que puedan tener las resoluciones judiciales ante casos de similar materia, sea ya ante un mismo juzgado y con mayor razón de tratarse

de distintos órganos jurisdiccionales, pues dicho criterio estará sujeto a variación de acuerdo al juez encargado de resolver el conflicto”.

La formulación del problema que investigó se redactó en los siguientes términos: ¿La reducción judicial de la cláusula penal en los contratos vulnera la manifestación de la voluntad del acto jurídico, en el Código Civil peruano?

La presente investigación es un aporte teórico para su análisis y cuestionamiento del artículo sobre la reducción judicial de la cláusula penal en los contratos del código civil peruano y cómo este artículo vulnera la manifestación de la voluntad que es un elemento constitutivo de todo acto jurídico, en este caso particular de los contratos.

Además, la importancia de este análisis también se ve reflejado en el cuestionamiento que se hace al artículo en mención en comparación con el principio de los actos propios y la libertad de contratación siendo este un derecho constitucional peruano, ya que el permitir que el estado, a través, de su órgano jurisdiccional intervenga en los acuerdos entre los particulares que se entiende que son ley, vulnera esta libertad de contratación prescrito en nuestra carta magna.

Nuestra hipótesis de trabajo se formuló en los términos siguientes: La reducción judicial de la cláusula penal en los contratos vulnera la manifestación de la voluntad del acto jurídico debido a que quebranta el principio de los actos propios y de libre contratación de las partes.

### **III. METODOLOGÍA**

#### **3.1. Tipo y Diseño de Investigación**

Se aplicará una metodología cualitativa, ello debido a que utilizaremos entrevistas para un análisis didáctico de la opinión de abogados especialistas del tema a investigar y corroborar la hipótesis planteada.

Es básica, pues lo que busca es analizar el artículo sobre la reducción de la pena de la cláusula penal de los contratos y su vulneración a la manifestación de la voluntad del acto jurídico.

Es Descriptivo explicativo, mediante esta base metodológica se busca relacionar las variables, identificando la causa y efecto entre la reducción de la pena de la cláusula penal de los contratos y su vulneración a la manifestación de la voluntad del acto jurídico.

#### **3.2. Categorías, Subcategorías y matriz de categorización.**

Las categorías y subcategorías identificadas que fueron delimitándose a partir de la información recogida en la investigación se muestran a continuación:

Tabla N° 1: Categorías y subcategorías de la investigación

<b>CATEGORIAS</b>	<b>SUBCATEGORIAS</b>
Reducción judicial de la pena en la cláusula penal de los contratos	Código Civil
	Doctrina
	Jurisprudencia
Vulneración de la manifestación de la voluntad	Libertad de contratar
	Teoría de los actos propios

### **3.3. Escenario de estudio.**

El estudio se realizó en Trujillo, departamento de La Libertad, lugar donde trabajan los especialistas y docentes en materia civil.

Dentro del desarrollo de la población, se considera como población a especialistas nacionales en materia civil y docentes de la Universidad Cesar Vallejo.

Eligiendo el tipo más conveniente según nuestra investigación tomamos en consideración a lo manifestado por Hernández, Fernández & Baptista (2014), quienes la define como la unidad de muestreo, análisis la cual tendrá las características de la población; y, será en esencia, el subconjunto de la población.

La muestra estuvo constituida por un total de 5 especialistas en materia civil, además de realizar una evaluación a la doctrina, jurisprudencia en relación a la reducción judicial de la cláusula penal de los contratos, prescrita en el el art. 1346 del código civil peruano.

### **3.4. Participantes**

En la investigación los participantes fueron los diferentes especialistas en materia civil, quienes aceptaron participar de la investigación.

### **3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.**

#### **Técnicas para la recolección de datos.**

Para la presente investigación se elaboró una entrevista de tipo estructurada, con preguntas abiertas.

Se hizo uso asimismo del:

**Fichaje:** Utilizado para registrar y organizar la información de las teorías relacionadas.

**Análisis del contenido:** Para el procesamiento de la información sobre teorías, doctrina, jurisprudencia y legislación comparada.

**Análisis documental:** técnica que utiliza fuentes de carácter documental que puede ser bibliográfica para consulta de libros, consulta de sentencias. (Rivero, 2008)

#### **Instrumentos para la recolección de datos.**

Hernández, Fernández & Baptista (2014), describe a las entrevistas, como las herramientas que permitirán recolectar datos cualitativos, las cuales se emplearán cuando el problema de estudio no se pueda observar o se torne muy difícil realizarlo por ética o complejidad, esta permite obtener

información personal detallada, la misma le permitirá al entrevistador realizar su labor con base a una guía de preguntas determinadas y se sujetará exclusivamente a ésta (el instrumento prescribe qué cuestiones se preguntarán y en qué orden)

La entrevista estuvo dirigida a especialistas en materia civil de la Fiscalía en temas civiles y docentes de diferentes universidades . La entrevista constará de 8 preguntas sobre la problemática planteada.

### **3.6. Procedimiento.**

El procedimiento que seguimos en correspondencia a la recolección de la información necesaria se realizó a través del análisis de las diferentes fuentes de carácter documental como: libros, artículos, jurisprudencia, etc. Asimismo, tomamos en cuenta los instrumentos de investigación que en nuestro caso será una entrevista a los diferentes especialistas en materia civil a través del juicio de expertos y la hermenéutica jurídica, a partir del método teleológico por el cual se analizarán las particularidades de la ley en cuestión, con la finalidad de comprender el ámbito de aplicación. En el caso de los trabajos de investigación cualitativos, se desarrolla la triangulación con la finalidad de validar las informaciones que las diversas fuentes permiten desarrollar desde distintos ámbitos investigativos. Por tanto, este proceso se realiza a partir de las diferentes deducciones que se van realizando de los estamentos considerados en la investigación. Por eso, el mecanismo para el desarrollo adecuado de la triangulación inicia desde las inferencias que se extraen de las categorías y subcategorías de la investigación. Luego, se debe verificar al final las coincidencias o diferencias entre las conclusiones.

### **3.7. Rigor científico.**

Se tuvieron aspectos éticos requeridos en la investigación, se pasó por un proceso de confiabilidad, aplicando una entrevista piloto a un especialista en materia civil con las particularidades de la muestra establecida, la

misma que radicaba en 8 ítems, preguntas que fueron necesarias para conseguir los objetivos del estudio. Para establecer la confiabilidad del instrumento se sometió a una prueba piloto a especialistas que fueron docentes de la Universidad Cesar Vallejo de Trujillo.

El instrumento elaborado para la presente investigación fue validado en su contenido por especialistas con el grado de Magister en Materia Civil.

