

Universidad Católica de Santa María

Escuela de Postgrado

Maestría en Derecho Civil



CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA NULIDAD DE LA CLAUSULA PENAL Y LA GARANTÍA DEL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS SUFRIDOS, AREQUIPA 2015 - 2016

Tesis presentada por el Bachiller:

Beltrán Díaz, Miguel Alí

Para optar el Grado Académico de:

Maestro en Derecho Civil

Asesor:

Dr. Fernández Dávila Mercado, Javier

Arequipa – Perú

2018

Señor Director de la Escuela de Postgrado.

Se ha puesto a consideración el borrador de tesis titulada "Criterios Jurídicos para la Nulidad de la Cláusula Penal y la Garantía del Resarcimiento de los Daños Sufridos, Arequipa, 2015" presentada para optar al grado académico de Magister en Derecho Civil por el señor Bachiller Miguel Ali Beltrán Díaz.

La investigación se centra en establecer los criterios jurídicos más idóneos que permitan una aplicación adecuada de la cláusula penal, tratándose de establecer los criterios que el órgano jurisdiccional debe adoptar a fin ella ciertamente satisfaga el rol de garantizar el cumplimiento de las obligaciones.

En ese sentido, siendo un trabajo que evidencia aporte, corresponde aprobarse el mismo, cuidando de numerarse las páginas consignadas en el índice y revisar ortografía en cuanto corresponda. S.M.P.

Arequipa, 06 de enero del 2016.


Berly G. Cano Suárez
Docente Dictaminador

Arequipa, 14 de Marzo del 2016

Señor Doctor
Hugo Tejada Pradell.
Director de la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María
Ciudad.-

Referencia: Dictamen de Borrador de Tesis

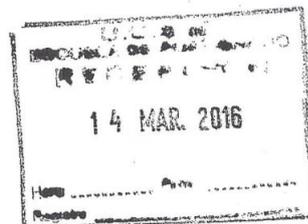
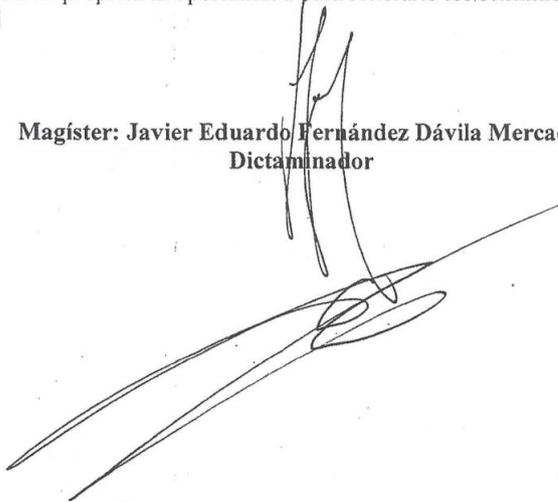
Previo un cordial, saludo, me dirijo a Ud., con la finalidad de hacer de su conocimiento el Dictamen del Borrador de Tesis en los siguientes términos:

Que mediante “Boleta de Nombramiento de Jurado Dictaminador”, del expediente nro. 15052258, he sido designado Jurado Dictaminador para el Borrador de Tesis presentado por el Bachiller **BELTRAN DÍAZ, Miguel Alí**; titulado **“CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA NULIDAD DE LA CLAUSULA PENAL Y LA GARANTIA DEL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS SUFRIDOS, AREQUIPA 2015”**, a efectos de optar el grado de Magister en Derecho Civil-

Al respecto, salvo mejor, habiéndose absuelto satisfactoriamente las observaciones verbales, mi dictamen es por que **SE APRUEBE**, el Borrador de Tesis presentado y se proceda a su sustentación.

Sin otro particular es propicia la oportunidad para reiterarle los sentimientos de mi especial estima personal

Magíster: Javier Eduardo Fernández Dávila Mercado
Dictaminador



**DICTAMEN DE LEVANTAR OBSERVACIONES EN BORRADOR DE TESIS PARA
OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE LA MAESTRIA DE DERECHO CIVIL**

A : DR. HUGO TEJADA PRADELL
Director de la Escuela de Postgrado-Universidad Católica de Santa María

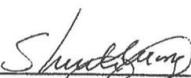
DE : Miembro del Jurado Dictaminador

TITULO : "CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA NULIDAD DE LA CLAUSULA PENAL Y LA
GARANTÍA DEL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS SUFRIDOS, AREQUIPA
2013-2014"

BACHILLER : BELTRÁN DÍAZ, Miguel Ali

FECHA : 14 de junio del 2016

Habiendo levantado las observaciones se emite, **Dictamen Aprobatorio**,
porque reúne las condiciones necesarias para su aprobación y posterior sustentación.


DRA. SHIULI KUOG MORALES
DICTAMINADOR





Dedico este trabajo principalmente a Dios, por haberme dado la vida y permitirme el haber llegado hasta este momento tan importante de mi formación profesional. A mi familia, por ser el pilar más importante y por demostrarme siempre su cariño y apoyo incondicional sin importar nuestras diferencias de opiniones.



“Los derechos se toman, no se piden; se arrancan, no se mendigan”.

JOSÉ MARTÍ

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	VII
RESUMEN	IX
ABSTRACT	X
CAPITULO I.....	1
LA CLAUSULA PENAL EN EL PERÚ	1
1. CONCEPTO DE CLÁUSULA PENAL.....	1
2. EL OBJETO DE LA CLÁUSULA PENAL	8
3. LA CAUSA-FIN DE LA CLÁUSULA PENAL.....	11
4. FORMALIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL	13
5. MODALIDADES DE LA CLÁUSULA PENAL.....	22
6. CONDICIONES DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL.....	26
CAPÍTULO II.....	31
EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS	31
1. CONCEPTO Y ELEMENTOS.....	31
2. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.....	33
2.1. Cuándo procede el pago de la indemnización de daños y perjuicios	33
2.2. En qué consiste la indemnización de daños y perjuicios y cómo se abona.	35
2.3. Cómo se determinan los daños y perjuicios.....	36
2.4. Daño emergente y lucro cesante.....	37
2.5. Daños compensatorios y moratorias.....	37
2.6. Daños previstos o que se pudieron prever y daños imprevistos.....	38
2.7. Daños directos e indirectos.....	39
2.8. Daños intrínsecos y extrínsecos.....	39
2.9. Daños actuales y futuros.....	40
2.10. Daños propios y comunes.	40
3. FUNDAMENTO DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.....	41
4. LA PRUEBA DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.....	43
5. ALCANCES DEL ARTÍCULO 1332° DEL CÓDIGO CIVIL	45
6. PÉRDIDA DE CHANCE Y DAÑO MORAL	49

6.1. La cuantificación de la pérdida de una chance.....	49
6.2. La cuantificación del daño moral.....	53
CAPITULO III.....	56
ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	56
1. PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS	56
2. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS.....	57
TABLA Nº 1	57
GRAFICA Nº 1.....	58
TABLA Nº 2	59
GRAFICA Nº 2.....	60
TABLA Nº 3	61
GRAFICA Nº 3.....	62
TABLA Nº 4	63
GRAFICA Nº 4.....	64
TABLA Nº 5	65
GRAFICA Nº 5.....	66
TABLA Nº 6	67
GRAFICA Nº 6.....	68
TABLA Nº 7	69
GRAFICA Nº 7.....	70
TABLA Nº 8	71
GRAFICA Nº 8.....	72
TABLA Nº 9	73
GRAFICA Nº 9.....	74
TABLA Nº 10	75
GRAFICA Nº 10.....	76
TABLA Nº 11	77
GRAFICA Nº 11.....	78
TABLA Nº 12	79
GRAFICA Nº 12.....	80
TABLA Nº 13	81

GRAFICA Nº 13.....	82
TABLA Nº 14	83
GRAFICA Nº 14.....	84
TABLA Nº 15	85
GRAFICA Nº 15.....	86
TABLA Nº 16	87
GRAFICA Nº 16.....	88
TABLA Nº 17	89
GRAFICA Nº 17.....	90
TABLA Nº 18	91
GRAFICA Nº 18.....	92
TABLA Nº 19	93
GRAFICA Nº 19.....	94
TABLA Nº 20	95
GRAFICA Nº 20.....	96
CONCLUSIONES.....	97
SUGERENCIAS.....	99
BIBLIOGRAFÍA	113
PROYECTO DE INVESTIGACIÓN.....	119

INTRODUCCIÓN

La Cláusula Penal en el Perú tiene la finalidad de reparar daños y conminar, intimar o apercibir al deudor, en la inejecución de obligaciones; de acuerdo con su naturaleza jurídica y la técnica jurídica del Código Civil de 1984 (artículos 1341 y 1342). Permite pactar anteladamente el resarcimiento de los daños y perjuicios por incumplimiento, y evitar costos innecesarios a nivel judicial por determinación de daños y perjuicios, liberando al acreedor de la prueba de los daños y facilitando la fluidez del comercio.¹

El problema jurídico se presenta cuando, establecidas jurídicamente todas las bondades de la cláusula penal en obligaciones entre particulares, nuestro ordenamiento jurídico habiendo previsto el resarcimiento de los daños sufridos cuando ha mediado dolo o culpa inexcusable en el incumplimiento por parte del deudor, dicha situación se prohíbe en algunos casos, por lo tanto debemos tener en cuenta que al ser la cláusula penal una cláusula limitativa de responsabilidad, esta deberá ser nula en aplicación del artículo 1328 del Código Civil.

Esta situación desnaturaliza la institución jurídica de la cláusula penal, porque todo aquello que se quiso evitar con el establecimiento de la cláusula penal, es decir, la prueba y monto de los daños y perjuicios, necesariamente tendrían que determinarse en un proceso judicial, en donde además se deja a criterio del Juez, pudiendo éste incurrir en arbitrariedades al no existir lineamientos o pautas a tomarse en cuenta, que justifiquen la aplicación del artículo 1328. Entonces la cláusula penal desnaturalizada jurídicamente no cumple las finalidades ni bondades para la cual fue diseñada y legislada.²

¹ La cláusula penal y la reducción judicial de la pena en el Código Civil Peruano de 1984. Disponible en: www.blog.pucp.edu.pe

² *Ibíd*em

Es así que el fin del presente trabajo de investigación, es realizar un análisis jurídico, de cómo debe entenderse y como debe de operar la aplicación sistemática de los artículos 1328 y 1341 del Código Civil, en tanto que el sistema legal no puede ni debe permitir la contravención de normas de orden público que son de carácter imperativo, como lo es la prohibición de limitación de responsabilidad por dolo o culpa inexcusables.



RESUMEN

El presente trabajo tiene como tema central explicar cuáles son los criterios jurídicos para determinar la nulidad de la cláusula penal y con ello garantizar el resarcimiento de los daños sufridos, preferencialmente en lo que respecta al derecho nacional. La presencia de esta problemática no solo hay que observarla en la normatividad nacional sino también en los criterios novedosos del derecho internacional que influyen sobre la nulidad de la cláusula penal y que mantienen una relación directa y expectante con nuestro tema de investigación.

Entonces se comenzará estudiando en un primer capítulo los alcances respecto a la cláusula penal y sus implicancias legales en nuestro entorno, donde se analizará los criterios que predominan sobre su uso y aplicación. Asimismo en un segundo capítulo se analizará el tratamiento legal que se le da al resarcimiento de los daños sufridos por incumplimiento de obligaciones con cláusula penal, es decir un repaso a la normatividad vigente, donde damos un espacio de análisis al tema propiamente dicho, analizando aspectos relacionados a la realidad nacional.

La investigación concluye con la información estadística sobre el análisis a los Procesos civiles sobre nulidad de cláusulas penales donde se haya afectado el resarcimiento de los daños, y como debe enfrentarse dicha problemática frente a los organismos reguladores, proponiendo para ello criterios normativos más idóneos.

PALABRAS CLAVE: Cláusula penal, nulidad, resarcimiento, daños, responsabilidad, culpa, imperativo, prohibición, normas, aplicación.

ABSTRACT

This work has the theme explain what are the legal criteria to determine the nullity of the penal clause and thereby ensure compensation for damages, preferentially with respect to national law. The presence of this problem not only have to observe the national regulations but also in the novel criteria that influence of international law on the nullity of the penal clause and maintaining a direct relationship with our expectant research topic.

Then begin by studying in a first chapter the scope of the criminal clause and its legal implications in our environment, which will analyze the criteria that prevail over its use and application. Also in a second chapter will analyze the legal treatment given to the compensation for damages suffered by breach of obligations with criminal clause, is a review of current regulations, where we give a space for analysis to the subject itself, analyzing aspects related to the national reality.

The research concludes with statistical analysis information about the civil proceedings void where penalty clauses have affected the recovery of damages, and how to confront this problem facing regulators proposing to do more suitable regulatory criteria.

KEYWORDS: Penal clause, nullity, compensation, damages, liability, fault, imperative, prohibition, rules, application.

CAPITULO I

LA CLAUSULA PENAL EN EL PERÚ

1. CONCEPTO DE CLÁUSULA PENAL

Consideramos pertinente, como una determinación previa de ciertos conceptos, hacer referencia a la triple distinción realizada por la doctrina, entre las expresiones «cláusula penal, «obligación con cláusula penal» y «pena convencional».

En este sentido, Luis Puig Brutau³ diferencia estas figuras y señala que la cláusula penal es la convención accesoria estipulada como cláusula o pacto de una obligación por la que,⁴ «se promete realizar una prestación, generalmente pecuniaria, para el caso de que una de las partes no cumpla o

³ PUIG L. Fundamentos del Derecho Civil. Barcelona España: Editorial Bosch; 1981. Pág. 43. Citado por OSTERLING F. Tratado de la obligaciones. Volumen XVI Cuarta parte tomo XV. Lima: Fondo Editorial; 2003. Pág. 2471 y sig.

⁴ PUIG F. Compendio de Derecho Civil Español. Vol. III, tomo IV. España: Editorial Aranzandi; 1982. Pág. 18. Citado por OSTERLING F. Ob. Cit. Pág. 2471 y sig.

cumpla irregularmente lo prometido». El autor también define «obligación con cláusula penal», como aquella obligación principal cuyo incumplimiento se sanciona con la pena.⁵

Finalmente, con relación al concepto de «pena convencional», Puig Brutau expresa que corresponde utilizar esta denominación cuando la pena no ha quedado consignada en una de las cláusulas del negocio principal, sino en un negocio separado, aunque directamente relacionado con aquel.

En esta misma línea de pensamiento, Jesús María Lobato de Blas⁶ sostiene que la cláusula penal se suele establecer por medio de una disposición del negocio principal, es decir, consiste en una cláusula del negocio de constitución de la relación obligatoria; de ahí que sea conocida usualmente con el nombre de «cláusula penal». En este sentido, señala Albaladejo⁷ que «se llama cláusula penal a aquella (cláusula) en la que la pena se establece».

Así, para Lobato de Bias la obligación con cláusula penal es la obligación principal garantizada, al igual que Albaladejo⁸ quien expresa que se llama «obligación con cláusula penal a la obligación cuyo incumplimiento se sanciona con la pena».

Lobato de Bias precisa que en este tipo de obligaciones existen dos vínculos obligatorios: uno, el de la obligación principal, y otro, el creado por la cláusula penal, si bien de modo accesorio y para el caso de incumplimiento o

⁵ LETE DEL RÍO J. Derecho de Obligaciones. Vol. I. Madrid: 1995. Pág. 143. Citado por OSTERLING F. Ob. Cit. Pág. 2471 y sig.

⁶ LOBATO DE BLAS J. La cláusula penal en el derecho español. España: EUNSA Ediciones Universidad de Navarra; 1980. Pág. 17-19. Citado por OSTERLING Parodi Felipe y otro. Ob. Cit. Pág. 2471 y sig.