### **3.8. Método de análisis de la información.**

Mediante el instrumento utilizado se realizó la entrevista estructurada, haciendo uso de una grabadora de voz, se realizó las transcripciones de texto, asimismo se hizo e interpreto la información. Los procedimientos que se utilizaron son los siguientes:

- Obtener la Información
- Capturar y ordenar la información
- Codificar la información
- Integrar la información

### **3.9. Aspectos éticos**

Los investigadores se comprometen a respetar la autenticidad de los resultados, a recolectar datos auténticos, veraces y confiables llevados a cabo con las técnicas de recolección, para que el estudio no esté sesgado y tenga validez científica, además de respetar la autoría de cada investigador citado. El desarrollo de la investigación contempló la aplicación de principios bioéticos referidos al respeto de la autonomía, justicia y beneficencia.

## **IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

### **RESULTADOS**

Dentro del proceso de desarrollo de la presente tesis a fin de dar cumplimiento al primer objetivo específico, hemos formulado la primera pregunta: ¿Considera que la manifestación de la voluntad de los contratos es un elemento constitutivo o fundamental para la validez del acto jurídico? ¿Por qué?, habiéndose obtenido los siguientes resultados:

Tabla N° 2: Transcripción de las respuestas de los sujetos sobre el concepto de la manifestación de la voluntad en el acto jurídico.

<p><b>OBJETIVO ESPECÍFICO</b> <b>1 Pregunta 1</b></p>	<p>Precisar el concepto de la manifestación de la voluntad en el acto jurídico,</p>
<p>Dr. Mariano Cruz Lezcano</p>	<p>Si considera que es un elemento constitutivo ya que a través de ella se exterioriza nuestra intención de someternos a los términos del contrato.</p>
<p>Dr. Luis Humberto Cortez Alban</p>	<p>Considera que la manifestación de la voluntad de los contratos, si es un elemento constitutivo de los contratos para la validez del acto jurídico pues mediante el, ya sea de forma expresa o tácita, en forma libre o voluntaria exteriorizamos nuestro deseo interno de realizar el acto jurídico en concordancia con los demás elementos de validez que contiene el artículo 140° del Código Civil.</p>
<p>Dra. Lucia Rosario Diaz Carranza</p>	<p>Considera que la manifestación de la voluntad expresada de manera indubitable es la que da nacimiento, modifica o extingue una relación contractual, ya que sin ella no habría contrato.</p>
<p>Dra. Liliana Torres Romero</p>	<p>Considera que la Manifestación de la Voluntad es un elemento esencial para la validez del acto jurídico sin el cual el acto jurídico no produce ningún efecto.</p>
<p>Dra. Blanca Estela Requejo Castillo</p>	<p>Considera que sí, toda vez que de conformidad con lo prescrito por el artículo 140 del código civil, requiriéndose para su validez un agente capaz objeto física y jurídicamente posible y observancia prescrita bajo sanción de nulidad.</p>

Respecto del segundo objetivo específico, hemos formulado la segunda pregunta: Qué implicancias tiene, con respecto a las partes, el artículo 62 de la Constitución Política del Perú que prescribe: “La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase..., en el ordenamiento jurídico, habiéndose obtenido los siguientes resultados:

Tabla N° 3: Transcripción de las respuestas de los sujetos sobre el análisis del principio de libre contratación de las partes.

<p><b>OBJETIVO ESPECÍFICO</b> <b>2 Pregunta 2</b></p>	<p>Analizar el principio de libre contratación de las partes y su relación con el acto jurídico</p>
<p>Dr. Mariano Cruz Lezcano</p>	<p>La libertad contractual es un presupuesto para la libre manifestación de la voluntad. La libertad para decidir con quién contrato y la libertad para configurar el contenido del contrato.</p>
<p>Dr. Luis Humberto Cortez Alban</p>	<p>El artículo 62° de la Carta Magna garantiza la autonomía y la libertad de los ciudadanos sujetos de derecho en la celebración de su contrato, pero sin contravenir otros derechos fundamentales. Pues la finalidad al efectuar el contrato, crea, modifica, regula o extingue las relaciones obligacionales, siempre y cuando el fin del contrato sea con fines lícitos y no contravengan leyes del orden público.</p>
<p>Dra. Lucia Rosario Diaz Carranza</p>	<p>Afirma que ambas partes conocen y se someten a los términos del contrato en el momento que lo celebran, así el artículo 62° de la Carta Magna es una garantía para las partes contratantes.</p>
<p>Dra. Liliana Torres Romero</p>	<p>Lo prescrito por el artículo 62 de la Constitución implica que esta libertad de contratar debe darse de acuerdo a las normas vigentes a efectos de que resulten válidas, y en concordancia con las demás normas de nuestro Código Civil Peruano, por lo que si bien es cierto las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, este será válido siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.</p>

<p>Dra. Blanca Estela Requejo Castillo</p>	<p>Las partes pueden ejercer ampliamente su actuar privado esableciendo de manera libre el contenido de sus contratos, los cuales deben estar acordes al orden público y las buenas costumbres, siendo que a través del artículo en comento establecido en nuestra carta magna se dota de seguridad jurídica, ya que los términos contractuales no pueden ser modificados por las leyes posteriores, sino que se regirá por las normas vigentes al tiempo de la celebración del contrato</p>
--	--

Respecto del segundo objetivo específico, hemos formulado también la siguiente pregunta: ¿Cree usted que esta vulneración a la manifestación de la voluntad del acto jurídico por parte del art. 1346 quebranta la libertad de contratar?, habiéndose obtenido los siguientes resultados:

Tabla N° 4: Transcripción de las respuestas de los sujetos sobre si el artículo 1346 del código civil peruano quebranta la libertad de contratar.