⁷ ALBALADEJO M. Derecho Civil. Tomo II, vol. 1. España: EDISOFER; 1982. Pág. 180. Citado por OSTERLING Felipe. Ob. Cit. Pág. 2471 y sig.

⁸ *Ibidem*. Pág 2471 y sig.

cumplimiento defectuoso de la primera. Estas expresiones son compartidas por Jorge Eugenio Castañeda,⁹ quien enseña que la obligación con cláusula penal no es una sola, son dos obligaciones: una principal y otra solo aplicable en casos de mora o inejecución de la principal.

Por nuestra parte, debemos recordar que el Código Civil Peruano de 1984 utiliza las expresiones «obligaciones con cláusula penal», «cláusula penal», «penalidad» y «pena», al tratar el tema entre los artículos 1341 y 1350. Sin embargo, tales opciones terminológicas no implican, de por sí, ni haber desechado otras opciones ni mucho menos que la ley peruana las repruebe.

Pensamos que el tema se reduce a un juego de palabras, por demás intrascendente, en la medida en que creemos que es exactamente lo mismo emplear las expresiones «cláusula penal», «obligación con cláusula penal» y «pena convencional». La cláusula penal según Osterling Parodi es:

Un contrato que se refiere a la pena o penalidad convenida para el caso de incumplimiento. Es obvio, por lo demás, que toda vez que las partes pacten una penalidad lo harán a través de una cláusula en la que se refieran a ella, independientemente de si dicha cláusula- solo alude a tal penalidad o si incluye, además, disposiciones de otra naturaleza.¹⁰

Teniendo la cláusula penal un carácter accesorio, ya que no podría existir sin una obligación que brinde garantía; hablar de obligación con cláusula penal no es incorrecto, en la medida que se está haciendo referencia a las relaciones obligatorias que incluyen una penalidad acordada por las partes.

⁹ CASTAÑEDA J. Derecho Civil. Tomo 1. Madrid España: Librería A & M Jiménez; 1985. Pág. 175 y 176. Citado por OSTERLING F. Ob. Cit. Pág. 2471 y sig.

¹⁰ OSTERLING PARODI F. y otro. Tratado de las Obligaciones. Volumen XVI, Cuarta Parte, Tomo XV, Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Fondo Editorial; 2003. Pág. 2473.

Si así se quiere consignar, con esta expresión se pone el acento en la obligación principal cuyo cumplimiento se garantiza con la penalidad, y no en la penalidad misma; pero, sin embargo, ello resultará poco relevante, en la medida que ambas tienen una naturaleza indesligable. Para efectos del tema que nos ocupa, no interesa hablar de la obligación -desligada de la cláusula penal-, ni de la cláusula penal -desligada de la obligación principal- o Por ello, creemos que la nomenclatura adoptada por el Código Civil es acertada. Sin embargo, en el Derecho Peruano, como ya lo indicamos, también se suele emplear la expresión «cláusula penal» como sinónimo de «obligación con cláusula penal». Tal vez resulta una manera más abreviada de hacer alusión a esa materia. Además, con una u otra forma, el intérprete conoce sin dificultad sus alcances.¹¹

Por otra parte, la expresión «pena convencional» no es utilizada en el Perú. Aquí, más bien, se suele emplear como equivalente la palabra «penalidad» o «pena». Cabe señalar que las expresiones a las que hemos hecho referencia parecen haber sido pensadas para el caso en que la pena provenga de un contrato. Sin embargo, también debe considerarse el caso en que ella tuviese su origen en la ley.

En este último supuesto, quedaría claro que el empleo de las expresiones «cláusula penal», «obligaciones con cláusula penal» o «pena convencional», resultarían indebidas, por razones obvias, dado el origen legal y no convencional de la pena. Aquí lo correcto sería hablar de «penalidad» o de «pena», en el sentido amplio de los términos, como lo hace el Código Civil Peruano, los mismos que también podrían aplicarse si la pena tuviese origen convencional.¹²

¹¹ *Ibíd.* Pág. 2473.

¹² *Ibíd.* Pág. 2473.

Con relación al concepto de la cláusula penal, Jorge Peirano Facio¹³ ha escrito que:

«No existe entre los autores uniformidad de criterio acerca de qué debe entenderse a ciencia cierta por cláusula penal y de cuál sea la naturaleza de la misma». Este autor afirma que tanto la cláusula penal como la opinión sobre su naturaleza jurídica han sufrido una evolución, debido a que «[...] la cláusula penal no constituye una categoría dogmática, sino una categoría histórica, lo que vale decir que su esencia y naturaleza se deben determinar de modo diverso, según sea el momento en que el investigador realice el estudio de las mismas».

En el derecho alemán, Ludwing Enneccerus, denominando pena convencional a la cláusula penal, expresa que ella es:

«Una prestación, generalmente de carácter pecuniario, que el deudor promete como pena al acreedor para el caso de que no cumpla su obligación o no la cumpla del modo pertinente».¹⁴

En el derecho francés, Louis Josserand sostiene que:

«La cláusula penal es aquella por la cual las partes fijan de antemano la suma que tendrá que pagar el deudor si no ejecuta su obligación o si la ejecuta tardíamente».¹⁵

En la doctrina española, Luis Díez-Picazo menciona que:

«Se denomina “pena convencional” a aquella prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de

¹³ PEIRANO J. La cláusula penal. 2a ed. Bogotá: Editorial Temis Librería; 1982. Pág. 105.

¹⁴ ENNECCERUS L. Derecho de Obligaciones. Vol. I. Traducción de 35ª ed. alemana por Blas Pérez Gonzáles y José Alguer. Barcelona: Bosch, Casa Editorial; 1954. Pág. 187.

¹⁵ JOSSERAND L. Derecho Civil. Tomo II, vol. I. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores; 1950. Pág. 518.

incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal».¹⁶

Francesco Messineo comentando y analizando el Código Civil italiano de 1942, escribe que:

«La cláusula penal es una promesa accesoria de un contratante, aceptada por la contraparte, que importa la obligación de efectuar una prestación determinada a título de pena (o multa) para el caso de incumplimiento injustificado de la obligación que nace del contrato [...]».¹⁷

Aída Kemelmajer, al analizar la legislación argentina, concluye que la cláusula penal:

«Es un negocio jurídico o una convención o estipulación accesoria por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente».¹⁸ En el mismo sentido, Jorge Mosset Iturraspe afirma que «La cláusula penal, como su nombre lo indica, es una “pena” de origen convencional, a la cual se somete el sujeto pasivo de un deber jurídico, con la finalidad de reforzar o garantizar el cumplimiento de dicho deber».¹⁹

En el derecho peruano, Felipe Osterling Parodi, sostiene que por medio de la cláusula penal:

¹⁶ DIEZ-PICAZO L. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. II: Las relaciones obligatorias. 5a ed. Madrid: Editorial Civitas; 1996. Pág. 397-398.

¹⁷ MESSINEO F. Doctrina General del Contrato. Tomo I. Traducción de Fontanarrosa, Sentís Melendo y Volterra. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; 1986. Pág. 218.

¹⁸ KEMELMAJER A. La cláusula penal. Buenos Aires: Ediciones Depalma; 1981. Pág. 17.

¹⁹ MOSSET J. Medios compulsivos en Derecho privado. Buenos Aires: EDIAR Sociedad Anónima Editora; 1978. Pág. 71.