<p><b>OBJETIVO ESPECÍFICO 2 Pregunta 6</b></p>	<p>Analizar el principio de libre contratación de las partes y su relación con el acto jurídico</p>
<p>Dr. Mariano Cruz Lezcano</p>	<p>Sí, ya que es un derecho constitucional y por tanto este artículo vulnera dicha libertad ya que el Juez puede quebrantar la voluntad de los contratantes.</p>
<p>Dr. Luis Humberto Cortez Alban</p>	<p>El artículo 1346 del C.C, quebranta la libertad de contratar, el Magistrado suscribe que no lo hace pues si bien el art. 140° del C.C nos señala la definición del acto jurídico, elementos y partes del contrato, esta libertad contractual no puede vulnerar o abusar de otros derechos.</p>
<p>Dra. Lucia Rosario Diaz Carranza</p>	<p>El artículo 1346° también vulnera la manifestación de la voluntad porque quebranta la libertad de contratar ya que las partes deben ser libres para determinar el contenido de los contratos que celebren no obstante, también considera que si la cuantía es excesiva o desproporcionada sería razonable acomodar el contrato a las circunstancias concretas de los contratantes para evitar nuevamente el abuso del derecho</p>
<p>Dra. Liliana Torres Romero</p>	<p>libertad para contratar, y de esa forma evitar que existan excesos por parte del Poder Judicial en algunos casos concretos</p>

<p>Dra. Blanca Estela Requejo Castillo</p>	<p>A través de la libertad de contratar se garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato, en tal sentido, al haberse ya estipulado concertadamente una cláusula penal en caso de incumplimiento del contrato y al tener el juez la potestad de la pena, a solicitud del deudor, en los supuestos previstos en la norma, sí se estaría afectando la manifestación de la voluntad, sin embargo, también es cierto que en algunos casos el acreedor puede hacer uso abusivo del derecho.</p>
--	---

Respecto del tercer objetivo específico, hemos formulado la siguiente pregunta: ¿Considera que la Doctrina de los actos propios es aplicable en nuestro ordenamiento jurídico y qué concepciones importantes aporta?, habiéndose obtenido los siguientes resultados:

Tabla N° 5: Transcripción de las respuestas de los sujetos sobre si la doctrina de los Actos Propios es en nuestro ordenamiento jurídico.

<p><b>OBJETIVO ESPECÍFICO 3 Pregunta 3</b></p>	<p>Analizar el principio de los actos propios y su relación con el acto jurídico</p>
<p>Dr. Mariano Cruz Lezcano</p>	<p>Es aplicable ya que una persona no puede desdecirse de su manifestación de voluntad, ya que creo en el otro una expectativa y a partir de esta se celebró el contrato</p>
<p>Dr. Luis Humberto Cortez Alban</p>	<p>La doctrina moderna es aplicable a los actos propios pues esta se constituye en los presupuestos, elementos y requisitos que están positivado en el articulado 140 del Código Civil, pues su pre existencia le da forma valida.</p>
<p>Dra. Lucia Rosario Diaz Carranza</p>	<p>La doctrina de los actos propios es aplicable a nuestro ordenamiento jurídico suscribe que si lo es, hallándose vinculada sobre todo a los principios generales del derecho y más aún con el de buena fe, esta teoría está recogida en el Art. 1362° del Código Civil.</p>
<p>Dra. Liliana Torres Romero</p>	<p>Considero que, si es aplicable, siempre y cuando se enmarque en los principios de la Buena Fe, es decir como regla del principio general de la buena fe.</p>
<p>Dra. Blanca Estela Requejo Castillo</p>	<p>Considero que sí se aplica, toda vez que constituye una derivación inmediata y directa del principio de buena fe, que impone un deber jurídico de respeto a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta de la misma persona.</p>

Respecto del tercer objetivo específico, hemos formulado también la siguiente pregunta: ¿Cree usted que esta vulneración a la manifestación de la voluntad del acto jurídico por parte del art. 1346 quebranta la doctrina de los actos propios?, habiéndose obtenido los siguientes resultados:

Tabla N° 6: Transcripción de las respuestas de los sujetos sobre si el artículo 1346 del código civil peruano quebranta la doctrina de los actos propios.

<p><b>OBJETIVO ESPECÍFICO 3 Pregunta 7</b></p>	<p>Analizar el principio de los actos propios y su relación con el acto jurídico</p>
<p>Dr. Mariano Cruz Lezcano</p>	<p>Si, ya que si uno tiene la libertad de someterse a las obligaciones de un contrato no puede desdecirse de su manifestación para provecho propio.</p>
<p>Dr. Luis Humberto Cortez Alban</p>	<p>El Magistrado manifiesta que el fundamento doctrinario de los actos propios está en la protección de la confianza y la buena fe que lleva a celebrar el acto jurídico, en ese sentido si se excede en esa autonomía de la voluntad no afecta la mencionada doctrina.</p>
<p>Dra. Lucia Rosario Diaz Carranza</p>	<p>Está de acuerdo que el art. 1346° también vulnera la manifestación de la voluntad porque quebranta la doctrina de los actos propios, sin embargo, a veces es necesario es necesario la intervención judicial para evitar el ejercicio del derecho, dice además que lo idóneo sería que se establezca en el contrato soluciones a estas posibles situaciones.</p>
<p>Dra. Liliana Torres Romero</p>	<p>Considero que no se debería tomar como un quebrantamiento de la doctrina de los actos propios, toda vez que el Artículo 1346, se aplica sólo cuando se demuestra que se ha quebrantado el principio de la buena fe y como última acción para hacer valer justamente el contrato pactado entre las partes</p>

Dra. Blanca Estela Requejo Castillo	cláusula penal y que la reducción de la pena solo se dará en los supuestos previstos en la norma civil; “cuando sea manifiestamente excesiva” o “cuando la obligación principal hubiese sido en parte irregularmente cumplida” a fin de evitar, un uso abusivo del derecho o enriquecimiento indebido del acreedor.
--	---

Respecto del cuarto objetivo específico, hemos formulado la pregunta: ¿Qué criterios se valoran para utilizar el artículo 1346 del código civil en favor del deudor, en donde 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”?, habiéndose obtenido los siguientes resultados:

Tabla N° 7: Transcripción de las respuestas de los sujetos sobre los criterios de valoración para el artículo 1346 del código civil peruano.

<p><b>OBJETIVO ESPECÍFICO 4 Pregunta 4</b></p>	<p>Analizar el artículo 1346° del código civil,</p>
<p>Dr. Mariano Cruz Lezcano</p>	<p>El Juez utiliza un criterio subjetivo ya que no se puede determinar objetivamente lo que significa manifiestamente excesivo.</p>
<p>Dr. Luis Humberto Cortez Alban</p>	<p>La cláusula penal es un pacto accesorio añadido a un contrato y su efecto tiende a limitar la indemnización a la prestación prometida en calidad de pena. El criterio entonces que se debe valorar es la cláusula penal fijada por las partes en ejercicio de su autonomía y en el se valora que las indemnizaciones queden sujetas a la prestación penal pactada.</p>
<p>Dra. Lucia Rosario Diaz Carranza</p>	<p>Plantea para su procedencia lo siguiente: a) Cuando una penalidad es manifiestamente excesiva; b) Si la obligación principal se hubiera cumplido en parte; y, c) Si la obligación se hubiera cumplido, pero de manera irregular.</p>
<p>Dra. Liliana Torres Romero</p>	<p>Se utiliza básicamente si la pena es manifiestamente excesiva o, si la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida</p>
<p>Dra. Blanca Estela Requejo Castillo</p>	<p>El deudor acredita ( prueba) que la pena es excesiva porque el acreedor sufrió perjuicios inferiores a los pactados o no sufrió perjuicio por el incumplimiento.</p>

Respecto del cuarto objetivo específico, hemos formulado también la siguiente pregunta: Cree usted que la reducción judicial de la pena en la cláusula penal de los contratos prescrito en el art. 1346 del Código Civil, vulnera la manifestación de la voluntad del acto jurídico, ¿en qué aspectos?, habiéndose obtenido los siguientes resultados:

Tabla N° 8: Transcripción de las respuestas de los sujetos sobre si cree que el artículo 1346 del código civil vulnera la manifestación de la voluntad del acto jurídico.