«Los contratantes pueden fijar convencional y anteladamente a la fecha de vencimiento de la obligación el monto de los daños y perjuicios que corresponderán al acreedor en caso de que el deudor incumpla tal obligación».²⁰

Para Carlos Cárdenas Quirós, la cláusula penal es:

«El mecanismo compulsivo derivado de una relación obligatoria constituido por una prestación de dar, hacer o no hacer que el deudor (o un tercero, según algunos autores o legislaciones, y aun el acreedor en ciertos casos —cuando por ejemplo no colabora con el deudor a fin de que éste verifique la ejecución de la prestación a su cargo, violando el deber de colaboración—) se obliga a ejecutar (a favor del acreedor, de un tercero o de un deudor —si el acreedor contraviene el deber de colaboración—) en el supuesto de inejecución total o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal».²¹

En la Exposición de Motivos del Código Civil peruano de 1984 se afirma categóricamente que:

«La cláusula penal, legislada en los artículos 1341 a 1350, se concibe como una relación obligacional destinada a que las partes fijen la reparación para el caso de incumplimiento».²²

²⁰ OSTERLING F. Obligaciones con cláusula penal. En Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores; 1998. Pág. 301.

²¹ CÁRDENAS C. Estudios de Derecho Privado I. Lima: Ediciones Jurídicas; 1994. Pág. 349.

²² OSTERLING F. La Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil (Las Obligaciones), con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós, contenida en la obra La exposición de motivos y comentarios del Código Civil, compilada por Delia Revoredo. Lima: OKURA S.A., 1985. Pág. 463.

Consideramos que el Código peruano no define propiamente la figura de la cláusula penal, sino que únicamente describe los efectos de la misma, al disponer en el artículo 1341 que:

«El pacto por el que se acuerda que, en caso 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».²³

2. EL OBJETO DE LA CLÁUSULA PENAL

La posición mayoritaria de la doctrina considera que el objeto de la cláusula penal puede consistir en cualquier prestación susceptible de ser materia obligacional, es decir, en una prestación de dar, de hacer o de no hacer, siempre que reúna los requisitos de validez exigidos a la misma.

En este sentido, Jorge Joaquín Llambías²⁴ sostiene que siendo evidente que la obligación penal es una clase abstracta de obligaciones, esta se regirá por los principios que gobiernan el género (la obligación) a que pertenece. De ahí que el objeto de la pena deba ser posible, determinable, susceptible de apreciación pecuniaria y legítima.

²³ SOTO C. Inmutabilidad de las penas convencionales en el derecho peruano. Universidad Diego Portales Santiago, Chile: Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 6; 2006. Pág. 87-111. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370840819004>. Consultado el 09-09-14

²⁴ LLAMBÍAS J. Derecho de Obligaciones. Tomo 1. Pág. 436. Citado por OSTERLING F. Ob. Cit. Pág. 2477 y sig.

Bajo similar perspectiva, Jorge Bustamante Alsina²⁵ afirma que el objeto de la cláusula penal debe reunir todos los requisitos esenciales y de validez que corresponden a todo objeto de obligación en general. Como consecuencia, señala que debe ser posible, determinable, susceptible de apreciación pecuniaria y lícita.

Asimismo, Jesús María Lobato De Blas²⁶ expresa que el objeto de la cláusula penal habría de estar limitado, naturalmente, por las condiciones generales que ha de reunir toda prestación, a saber: posibilidad, licitud, determinación y patrimonialidad, siendo, en consecuencia, la problemática de los caracteres de su objeto, la misma que la general del objeto de las obligaciones.

Aída Kemelmajer de Carlucci,²⁷ corroborando esos conceptos, manifiesta que el objeto de la cláusula penal, como toda prestación, debe ser posible, patrimonialmente valorable (aunque el interés del acreedor no lo sea), determinable y lícito.

De acuerdo con esta línea de pensamiento, Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas²⁸ afirman que son aplicables al objeto de la cláusula penal los requisitos de validez que se disponen sobre el objeto de los actos jurídicos, vale decir, que debe consistir en cosas que estén en el comercio o no prohibidas o en hechos posibles, no prohibidos, que no sean contrarios al orden público ni a las buenas costumbres y que no afecten derechos de terceros. En suma, concluyen dichos autores, debe tratarse de un objeto lícito.

²⁵ BUSTAMANTE J. Teoría de la Responsabilidad Civil. Buenos Aires Argentina: 1997. Pág. 174. Citado por OSTERLING F. Ob. Cit. Pág. 2477 y sig.

²⁶ LOBATO J. Ob. Cit. Pág. 133. .

²⁷ KEMELMAJER A. Ob. Cit. Pág. 35.

²⁸ CAZEAUX P. y TRIGO F. Derecho Civil. Tomo 1. Pág. 249. Citado por OSTERLING F. Ob. Cit. Pág. 2477 y sig.

Nosotros compartimos la doctrina citada en torno al objeto de la cláusula penal, pero hacemos hincapié, además, que ella podría consistir en obligaciones de no hacer. De lo expresado llegamos a la conclusión de que la penalidad convenida puede consistir en obligaciones cuyo objeto sea de cualquier naturaleza. Dicho en otras palabras, no tendría por qué haber correspondencia entre la naturaleza del objeto de la obligación principal y la naturaleza del objeto de la cláusula penal.

Así, podríamos estar en presencia de una obligación principal de dar cuya penalidad consista en un hacer o en un no hacer; o ante una obligación principal de hacer, cuya penalidad consista en un dar o en un no hacer; o ante una obligación principal de no hacer, cuya penalidad consista en un dar o en un hacer.

No está de más recordar que aunque la obligación principal y la penalidad fuesen de la misma naturaleza (por ejemplo, prestaciones de dar), sus objetos podrían ser absolutamente diversos. Sería el caso de una obligación principal que consistiese en dar un automóvil y cuya penalidad, en caso de incumplimiento, consistiera en pagar al acreedor la suma de 80,000 dólares americanos.

Asimismo, conviene tener presente lo previsto por el artículo 140, inciso 2, del Código Civil Peruano, precepto que al referirse al acto jurídico expresa que el mismo consiste en la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, y que requiere para su validez contar con un objeto física y jurídicamente posible, así como por el artículo 219, inciso 3, del mismo cuerpo legal, norma que establece que el acto jurídico es nulo cuando su objeto sea física o jurídicamente imposible o cuando este fuese indeterminable.

Tomando en consideración lo expuesto, podemos afirmar, interpretando contrario sensu las reglas citadas, que la cláusula penal, al ser un acto

jurídico válido, debe contar, como manifiesta Lobato De Blas,²⁹ con un objeto física y jurídicamente posible, que además haya sido determinado, o sea susceptible de determinación posterior.

3. LA CAUSA-FIN DE LA CLÁUSULA PENAL

En torno de este tema, es pertinente determinar si la cláusula penal posee o no una causa-fin distinta de la del acto principal, cuyo cumplimiento asegura. Dentro de tal orden de ideas, Trimarchi³⁰ señala que este elemento estructural es la piedra de toque a fin de determinar la autonomía conceptual de la cláusula penal.

Agrega el profesor italiano que este punto se encuentra íntimamente vinculado al criterio que se sustenta en cuanto a las funciones que cumple la cláusula penal. En este sentido, quienes le otorgan función compulsiva aseveran que la finalidad de la cláusula penal puede diferir, y de hecho difiere en muchos casos, de la causa-fin del negocio principal. ASÍ, por ejemplo, mientras la causa final del contrato de compraventa reside, según la visión tradicional, en el intercambio de una cosa contra un precio, la cláusula penal que se pacta para reforzar dicho negocio no tiene por causa final dicho intercambio, sino que su causa próxima es la precisión de la sanción para su cumplimiento.

A veces ambas causas-fines -añade el jurista italiano-, se hallan en situación de complemento, pero otras pueden presentarse en relación de mutua «indiferencia». Concluye Trimarchi indicando que, incluso en algunas oportunidades, es la propia cláusula penal la que impide el cumplimiento del fin previsto en el negocio principal.

²⁹ LOBATO J. Ob. Cit. Pág. 27-30.

³⁰ TRIMARCHI M. Pág. 26.

Así, por ejemplo, si se pacta una pena compensatoria, eligiendo el acreedor la pena, frustrará de hecho la realización del fin del contrato, porque el intercambio querido en el negocio principal no se realizará, sino él se sustituirá por la cláusula penal.