<p><b>OBJETIVO ESPECÍFICO 4 Pregunta 5</b></p>	<p>Analizar el artículo 1346° del código civil,</p>
<p>Dr. Mariano Cruz Lezcano</p>	<p>Sí, ya que los contratantes se someten en libertad a los términos del contrato, por tanto, no debiera el estado intervenir en ello a través de su órgano jurisdiccional.</p>
<p>Dr. Luis Humberto Cortez Alban</p>	<p>El magistrado sostiene que no la vulnera pues se basa por el principio de la inmutabilidad de la pena, esta en principio está pactada, pero debe tener un equilibrio de equidad y proporcionalidad razonable con el daño sufrido por el acreedor, caso contrario se permite o favorece el enriquecimiento indebido, vulnera el abuso del derecho, la usura y todo lo que atente contra las buenas costumbres y la buena fe.</p>
<p>Dra. Lucia Rosario Diaz Carranza</p>	<p>Suscribe que el artículo 1346° del Código Civil si vulnera la manifestación de la voluntad del acto jurídico porque al momento de contratar ambas partes tenían conocimientos de sus deberes y obligaciones, así como sus derechos. No obstante, considera que normas como esta obedecen también a un principio de evitar el ejercicio abusivo del derecho.</p>
<p>Dra. Liliana Torres Romero</p>	<p>Considero que sí, puesto que situación implica un nivel de inseguridad jurídica; en todo caso sería necesaria una modificación, en el cual las partes tendrían que conocer, que el juez puede modificar el monto de la cláusula penal pactada y dentro de unos parámetros determinados.</p>

Dra. Blanca Estela Requejo Castillo	Considero que si se vulnera la manifestación de la voluntad de las partes contratantes, toda vez que ellos ya asumieron un compromiso y se obligaron a través del contrato suscrito consignándose la cláusula penal; sin embargo, no se puede dejar de lado, que en algunos casos se pueda dar un uso abusivo del derecho.

Respecto del quinto objetivo específico, hemos formulado la siguiente pregunta: Estaría de acuerdo que el artículo 1346° del Código Civil; tenga una modificación de la siguiente manera: “El juez a solicitud del deudor puede reducir la pena de la cláusula penal de los contratos siempre que el estado de necesidad o ejercicio abusivo del derecho de una de las partes sea evidente”, habiéndose obtenido los siguientes resultados:

Tabla N° 9: Transcripción de las respuestas de los sujetos sobre si estaría de acuerdo con la modificación del artículo 1346 del Código Civil peruano.

<p><b>OBJETIVO ESPECÍFICO 5 Pregunta 8</b></p>	<p>Analizar la modificación del artículo 1346 del código civil peruano.</p>
<p>Dr. Mariano Cruz Lezcano</p>	<p>Sí, ya que solo en estos supuestos es justa la intervención jurisdiccional del estado.</p>
<p>Dr. Luis Humberto Cortez Alban</p>	<p>El magistrado no concuerda con la propuesta del presente trabajo, en el sentido de modificar el artículo 1346°, prescribiendo que la reducción de la pena de la cláusula penal de los contratos solo se puede realizar siempre y cuando el estado de necesidad o el ejercicio abusivo del derecho sean evidentes ya que, sostiene el Magistrado, la redacción actual es clara y recoge los principios del abuso del derecho y otros principios que se encuentran en el título preliminar del C.C. de 1984 y pues con el presente artículo se ha dado origen a través de la jurisprudencia de la inmutabilidad relativa.</p>
<p>Dra. Lucia Rosario Diaz Carranza</p>	<p>concuera con la propuesta de esta investigación al aceptar la modificación del artículo 1346° insertando el enunciado en donde se puede reducir la pena de la cláusula penal siempre que el estado de necesidad o el ejercicio abusivo del derecho de una de las partes sea evidente, ya que estos supuestos como manifiesta la doctora, si bien son genéricos deberían ser eficaces.</p>
<p>Dra. Liliana Torres Romero</p>	<p>Me parece acertada la modificación a efectos de evitar abusos del derecho en los supuestos que no siempre son evidentes.</p>
<p>Dra. Blanca Estela Requejo Castillo</p>	<p>Considera que no se debe establecer la disminución de la pena por el estado de necesidad, pero sí por el ejercicio abusivo del derecho, toda vez que no se debe dejar de lado que las partes a través de su autonomía para contratar asumieron compromisos, los cuales deben ser cumplidos; sin embargo, no se puede proteger el uso abusivo del derecho.</p>

## DISCUSIÓN.

Para el análisis documental seguimos lo detallado por Osterling (2005), analizando la sentencia Casatoria 1753-97 del 24 de setiembre de 1998, la sentencia de la Corte Superior de Lima recaída en el expediente 6653-2000 del 31 de julio de 2001 y la sentencia de la Corte Suprema en el expediente N° 761-2003 , en ellas Osterling sostiene que estos fallos no se abocan al análisis de los medios probatorios presentados por las partes sino resuelve con criterio de conciencia, de acuerdo a lo que a su leal saber y entender constituye una pena “manifiestamente excesiva”.

Así, en estas sentencias se fundamenta que la reducción de la pena 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. Otro fundamento de las sentencias plantea que la reducción de la penalidad obedecía “a una apreciación subjetiva del Magistrado”. En otra sentencia se resolvió reducir el monto de la cláusula penal invocando a proscribir el abuso del derecho tal como se cita en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, este abuso se habría verificado al haberse estipulado la penalidad que el demandante reclamaba.

Estas sentencias guardan relación con la investigación de Cuba(2016) al concluir que la reducción judicial de cláusulas penales está sujeta a la discrecionalidad que pueda tener el juzgador al momento de resolver un caso en concreto, por lo que se puede descartar la predictibilidad del sentido que puedan tener las resoluciones judiciales ante casos de similar materia, sea ya ante un mismo juzgado y con mayor razón de tratarse de distintos órganos jurisdiccionales, pues dicho criterio estará sujeto a variación de acuerdo al juez encargado de resolver el conflicto.

**Objetivo específico N° 1:** Precisar el concepto de la manifestación de la voluntad en el acto jurídico.

Respecto a la pregunta si considera que la manifestación de la voluntad de los contratos es un elemento constitutivo o fundamental para la validez del acto jurídico, todos los entrevistados afirmaron que la manifestación de la voluntad sí es un elemento constitutivo para la validez del acto jurídico, entre los fundamentos de esta afirmación se tiene lo mencionado por la Dra. Díaz Carranza afirmando que sin ella, no habría contrato coincidiendo así con la Dra. Torres quien sostiene que sin ella no habría ningún efecto jurídico.

El Dr. Cruz sentencia que, a través de ella se exterioriza nuestra intención de someternos a los términos del contrato. El Dr. Luis Cortez Albán afirma que esta exteriorización, ya sea de forma expresa o tácita, en forma libre o voluntaria expresa nuestro deseo interno de realizar el acto jurídico en concordancia con los demás elementos de validez del artículo 140 del Código Civil. La afirmación anterior se desarrolla también en la Casación N° 1404-2010-HUÁNUCO, del 20 de mayo del 2011 de la Sala de de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el considerando 15, especifica que la exposición de la voluntad se enuncia cuando se expresa oralmente o de manera escrita, y estos pueden manifestarse por medios directos, manual, mecánico, electrónico u otro análogo.

Con el mismo tenor, Dra. Requejo Castillo, señala al artículo 140 del C.C en donde se prescribe que el acto jurídico es la manifestación de la voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas; requiriéndose para su validez un agente capaz, objeto física y jurídicamente posible y observancia prescrita bajo sanción de nulidad.

**Objetivo específico N° 2:** Analizar el principio de libre contratación de las partes y su relación con el acto jurídico.

Al formular la interrogante sobre las implicancias que, con respecto a las partes, el artículo 62 de la Constitución Política del Perú prescribe que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase en el ordenamiento jurídico el Dr. Cruz Lezcano sostiene que la libertad contractual es un presupuesto para la libre manifestación de la voluntad y ésta tiene dos aristas que son: la libertad para decidir con quién contrato y la libertad para configurar el contenido del contrato. La Dra. Díaz Carranza habla que el artículo 62 de nuestra Carta Magna es una garantía para las partes contratantes coincidiendo con el Dr. Cortéz Alban ya que menciona que el artículo garantiza la autonomía y la libertad de los ciudadanos sujetos de derecho en la celebración de un contrato, pero acota que esta libertad no debe contravenir otros derechos fundamentales. Esta contravención que menciona el Dr. Cortéz es señalada también por la Dra. Torres al responder que esta libertad de contratar debe darse de acuerdo a las normas vigentes a efectos de que resulten válidas, y en concordancia con las demás normas de nuestro Código Civil Peruano, por lo que si bien es cierto las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, este será válido siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Las partes, señala finalmente la Doctora Requejo, y en concordancia con los demás entrevistados, pueden ejercer ampliamente su actuar privado estableciendo de manera libre el contenido de sus contratos, los cuales deben estar acordes al orden público y las buenas costumbres, siendo que a través del artículo en comento establecido en nuestra Carta Magna se dota de seguridad jurídica, ya que los términos contractuales no pueden ser modificados por las leyes posteriores, sino que se regirá por las normas vigentes al tiempo de la celebración del contrato.

También se realizó otra interrogante para cumplir con el mismo objetivo específico n°2, sobre si la manifestación de la voluntad del acto jurídico por parte del art. 1346 quebranta la libertad de contratar; así tenemos que la mayoría de los entrevistados están de acuerdo en que el 1346 del Código Civil peruano, quebranta la libertad de contratar, ya que, en primer término, esta libertad es un derecho constitucional y el juez, a través de este artículo, puede vulnerar esta libertad. Además, sostienen que las partes deben ser libres para determinar el contenido de los contratos que

celebren siempre que, si la cuantía es excesiva o desproporcionada sería razonable acomodar el contrato a las circunstancias concretas para evitar el abuso del derecho como sostiene la Dra. Díaz Carranza. En palabras de la Dra. Torres acota que regulación normativa debería ser más rigurosa, y que se debería dar prioridad a la libertad para contratar, y de esa forma evitar que existan excesos por parte del Poder Judicial en algunos casos concretos.

En coincidencia, la Dra. Requejo Castillo acota que, a través de la libertad de contratar se garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato, en tal sentido, al haberse ya estipulado concertadamente una cláusula penal en caso de incumplimiento del contrato y al tener el juez la potestad de la pena, a solicitud del deudor, en los supuestos previstos en la norma, sí se estaría afectando la manifestación de la voluntad, sin embargo, también es cierto que en algunos casos el acreedor puede hacer uso abusivo del derecho.

La postura disidente es la del Dr. Cortez Albán, él sostiene que dicho artículo no quebranta la libertad de contratar ya que si bien el art. 140 del código civil señala la definición de acto jurídico, sus elementos y partes del contrato, esta libertad de la que se habla no puede vulnerar ni abusar de otros derechos.

Soto (2006), a su vez, cuestiona la reducción judicial de las penalidades pactadas en los contratos libremente, pronunciándose como la tesis que proponemos, en favor la intangibilidad o inmutabilidad de la pena. Considera también que es inadecuado que el legislador permita que el deudor que incumpla total o parcialmente la obligación al que se comprometió recurra al Poder Judicial para solicitar la reducción de la penalidad que él acordó y aceptó. Notamos entonces en estas afirmaciones de Soto (2006) coincide contundentemente y sin ambigüedades con nuestra tesis planteada ya que opta por la inmutabilidad de la cláusula penal ya que estos acuerdos se celebraron libremente y por tanto no merecen revisión.

**Objetivo específico N° 3:** Analizar el principio de los actos propios y su relación con el acto jurídico.

A la pregunta si considera que la Doctrina de los actos propios es aplicable en nuestro ordenamiento jurídico y qué concepciones importantes aporta, todos los entrevistados coinciden que esta doctrina es aplicable a nuestro ordenamiento jurídico, ya que como manifiesta el Dr, Cruz Lezcano una persona no puede desdecirse de su manifestación de voluntad ya que ha creado en el otro una expectativa y a partir de ésta se celebró el contrato. A su vez, la Dra. Requejo Castillo considera que sí se aplica, toda vez que constituye una derivación inmediata y directa del principio de buena fe, que impone un deber jurídico de respeto a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta de la misma persona.

La Dra. Díaz Carranza sostiene que esta doctrina se halla vinculada a los principios generales del Derecho y más aún con la buena fe coincidiendo en su apreciación con la Dra. Torres Romero.