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci³¹ -respecto a lo expuesto por Trimarchi- manifiesta que «para quienes sostienen que la cláusula penal no es sino una simple liquidación anticipada de los daños y perjuicios, es evidente que ella no tiene una causa final específica, sino que siempre se identifica con la de la convención principal». Sin embargo, la profesora argentina agrega que tanto para ella, como para el Derecho Argentino, la cláusula penal cumple una función ambivalente, es decir, tiene una finalidad compulsiva e indemnizatoria, por lo que apareciendo ab initio la primera, la existencia de la causa final propia parece innegable.

Como se ha expresado oportunamente, la penalidad cumple un fin múltiple. Dentro de esa finalidad diversa, ella, por un lado, tiene carácter compulsivo, ya que se pacta para reforzar el cumplimiento de la obligación principal; y por otro, tiene carácter indemnizatorio, pues constituye una liquidación anticipada de los daños y perjuicios ante el incumplimiento por el deudor de la obligación principal.

En este sentido, consideramos que la cláusula penal, desde la óptica de su función compulsiva, posee una causa-final propia, distinta de la del negocio principal cuyo incumplimiento sanciona. Por ejemplo, si tomamos el contrato de compraventa como acto principal, podremos percibir que la causa-final del mismo, que es la transferencia de la propiedad de un bien a cambio del pago de un precio –finalidad que se encuentra prevista por el artículo 1529 del Código Civil-, difiere de la función que desempeña la obligación penal.

³¹ KEMELMAYER A. Ob. Cit. Pág. 51 y 52.

Por otro lado, respecto a la finalidad indemnizatoria que cumple la cláusula penal, sostenemos -coincidiendo con los autores que adoptan esta posición-, que en este caso, como simple liquidación anticipada de los daños y perjuicios, la pena convencional también presenta causa final propia, la misma que no se identifica con la del negocio principal. No olvidemos que con la obligación principal el acreedor busca obtener el cumplimiento de la prestación deseada; en cambio, con la penalidad se persigue, como hemos expresado en reiteradas ocasiones, un fin indemnizatorio (ya sea compensatorio o moratoria).

A modo de conclusión, anotamos que a nuestro criterio, el Código Civil de 1984, con respecto a la función que cumple la cláusula penal, sigue la línea de pensamiento antes esbozada. En efecto, dicho cuerpo normativo, en su artículo 1341, recoge la finalidad que desempeña la pena. Por lo expuesto podemos afirmar que nuestra legislación civil otorga a la cláusula penal una finalidad propia específica, distinta a la de la obligación u obligaciones principales.

4. FORMALIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

Al abordar el tema de la formalidad de la cláusula penal nos estamos refiriendo, como precisa Diez-Picaza,³² a «un conjunto de solemnidades exteriores que son consideradas como un necesario vínculo de expresión de la voluntad contractual, la cual debe quedar exteriormente revestida de ellas con el fin de que alcance plena validez y eficacia jurídica».

En este sentido, BUSSO³³ expresa que en el campo de la pena convencional

³² DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON. El sentido histórico del Derecho Civil. Pág. 171. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Noviembre 1959. Citado por LOBATO DE BLAS J. Ob. Cit. Pág. 134 Y 135.

³³ BUSSO E. Derecho de Obligaciones. Tomo IV. Pág. 454.

imperla la libertad de formas y de fórmulas. Es decir, la cláusula penal no requiere ninguna formalidad especial, así como tampoco de fórmulas sacramentales. Es más, agrega el profesor argentino, «no es menester que se hable literalmente de pena o multa: basta con que sea clara la intención de las partes en el sentido de fijar una determinada prestación indemnizatoria para el caso de retardo o incumplimiento».

En la misma línea de pensamiento, Lobato de Blas³⁴ señala que «la cláusula penal, en sí misma considerada, no exige requisitos especiales para su constitución, si bien su establecimiento ha de constar con claridad». Igual opinión comparte Mosset Iturraspe,³⁵ quien afirma que «la cláusula es no formal, no requiere solemnidad prevista por la ley».

Habiendo libertad de formas, podría convenirse por cualquier medio, incluso verbalmente. Por nuestra parte opinamos que debe quedar en claro que la formalidad y los formulismos relativos a la cláusula penal, son dos temas distintos.

Uno, el de la formalidad, tiene que ver con la forma en que estaría representada la cláusula penal. O sea, si el contrato en el que se estipula es uno celebrado verbalmente, será claro que la cláusula penal también se pactaría de este modo. Y ello por la simple circunstancia de que la cláusula es parte integrante de ese contrato verbal.

Si el contrato, en cambio, se hubiese celebrado por escrito, entonces la cláusula penal también deberá constar por escrito, en la medida en que es parte integrante de aquel. Lo mismo ocurrirá si el contrato se hubiese celebrado por escritura pública o siguiendo alguna otra formalidad.

³⁴ LOBATO DE BLAS J. Ob. Cit. Pág. 139 Y 140.

³⁵ MOSSET J. La cláusula penal. Revista del Notariado, No. 755, 1977. Pág. 1229. Citado por KEMELMAYER A. Ob. Cit. Pág. 52 y 53.

En lo que respecta al contenido de la cláusula penal, la ley no establece fórmulas sacramentales, vale decir, determinadas expresiones que necesariamente deban utilizarse para tal efecto. No obstante ello, consideramos que la cláusula penal necesariamente deberá pactarse de manera expresa -como en su oportunidad lo señalamos-, pues las penalidades no pueden inferirse tácitamente, dada la injusticia que representaría su imposición cuando su propio origen resultara dudoso o incierto.

En tal sentido, es importante que las partes sean lo suficientemente claras al expresar en qué consiste la penalidad, porque el Derecho de Obligaciones se basa en que tanto deudor como acreedor conozcan con exactitud en qué consiste aquello que se va a cumplir. Por lo expuesto, es evidente que la cláusula penal debe ser determinada, o al menos determinable, es decir, susceptible de determinación ulterior, sin que para dicha determinación resulte necesario que intervengan las partes contratantes, como en ocasión anterior lo hemos estudiado.

Pero, partiendo de la premisa de que exista el pacto de penalidad y que el mismo fuese válido, debemos insistir que los alcances de la pena también deben ser determinados o claramente determinables. Nos estamos refiriendo, desde luego, no a la existencia de la penalidad, sino a su monto o cuantía. Al igual que con su propia existencia, no se puede ser ambiguo en cuanto a los alcances o cuantía de la penalidad. Aquí siempre resultará necesario efectuar una interpretación de carácter restrictivo, por la natural primacía de un criterio de equidad, de acuerdo con conceptos antes desarrollados.

Por otro lado, como expresa Kemelmajer de Caducci,³⁶ el Derecho italiano plantea solución distinta a la expuesta, en torno a la formalidad que debe

³⁶ KEMELMAJER A. Ob. Cit. Pág. 53.

cumplir la cláusula penal. El Código Civil Italiano de 1942 en sus artículos 1341 y 1342 dispone que:

«Las condiciones generales del contrato establecidas por uno de los contratantes serán eficaces respecto del otro si en el momento de la conclusión del contrato éste las ha conocido o hubiera debido conocerlas usando la diligencia ordinaria. En todo caso no tendrá efecto, si no fuesen específicamente aprobadas por escrito las condiciones que establezcan a favor del que las ha impuesto, limitaciones de responsabilidad, facultades de rescindir el contrato o suspender su ejecución, o sancionen a cargo del otro contratante caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones con terceros, prórroga o renovación tácita del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones a la competencia de la autoridad judicial».

La profesora citada añade que dicho cuerpo normativo prescribe que:

En los contratos concluidos mediante la firma de formularios dispuestos para disciplinar de modo uniforme determinadas relaciones contractuales, las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las del formulario cuando fuesen incompatibles con éstas, aunque las últimas no hubiesen sido canceladas.

En este orden de ideas, Andrea Magazzu,³⁷ considera que siempre que la cláusula penal se inserta entre las condiciones generales del contrato o que haya sido incluida en formularios, requerirá la forma escrita. Más explícitamente, Trimarchi³⁸ entiende que en el caso de cláusulas insertas en formulario es menester distinguir si ellas están impuestas a favor del deudor de la obligación principal o del acreedor.

³⁷ MAGAZZU A. Clausula Penal. En Enciclopedia del Diritto. 1960, tomo VII. Citado por KEMELMAJER A. Ob. Cit. Pág. 53.

³⁸ TRIMARCHI M. Ob. Cit. Pág. 139. Citado por KEMELMAJER A. Ob. Cit. Pág. 53 y 54.

Solo en este último caso, precisa el citado autor, se requiere la forma escrita, pues no se puede imponer al deudor una pena, si específicamente no resulta su efectiva participación (mediante la aprobación por escrito) en la formación del consentimiento. Por nuestra parte, y con relación a la formalidad de las cláusulas penales que estén comprendidas en contratos por adhesión o celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación, esa formalidad será -como disposiciones accesorias que son las cláusulas penales las misma de los contratos que integren.

Precisamos que el Código Civil Peruano otorga a este tema una amplia regulación entre sus artículos 1390 y 1401. Nosotros no vamos a ingresar a esta materia porque ella es de orden específicamente contractual. Ahora bien, un problema en torno a la forma que debe adoptar la pena convencional radica, como expresa Lobato de Blas,³⁹ en el hecho de si la cláusula penal debe estar sujeta o no a las mismas formalidades previstas para la obligación principal. Ello como consecuencia de considerarse a la pena convencional en su relación con la convención principal que garantiza. El aspecto señalado se refiere -como indica Lobato de Blas- al supuesto de una cláusula penal considerada no como integrante de un negocio principal, sino como un negocio separado, es decir, que su constitución se haya realizado con posterioridad al que originó la obligación principal y en un documento independiente. El dilema que aquí se plantea es el determinar si en el documento en el que se estipula la cláusula penal han de concurrir o no las mismas formalidades que en el otorgamiento de aquel en que se pactó la obligación principal. Asimismo, este problema podría presentarse como bien lo hace notar Kemelmajer de Carlucci⁴⁰ aun cuando habiéndose estipulado en el mismo instrumento, la pena exija, por su naturaleza, una forma más rigurosa que la de la obligación principal.

³⁹ LOBATO J. Ob. Cit. Pág. 136.

⁴⁰ KEMELMAJER A. Ob. Cit. Pág. 52.

En este sentido, un grupo minoritario de autores propugna la no sujeción de la pena convencional a las formalidades de la obligación principal, cuyo cumplimiento garantiza. Peirano Facio,⁴¹ principal representante de este parecer, se ha pronunciado por el principio de la independencia de las formas, fundado no solo en la carencia de una norma legal que obligue a seguir la forma de la principal, sino también en algunos antecedentes de Derecho antiguo.

Además -agrega el autor citado- la regla de que lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal es solo en razón de la «existencia » (si una es nula, también lo es la otra) y no en razón de la «naturaleza », porque lo contrario, podría llevar a conclusiones absurdas. Por otro lado, un amplio sector de la doctrina argumenta que la cláusula penal -convenida con posterioridad al momento en que se estipuló la obligación principal- debe seguir la misma formalidad que se pactó, en su oportunidad, para la convención que garantiza.

Siguiendo esta línea de pensamiento, Van Thuro⁴² señala que [...] la pena convencional puede prometerse al celebrarse el contrato principal o en un momento posterior y puesto que con ella no se hace más que ampliar el radio de la obligación del deudor, la promesa de la pena convencional debe sujetarse a la misma forma que la promesa principal.

Compartiendo lo expresado, Lobato de Blas⁴³ manifiesta que el hecho de que la cláusula penal adopte las mismas formalidades que la obligación principal cuyo cumplimiento garantiza, encuentra justificación en la idea de accesoriedad. En este sentido, el profesor español recoge las palabras de

⁴¹ PEIRANO J. Ob. Cit. Pág. 118. Citado por KEMELMAJER A. Ob. Cit. Pág. 52 Y 53.

⁴² VAN A. Ob. Cit. Pág. 236. Citado por LOBATO J. Ob. Cit. Pág. 136.

⁴³ LOBATO J. Ob. Cit. Pág. 136.

Hernández Gil,⁴⁴ quien indica que la distinción entre prestaciones principales y accesorias «traduce la idea de que la prestación tenga entidad autónoma o, por el contrario, sólo pueda existir en dependencia de otra prestación a la que aparece subordinada». Con la misma idea, Lobato de Blas adopta el pensamiento de Albaladejo, quien al respecto afirma que «en cuanto a las obligaciones accesorias, debe señalarse que, por razón de su dependencia, corren la suerte de la que sea su principal».

Siguiendo este criterio, Lobato de Blas⁴⁵ expresa que es lógico pensar que si la accesoriedad lleva como consecuencia el que la obligación accesoria siga la misma suerte que la obligación de que dependa, tal característica o efecto habrá de aplicarse no solo en los momentos últimos de la vida de la obligación (nulidad, extinción, etc.), sino también en los primeros, como es el momento de la constitución.

Abundando en los mismos conceptos, Lobato de Blas agrega que [... la denominación usual de la figura en estudio, cláusula penal, viene dada, como se ha dicho, por su común inclusión en el negocio principal (siguiendo entonces, consecuentemente, todos los requisitos formales del mismo), pero en caso de pactarse en forma separada ¿no llevaría a perplejidad el que en ese supuesto le fueran concedidas distintas formalidades?

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci⁴⁶ también se adhiere a la tesis que aplica la regla de la accesoriedad. En este sentido, la profesora argentina toma las palabras de Von Wetter,⁴⁷ quien señala que «en cuanto a la forma basta un simple pacto si la cláusula va unida a un contrato de buena fe, pero si va unida a un contrato de estricto derecho, es necesaria una estipulación».

⁴⁴ HERNÁNDEZ A. Derecho de Obligaciones. Madrid: 1960. Pág. 127. Citado por LOBATO J. Ob. Cit. Pág. 136.

⁴⁵ LOBATO J. Ob. Cit. Pág. 137.

⁴⁶ KEMELMAJER A. Ob. Cit. Pág. 54 y 55.

⁴⁷ *Ibidem*. Pág. 54.

Bajo esta perspectiva, entiende Kemelmajer de Carlucci que si no existe forma especial prevista por la ley, la cláusula penal puede pactarse por cualquier medio, sin perjuicio de las dificultades probatorias que puedan presentar algunas de ellas. Precisa, sin embargo, que si la ley la ha establecido debe distinguirse entre formas ad probationem y ad solemnitatem. En este último caso si la cláusula, por ejemplo, accede a una donación de inmuebles o a una transacción que versa sobre derechos litigiosos, la accesoria deberá estipularse como requisito de validez en instrumento público o constar por escrito y presentada al juez de la causa, firmada por los interesados. En cambio -concluye Kemelmajer de Carlucci-, si las formas se imponen ad probationem, la cláusula se podrá estipular por cualquier medio, pero solo podrá ser acreditada en juicio si se instrumentó de la manera ordenada por la ley para la principal.

Busso⁴⁸ comparte lo expresado por Kemelmajer de Carlucci, pues considera que «si la cláusula penal accede a un acto que tiene formas especiales, debe la cláusula convenirse con las formalidades propias a dicho acto». Por nuestra parte, consideramos que el Código Civil Peruano de 1984, en torno a este tema, se adhiere a la regla de la accesoriidad. Es cierto que nuestra legislación civil carece de norma expresa sobre el particular; sin embargo -siguiendo el pensamiento de Bustamante Alsina,⁴⁹ al ser la cláusula penal una obligación accesoria convenida por las partes, se rige por los principios generales de la forma y prueba de los contratos. Dentro de tal orden de ideas, el artículo 1352 del Código Civil Peruano prescribe que «los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad».

En consecuencia, si la cláusula penal va unida a un contrato que no requiere forma especial prevista por la ley, basta el simple pacto o cualquier medio

⁴⁸ BUSSO B. Ob. Cit. Pág. 455.