Esta relación entre la teoría de los actos propios y la buena fe de la que hablan los entrevistados, es coincidente con la doctrina; así, López y Rogel, citados por Fernández (2017) concluyen que esta teoría es una derivación directa e inmediata del principio de buena fe; también Fernández (2017) afirma que la teoría de los actos propios es el resultado de la buena fe y por tanto no es válido ir en contra de esta teoría cuando éstos reúnen los requisitos y presupuestos previstos en la ley y con ellos se determina una situación jurídica. En este orden de ideas Diez Picazo (2014) precisa que una de las consecuencias del deber realizar una conducta de buena fe y de la necesidad de ejercitar los derechos de buena fe, es la exigencia de un comportamiento coherente

También, Fueyo Laneri citado por Fernández (2017) afirma que esta teoría acusa un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta de la misma persona, evitando así el afectar un interés ajeno y el daño posterior. Esta teoría, por tanto, manifiesta Laneri, obliga a una conducta proba, honesta, confiable en donde la moral es su apoyo natural.

Para cumplir con este objetivo se creyó pertinente realizar otra interrogante sobre

si la vulneración a la manifestación de la voluntad del acto jurídico por parte del art. 1346 quebranta la doctrina de los actos propios; ante esta pregunta se dieron diversos argumentos mencionando su relación con el principio general de buena fe; así existe coincidencia entre el Dr Luis Cortez Alban y Liliana Torres Romero al afirmar que no quebranta la doctrina de los actos propios; así el primero justifica su afirmación basándose en que los actos propios se basa en la protección de la confianza y la buena fe, por tanto si se excede a esta no afecta a la mencionada doctrina. La justificación de la Dra. Torres se basa en que justamente el art. 1346, se aplica sólo cuando se demuestra que se ha quebrantado el principio de la buena fe.

En el mismo tenor, la Dra. Requejo considera que no, por cuanto las partes haciendo uso de su autonomía para contratar consignaron una cláusula penal y que la reducción de la pena solo se dará en los supuestos previstos en la norma civil; “ cuando sea manifiestamente excesiva” o “ cuando la obligación principal hubiese sido en parte irregularmente cumplida” a fin de evitar, un uso abusivo del derecho o enriquecimiento indebido del acreedor.

En cambio, para el Dr. Cruz Lescano responde que sí quebranta dicha doctrina ya que uno no puede desdecirse de su manifestación de voluntad para provecho propio ya que se tuvo la libertad de someterse a las obligaciones de un contrato. En el mismo sentido la Dra Díaz Carranza afirma que sí vulnera la doctrina de los actos propios acotando que en ciertas circunstancias es necesaria la intervención judicial para evitar el ejercicio abusivo del derecho; siendo idóneo que se establezca en el mismo contrato soluciones a estas posibles situaciones.

Además, Soto (2006) refuerza esta última tesis afirmando que la función de la cláusula penal es reforzar el cumplimiento y de por tanto aplicar la pena convencional al contratante que no cumpla con su palabra. Deducimos entonces que no cabría en estas afirmaciones admitir la reducción judicial de la pena de los contratos ya que conllevaría desdecirse del acuerdo libremente pactado. En palabras de Soto (2006) “el legislador borra con una mano lo que escribió con la otra, ya que por un lado permite pactar penalidades convencionales y, por otro lado, permite la reducción judicial de la penalidad, con lo cual la función de la cláusula penal se desnaturaliza”.

**Objetivo específico N° 4:** Analizar el artículo 1346° del código civil

A la pregunta si cree que la reducción judicial de la pena en la cláusula penal de los contratos prescrito en el art. 1346 del Código Civil, vulnera la manifestación de la voluntad del acto jurídico la mayoría de los entrevistados respondieron que sí vulnera la manifestación de la voluntad del acto jurídico; así el Dr. Cruz argumenta su afirmación al sostener que los contratantes se someten, en libertad, a los términos del contrato y por tanto el estado no debiera intervenir a través de su órgano jurisdiccional. En esta misma línea la Dra. Díaz sostiene que al momento de contratar ambas partes tenían conocimientos de sus deberes y obligaciones, así como de sus derechos. También la Dra. Torres está de acuerdo en esta vulneración planteando una modificación en la cual las partes tendrían que conocer que el juez puede modificar el monto de la cláusula penal pactada y dentro de unos parámetros determinados.

En coincidencia con las respuestas anteriores, la Dra. Requejo Castillo considera que sí se vulnera la manifestación de la voluntad de las partes contratantes, toda vez que ellos ya asumieron un compromiso y se obligaron a través del contrato suscrito consignándose la cláusula penal; sin embargo, no se puede dejar de lado, que en algunos casos se pueda dar un uso abusivo del derecho.

Así, la múltiple doctrina y en coincidencia con la opinión de los especialistas entrevistados define que la manifestación de la voluntad se expresa en la libertad para contratar que es la facultad que tiene todo ciudadano con capacidad de goce, para realizar libremente transacciones comerciales a título oneroso o no, con personas naturales y jurídicas de su libre elección, siendo su principal sustento legal en el Perú, la carta magna de 1993, en su artículo 62°.

La opinión disidente la tiene el Dr. Cortes Albán ya que afirma que la cláusula penal no vulnera la manifestación de la voluntad, pues si bien por el principio de la inmutabilidad de la pena, esta en principio esta pactada, pero esta debe tener un equilibrio de equidad y proporcionalidad razonable con el daño sufrido por el acreedor, caso contrario se permite o favorece el enriquecimiento indebido, vulnera el abuso del derecho ( que es un principio) la usura, y todo lo que atenta contra el orden público, las buenas costumbres y la buena fe

**Objetivo específico N° 5:** Analizar la modificación del artículo 1346 del código civil peruano.

A la pregunta en función del objetivo n° 5 se les planteó a los entrevistados si estaría de acuerdo que el artículo 1346° del Código Civil; tenga una modificación de la siguiente manera: “El juez a solicitud del deudor puede reducir la pena de la cláusula penal de los contratos siempre que el estado de necesidad o ejercicio abusivo del derecho de una de las partes sea evidente”.

Aquí el Dr. Mariano Cruz plantea en primer orden que, al momento de actuar, al momento de celebrar el contrato las partes actúan en libertad y han tenido la posibilidad de evaluar los elementos a favor y los elementos en contra de una tal situación.