⁴⁹ BUSTAMANTE J. Ob. Cit. Pág. 172.

para constituirla, sin perjuicio de las dificultades probatorias que puedan presentarse. En cambio, si dicha cláusula va unida a un contrato cuya formalidad ha sido expresamente señalada por la ley como requisito de validez, entonces deberá estipularse sujetándose a la misma forma prevista para el contrato cuyo cumplimiento garantiza.

Por otro lado, debe aclararse -como lo expresa Kemelmajer de Carlucci⁵⁰ que siendo la cláusula penal un negocio jurídico con estructura propia, es factible que por su propio objeto requiera, ella misma, de determinada solemnidad. La profesora argentina señala como ejemplo el caso en el que se pactara que la falta de cumplimiento de una obligación principal, determinará la del deudor de donar cierto inmueble a un tercero. Producido el incumplimiento de la obligación principal, si el «donatario» exige el cumplimiento de la donación deberá acreditar que esta se formalizó en escritura pública.

Concluye la citada profesora afirmando que cuando la pena exija, por su naturaleza especial, que conste en instrumento público, ella deberá documentarse en la forma que el régimen general le imponga, dejando de lado el principio de accesoriedad. En esta línea de pensamiento, Lobato de Blas⁵¹ expresa que no sería suficiente el carácter de accesoriedad respecto de la obligación principal, para que tal régimen pudiera ser derogado, al ser más severa la forma exigida para la pena. Debe concluirse, según dicho autor, que en tales casos la pena convencional deberá constar en la forma que el régimen general le imponga, al ser más estricto que el impuesto a la obligación principal, y no sería paliativo de su posible nulidad el argumento de que la obligación principal, de la que es accesoria, consta en forma distinta.

⁵⁰ KEMELMAJER A. Ob. Cit. Pág. 55.

⁵¹ LOBATO J. Ob. Cit. Pág. 138.

La cláusula penal ha de seguir en su constitución las mismas formalidades exigidas para la obligación principal de la que depende. Salvo, claro está, los casos en que la pena convencional, por su propia naturaleza, requiera de una determinada formalidad, más estricta que la impuesta a la obligación principal. Eso resulta evidente. En estos supuestos, por más accesoria que fuese, no podría válidamente constituirse dicha penalidad en caso de no cumplirse con la formalidad solemne establecida por la ley. Sin forma solemne no hay acto o, dicho en los términos de la ley peruana, el acto sería nulo.

Por lo demás, lo reiteramos, el tema solo tendrá relevancia cuando la penalidad se convenga con posterioridad al acto cuya obligación garantiza. Si se tratara de una penalidad incluida en el mismo acto, entonces resultará evidente que este deberá cumplir con la formalidad más severa que imponga la más formal de sus estipulaciones o cláusulas. Siendo ello así, es decir, si se sigue la citada regla, la penalidad siempre será válida y nunca carecerá del mencionado requisito de solemnidad.

5. MODALIDADES DE LA CLÁUSULA PENAL

La cláusula penal, al igual que cualquier acto jurídico, puede estar sometida a modalidades, como son el plazo, la condición y el cargo. En este sentido se pronuncia Bustamante Alsina,⁵² quien expresa que la estipulación de la cláusula penal puede sujetarse a todas las modalidades propias de las obligaciones en general: condiciones, plazos y cargos.

Kemelmajer de Carlucci⁵³ no encuentra impedimento en sostener que la falta de cumplimiento de la obligación principal provocará la obligación de entregar determinada suma de dinero, la que deberá hacerse efectiva en el término de un año contado a partir de la interpelación que efectúe el

⁵² BUSTAMANTE J. Ob. Cit. Pág. 173.

⁵³ KEMELMAJER A. Ob. Cit. Pág. 56-58.

acreedor de la pena, o que esta suma se pagará bajo la condición de que en ese año agrícola el deudor haya tenido cosecha abundante, etc.

Kemelmajer de Carlucci dice que es de mucha importancia si se lo vincula al profundo problema de la exigibilidad de la cláusula penal. En efecto, si la pena no está sometida a ninguna modalidad, considera que ella se hace exigible desde que se torna en talla principal, por efecto de la accesoriedad. Señala como ejemplo, el que se estipule que la falta de pago de la obligación de entregar el inmueble vendido en el plazo fijado, hará pasible al vendedor de una pena, consistente en determinada suma de dinero. Vencido el plazo fijado para la principal se torna exigible la cláusula penal, pero tal como se ha dicho, «ningún impedimento legal existe para que sea la propia cláusula la que esté sometida a una modalidad, en cuyo caso la exigibilidad de la principal no opera la de la cláusula hasta tanto se opere el hecho previsto para habilitar al acreedor a requerir la accesoría».⁵⁴

No existe inconveniente para que la cláusula penal pueda estar sujeta a todas las modalidades propias de los actos jurídicos en general, como son el plazo, la condición o el cargo. Por consiguiente, a este tema le son aplicables las normas contenidas en el Título V, Libro Segundo, del Código Civil Peruano de 1984. Sin embargo, resulta conveniente efectuar algunas precisiones al respecto.

La primera radica en distinguir si las modalidades se refieren al contrato en su conjunto, es decir, al acto del cual derivan la cláusula penal y la obligación principal que está destinada a garantizar; o si la modalidad solamente se refiere a la cláusula penal. En el primer caso resulta evidente que al estar el acto en su conjunto afectado a la modalidad pactada, ello acarrearía como consecuencia que tanto la obligación principal como la pena se encuentren sujetas a la referida modalidad. Así, se haría necesaria la

⁵⁴ OSTERLING F. Tratado de las Obligaciones. Volumen XVI, Cuarta Parte, Tomo XV, Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Fondo Editorial; 2003. Pág. 2567.

aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, de manera tal que habrá que apreciar cómo afectará la modalidad convenida el funcionamiento de la obligación principal, y de allí derivar que en la misma medida afectará a la obligación accesoria o penalidad.⁵⁵

Pero la modalidad o las modalidades de los actos jurídicos pueden estar referidas única y exclusivamente a la cláusula penal y no a la obligación principal, situación que constituye el segundo de los supuestos que hemos anotado. Sería el caso, describiendo las diferentes situaciones que se pueden presentar, de un contrato cuya obligación principal sea simple y la cláusula penal se encuentre sujeta a condición suspensiva, vale decir, que la cláusula penal solo se ejecutará si es que acaece un hecho futuro e incierto que se hubiere convenido como condición.

En estos casos, además de producirse el incumplimiento de la obligación principal, resultará imprescindible que se produzca el hecho condicionante, para que con el concurso de estos dos elementos el acreedor pueda exigir y el deudor deba cumplir con la pena condicional. Por otra parte, resulta discutible en el plano teórico y práctico, la posibilidad de que se pacte una cláusula penal sujeta a condición resolutoria, en la medida que la cláusula penal solo resultará exigible a partir del incumplimiento de la obligación principal.

Es evidente, además, que en el Derecho Peruano también podemos referirnos al plazo, como modalidad de la cláusula penal. Aquí aludimos tanto al plazo suspensivo como al plazo resolutorio. Si se tratase de un plazo suspensivo, significaría que la cláusula penal solo podría ser exigida por el acreedor al ocurrir, en adición al incumplimiento del deudor, el vencimiento de dicho plazo. Es decir, en otras palabras, no bastaría con el incumplimiento de la obligación principal para que el acreedor pudiera exigir

⁵⁵ *Ibídem.* Pág. 2567.

la penalidad pactada. Sería necesario, además, el vencimiento del plazo suspensivo al cual estaba sujeta dicha penalidad.⁵⁶

En cuanto a la cláusula penal con plazo resolutorio, le aplicamos los mismos conceptos que en el caso de la condición resolutoria. Finalmente, el cargo o modo también resultaría factible de presentarse en materia de cláusula penal. Sin embargo, debe advertirse que esta modalidad de los actos jurídicos no se prevé para ser ejecutada por el deudor de la obligación principal, sino por el acreedor. Es más, puede citarse nuevamente como típico ejemplo de un cargo o modo aquel en el cual se celebra un contrato de donación en virtud del cual el donante se obliga a transferir al donatario la propiedad de un bien inmueble, asumiendo el donatario el cargo de colocar todos los domingos flores en la tumba de los padres del donante.⁵⁷

Es evidente que el cargo consiste en una prestación, pero su ejecución no resulta lo suficientemente apreciable para el Derecho (en términos de importancia patrimonial y jurídica), como para considerarla una contraprestación. Así, resulta claro que una donación con cargo es, como cualquier otra donación que no lo tuviere, un contrato de prestación unilateral, no siendo clasificado por la doctrina como un contrato con prestaciones recíprocas.