Posteriormente desarrolla las causales en donde el Estado puede intervenir señalando que éste interviene en dos situaciones extraordinarias para impedir por ejemplo las malas prácticas o para impedir la mala fe de uno de los contrayentes. Por eso el estado castiga con la rescisión del contrato cuando se trata de lesión, es decir, cuando una de las partes con conocimiento del hecho se ha aprovechado del estado necesidad de la otra parte contractual, ese estado de necesidad en alguna medida limita la libertad con la que ha intervenido la otra parte. No necesariamente se conduce tal situación en el caso de las cláusulas penales; en éstas, es verdad que una de las partes, la que va a ejecutar la prestación, tenga gran interés en celebrar el contrato, pero no puede calificarse ese interés como un estado de necesidad. En este tipo de situaciones- continua el Dr. Cruz - llevar a un órgano jurisdiccional para que un juez tienda a la reducción es decir a la modificación de los términos contractuales en términos de razonabilidad tiene dos aspectos, una afecta la libertad de las partes y la libertad debe ser plena y dos, no se sustenta en una razón atendible como ocurre por ejemplo en el estado de necesidad o como ocurre claramente en el dirigismo contractual es decir cuando las partes no contratan en plano de igual que es lo que ocurre en los contratos en masa cuando se admite la intervención del estado en el contenido de los contratos.

Ya a manera de conclusión el maestro Cruz sentencia: Si no tenemos prima facie, un argumento de semejante naturaleza, la intervención del estado a través de un órgano jurisdiccional para modificar los términos de una cláusula penal, aparece

como una intervención en el ámbito de la libertad de las partes que debería ser muy limitada. Con esta afirmación, el Doctor Mariano Cruz coincide con la propuesta inicial planteada en el objetivo 5.

Asimismo, tanto la Dra. Díaz Carranza como la Dra. Torres Romero coinciden en la propuesta argumentando la primera en que estos supuestos, si bien son genéricos deberían ser eficaces; mientras que la segunda entrevistada afirma que es acertada la modificación a efectos de evitar abusos del derecho en los supuestos que no siempre son evidentes.

En este orden de ideas, Osterling, F. y Rebaza, A. (2008) también encontraron una contradicción del artículo 1346 al facultarle al deudor la posibilidad de solicitar al juez la reducción de la penalidad manifiestamente excesiva, previa demostración que los daños y perjuicios derivados del incumplimiento se encuentran por debajo del monto pactado como pena. Advierten que este artículo justamente incurre en aquello que se quiso evitar mediante el pacto de la penalidad, esto es, la discusión sobre el monto de los daños derivados de la inejecución. Además, afirman que este artículo representa una inseguridad para el acreedor ya que las penalidades no cumplen las funciones compulsivas e indemnizatorias que le son inherentes; obligando así al acreedor a utilizar otros mecanismos para proteger sus intereses, generando la desnaturalización de la cláusula penal y el aumento de los costos de transacción y encarecimiento del crédito. Lo que parecería, dice Osterling, F. y Rebaza, A. (2008), ser una buena intención por parte del legislador para proteger al deudor en desventaja en la contratación, termina repercutiendo en perjuicio del propio deudor, pues será este quien tenga que asumir los pasivos del ambiente de inseguridad jurídica y falta de confianza en el cumplimiento de los contratos que el sistema de inmutabilidad relativa de la cláusula penal contribuye a configurar en nuestro país.

La Doctora Requejo Castillo considera que no se debe establecer la disminución de la pena por el estado de necesidad, pero sí por el ejercicio abusivo del derecho, toda vez que no se debe dejar de lado que las partes a través de su autonomía para contratar asumieron compromisos, los cuales deben ser cumplidos; sin embargo, no se puede proteger el uso abusivo del derecho.

Contraria a estas ideas, el Dr. Cortez Albán, no está de acuerdo con la propuesta ya que la redacción actual está clara y recoge los principios del abuso de derecho y otros principios que se encuentran en el Título Preliminar del C.C de 1984, y pues con el presente artículo se ha dado origen, a través de la jurisprudencia de la mutabilidad relativa. Vemos pues, que el Dr. Cortez no niega el planteamiento sino solamente considera que el planteamiento está implícito en la redacción actual.

## V. CONCLUSIONES.

Al término de nuestra investigación nos permitimos expresar las siguientes conclusiones:

1. Se ha determinado que la manifestación de la voluntad de los contratos sí es un elemento constitutivo o fundamental para la validez del acto jurídico.
2. Se ha determinado que el artículo 62 de la Constitución Política del Perú en relación a la libre contratación de las partes es una garantía y un presupuesto para el acto jurídico.
3. Se ha determinado que la manifestación de la voluntad del acto jurídico por parte del art. 1346 sí quebranta la libertad de contratar.
4. Se ha determinado que la Doctrina de los actos propios es aplicable en nuestro ordenamiento jurídico ya que se vincula a los principios generales del Derecho y más aún con el principio de la buena fe.
5. La mayoría de entrevistados y la doctrina afirman que el artículo 1346 del Código Civil sí quebranta la doctrina de los actos propios.
6. Se ha determinado, de la información analizada, que la reducción judicial de la pena en cláusula penal de los contratos sí vulnera la manifestación de la voluntad del acto jurídico debido a que quebranta el principio de libre contratación de las partes.
7. Se ha determinado que el artículo 1346 del Código Civil peruano tenga una modificación de la siguiente manera: “El juez a solicitud del deudor puede reducir la pena de la cláusula penal de los contratos siempre que el estado de necesidad o ejercicio abusivo del derecho de una de las partes sea evidente”.

## **VI. RECOMENDACIONES**

- ✓ Al Congreso de la Republica. Proponer la modificación del artículo 1346 del Código Civil peruano de la siguiente manera:

“El juez a solicitud del deudor puede reducir la pena de la cláusula penal de los contratos siempre que el estado de necesidad o ejercicio abusivo del derecho de una de las partes sea evidente”.

- ✓ Exhortar a los especialistas en materia civil a realizar mayores estudios sobre el tema objeto de investigación; así como generar espacios de debate sobre la normativa vigente.

## VII. REFERENCIAS

- Amado, J.(1988) Las declaraciones de voluntad impropias en la teoría del acto jurídico. *THĒMIS Revista de Derecho*. Vol. Nº 10. pp. 75-80.
- Claro, L.(1979). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Vol. Chile: Editorial Jurídica de Chile.pp521
- Corral, H. (2000). La reducción de la cláusula penal excesiva en el derecho civil de los países del cono sur. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 27(3). pp. 469-484.
- De la Puente y Lavalle, M. (2007). *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo I. Perú: Palestra Editores.
- Díez-Picazo, L. (2014). La doctrina de los actos propios un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Madrid, España: Civitas.
- Espinoza, J. (2014). La Cláusula Penal. The Requirement for Liquidated Damages. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (66), 221-243.
- Espinoza, J. (2002). El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional. *Ius et veritas*, (24), 302-313.
- Fernández, C. (2017). La Teoría de los actos propios y su aplicación en la legislación peruana. *Lumen: Revista de la Facultad de Derecho* (13), 51-59.
- Flores, P. (2018). El contrato y el acto jurídico en el Código Civil peruano. Repaso sucinto de su interconexión jurídica. Recuperado de: <https://legis.pe/contrato-acto-juridico-codigo-civil-peruano-interconexion-juridica/>
- Llambias, J. (1960). *Tratado de Derecho Civil. Parte General. Tomo I*. Buenos Aires: Emilio Perrot.
- Messineo, F. (1979). *Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo II*. Buenos Aires: Ejea.
- Martinez, C. (2018). Contratos y Acto Jurídico. Análisis Jurídico. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (60), 99-107.

- Osterlling, F. y Rebaza, A. (2008). Resolución por incumplimiento, penas obligacionales y fraude a la ley. Recuperado de: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Resoluci%C3%B3n%20por%20incumplimiento.pdf>
- Osterlling, F. y Castillo, M. (2013). Obligaciones con cláusula penal. Recuperado de: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Obligaciones%20con%20clausula%20penal.pdf>
- Osterlling, F. (2010). Mutabilidad o inmutabilidad de la cláusula penal. Recuperado de: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Mutabilidad%20o%20Inmutabilidad%20de%20la%20Cl%C3%A1usula%20Penal.pdf>
- Osterlling, F. y Rebaza, A. (2005). Apuntes sobre la reducción de la pena obligacional y el replanteamiento de sus funciones. *Ius et veritas* (30).
- Ovsejevich, L. (1971). *Contratos, El consentimiento: Sus Términos. Tomo I*. Buenos Aires: Editor Víctor P. De Zavalía.
- Soto, C. (2006). La función de la cláusula penal en los contratos y la inmutabilidad de las penas convencionales. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (6), 87-111
- Salvat, R. (1935). *Tratado de Derecho Civil Argentino (Parte General)*. Buenos Aires: Librería y casa editora de Jesús Menéndez.
- Schopf, A. y Marín, J. (2017). *Lo Público y lo privado en el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*. Chile: Thomson Reuter
- Schopf, A. (s.f.) Las buenas Costumbres en el Derecho Privado. Extraído desde [https://www.academia.edu/33910424/Las\\_buenas\\_costumbres\\_en\\_el\\_derecho\\_privado](https://www.academia.edu/33910424/Las_buenas_costumbres_en_el_derecho_privado)
- Torres, A. (2007). *El acto jurídico*. Tercera edición. Lima, Perú: IDEMSA.
- Tribunal Constitucional. (2004). Pleno Jurisdiccional. Exp. N.º 047-2004-AI/TC

Tribunal Constitucional. (2004). Pleno Jurisdiccional. EXP. N.º 02175-2011-PA/TC

## ANEXOS

### ANEXO N° 01

VARIABLE	DEFINICIÓN CONCENTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	INDICADORES	ESCALA DE MEDICIÓN
<p><b>INDEPENDIENTE</b></p> <p>Reducción judicial de la pena en cláusula penal de los contratos.</p>	<p>Es la capacidad que tiene el juez, a solicitud del deudor, para reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida. (Osterling, F. y Rebaza ,A.2008)</p>	<p>Se constatará mediante el análisis del artículo 1343 del Código Civil Peruano, así como mediante las entrevistas con expertos, en las cuales se corroborará que este artículo vulnera la manifestación de la voluntad del acto jurídico.</p>	<p>Interpretación teleológica y alcance del art. 1343 del Código Civil.</p>	<p>Nominal</p>
<p><b>DEPENDIENTE</b></p> <p>Vulneración de la manifestación de la voluntad del acto jurídico</p>	<p>La manifestación de la voluntad es la intención revelada por la conducta del declarante, la que en principio es relevante para la teoría del acto jurídico. (Amado, J.1988)</p>	<p>Se ha contrastado mediante la opinión de especialistas. Se constatará mediante el análisis del artículo 140 y 141 del Código Civil Peruano y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú.</p>	<p>Opinión de los jueces sobre la vulneración de la manifestación de la voluntad del acto jurídico al reducir judicialmente la pena de la cláusula penal en los contratos.</p> <p>Interpretación y alcance el art. 140 y 141 del Código Civil y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú.</p>	<p>Nominal</p>

## ANEXO 02: INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

### GUIA DE ENTREVISTA

El presente trabajo de investigación versa; respecto a si la reducción judicial de la pena en la cláusula penal de los contratos vulnera la manifestación de la voluntad del acto jurídico quebrantando la libertad contractual. Por lo que este instrumento de recolección de datos, está dirigido a Abogados y jueces **especialistas en Derecho Civil**, para que en el marco de sus conocimientos respondan las siguientes interrogantes, con objetividad, claridad y . Estas respuestas sólo serán utilizadas para los propósitos de la investigación.

Agradezco su colaboración

#### INICIO

Persona entrevistada: \_\_\_\_\_

Función: \_\_\_\_\_

Experiencia (Años) \_\_\_\_\_

Preguntas de conocimiento:

1. ¿Considera que la manifestación de la voluntad de los contratos es un elemento constitutivo o fundamental para la validez del acto jurídico? ¿Por qué?

---

---

---

---

---

2. ¿Qué implicancias tiene, con respecto a las partes, el artículo 62 de la Constitución Política del Perú que prescribe: **“La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase...**, en el ordenamiento jurídico?

---

---

---

---

---

3. ¿Considera que la Doctrina de los actos propios es aplicable en nuestro ordenamiento jurídico y qué concepciones importantes aporta?

---

---

---

---

---

4. ¿Qué criterios se valoran para utilizar el artículo 1346 del código civil en favor del deudor, en donde 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”**?

---

---

---

---

---

5. Cree usted que la reducción judicial de la pena en la cláusula penal de los contratos prescrito en el art. 1346 del Código Civil, vulnera la manifestación de la voluntad del acto jurídico, ¿en qué aspectos?

---

---

---

---

---

6. ¿Cree usted que esta vulneración a la manifestación de la voluntad del acto jurídico por parte del art. 1346 quebranta la libertad de contratar?

---

---

---

---

---

7. ¿Cree usted que esta vulneración a la manifestación de la voluntad del acto jurídico por parte del art. 1346 quebranta la doctrina de los actos propios?

---

---

---

---

8. Estaría de acuerdo que el artículo 1346° del Código Civil; tenga una modificación de la siguiente manera.

*El juez a solicitud del deudor puede reducir la pena de la cláusula penal de los contratos siempre que el estado de necesidad o ejercicio abusivo del derecho de una de las partes sea evidente.*

---

---

---

---

---