Entonces, retomando el tema del cargo en torno de las obligaciones con cláusula penal, él no podría consistir en un deber asumido por el propio deudor de la cláusula penal, sino en un deber del acreedor y esta afirmación obedece a que si el cargo tuviese que ser ejecutado por el propio deudor de la cláusula penal (es decir, por el deudor de la obligación incumplida), no se trataría verdaderamente de un cargo, sino de parte de dicha penalidad.⁵⁸

⁵⁶ *Ibídem.* Pág. 2567.

⁵⁷ *Ibídem.* Pág. 2567.

⁵⁸ *Ibídem.* Pág. 2567.

6. CONDICIONES DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

La doctrina señala dos condiciones generales para la aplicación de la cláusula penal: la existencia de una obligación principal válida y la validez de la pena estipulada.

a) La existencia de una obligación principal válida

Dada la naturaleza de la cláusula penal, como medida de garantía para el cumplimiento de las obligaciones, aparece como primera condición para que se aplique, la existencia de una obligación principal válida. No cabe duda acerca del requisito de validez en la obligación principal. Como señala Díez Picazo,⁵⁹ «la cláusula penal se encuentra en una relación de dependencia con la obligación principal, y de esta accesoriedad se desprende que la obligación principal ha de ser válida, para que sea válida la cláusula penal».

En el mismo sentido se pronuncia Castán Tobeñas,⁶⁰ quien manifiesta que «para la constitución válida de la cláusula penal se requiere la existencia de una obligación principal válida». En esta línea de pensamiento, el artículo 1344 del Código Civil Peruano de 1984, oportunamente estudiado, determina que la nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal.

b) Validez de la cláusula penal estipulada

La segunda de las condiciones para la aplicación de la cláusula penal es la validez de la pena estipulada. Para determinar tal validez debe tenerse en cuenta lo expresado anteriormente en torno al estudio de los elementos de la cláusula penal. Asimismo conviene dejar en claro, siguiendo a Albaladejo,⁶¹

⁵⁹ DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN. Ob. Cit. Pág. 573 y 574.

⁶⁰ LOBATO J. Ob. Cit. Pág. 149.

⁶¹ ALBALADEJO M. Ob. Cit. Pág. 322.

que obviamente la pena sólo puede aplicarse si una vez establecida, sigue en vigor al producirse el incumplimiento que sancionaba. La pérdida de vigor puede proceder de distintas causas, pero principalmente de que los interesados después de establecerla la hayan derogado (expresa o tácitamente) o que se hayan alterado los supuestos para los cuales se pactó (lo que encerrará derogación tácita por aquéllos).

El artículo 1328 del Código Civil establece que son nulas, es decir no surten efecto alguno, todas aquellas cláusulas o pactos que estén orientados a limitar la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable, con lo cual en concordancia con lo señalado por Juan Espinoza Espinoza⁶² son válidas las cláusulas limitativas de responsabilidad por culpa leve. Además de este dispositivo legal tenemos otros como los artículos 1321 y 1986 del Código Civil.

Con respecto a estas cláusulas, también se le denominan cláusulas abusivas o cláusulas vejatorias, siendo que las mismas han sido clasificadas por el autor español Luis Diez Picazo⁶³ en tres rubros: (i) cláusulas que exoneran de responsabilidad al deudor, (ii) cláusulas que limitan la responsabilidad del deudor y (iii) cláusulas de agravación de la responsabilidad del deudor, siendo que dentro de este último rubro podemos encontrar a la cláusula penal, que siguiendo la postura de Juan Espinoza encuadra dentro de lo establecido en el artículo 1346 del Código Civil que permite reducir la penalidad.

Debemos de precisar que las cláusulas limitativas de responsabilidad, distintas de las cláusulas exonerativas que eliminan cualquier supuesto de indemnización, son plenamente válidas y resultan ser de gran utilidad puesto

⁶² ESPINOZA J. Derecho de la Responsabilidad Civil. Lima: Gaceta Jurídica Editores 4ta Edición; 2006. Pág. 711.

⁶³ DIEZ L. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, las relaciones obligatorias. Madrid: Civitas; Tomo II, 1996. Pág. 615. Citado por ESPINOZA Juan Ob. Cit. Pág. 119-120.

que el uso de estas reduce los gastos en los que tendrán que incurrir las partes a efectos del pago de la indemnización correspondiente ya sea por el incumplimiento, cumplimiento defectuoso, cumplimiento tardío o incumplimiento parcial; estas clases de cláusulas lo que hacen es darle rapidez al momento patológico de la relación jurídico – obligacional, pero esta ventaja en ningún sentido podrá superar a los daños causados por un incumplimiento doloso o donde haya mediado culpa inexcusable, por eso hace bien el ordenamiento jurídico al prescribir la nulidad de todo pacto que limite la responsabilidad cuando haya mediado dolo o culpa inexcusable.

Además a decir de José León Barandiarán,⁶⁴ como el dolo entraña un elemento de mala, la ley no puede darle su acogida, aceptando la cláusula anticipada de su liberación. Tal cláusula significaría de otra parte, comprometer la seriedad del vinculum iuris, dejando al arbitrio del deudor su cumplimiento. De otro lado la culpa inexcusable se extiende también a la prohibición del pactum de dolo nom praestando. La torpeza supina es asimilable a la mala fe. Y de otro lado, la ley resultaría auspiciando el que no se pusiese los más elementales cuidados y la más ordinaria atención en cuanto al cumplimiento de las obligaciones.

Como ya se ha mencionado, no todos los pactos que limitan la responsabilidad son nulos, puesto que son nulos solo aquellos que limitan la responsabilidad cuando haya mediado dolo o culpa inexcusable, ante lo cual para un mejor entendimiento de nuestra postura debemos de señalar que se entiende por dolo y culpa inexcusable.

Por noción de dolo tenemos que según Guido Alpa⁶⁵ la intencionalidad del daño es la característica del dolo, asimismo Juan Espinoza Espinoza⁶⁶ ha

⁶⁴ LEON J. Tratado de Derecho Civil, Las Obligaciones. Lima: WG Editor; tomo III, volumen 2, 1992. Pág. 624-626

⁶⁵ ALPA G. Responsabilidad Civil y Daño. Lima: Gaceta Jurídica; Traducción de Juan Espinoza Espinoza, 2001. Pág. 252

señalado que, la noción de dolo coincide con la voluntad del sujeto de causar el daño; en posición contraria se encuentra Yuri Vega Mere⁶⁷ quien señala que aunque actualmente se ha discutido si lo que el deudor pretende y desea deliberadamente es causar daño al acreedor, lo cierto es que en la actualidad este dato pasa a ser un extremo de escasa importancia. En realidad cuando el deudor actúa dolosamente, su comportamiento suele responder a la decisión de distraer los esfuerzos y energías con que debió obrar ante el acreedor.

Es indiferente para el acreedor y además sería una prueba compleja, probar que el deudor quiso causarle un perjuicio al incumplir la obligación; así pues el hecho deliberado de no cumplir con la prestación debida o el hecho deliberado de cumplirla defectuosamente son manifestaciones de dolo, lo planteado por Yuri Vega Mere encuentra un mayor asidero si tenemos que nuestro Código Civil en su artículo 1318 no señala que actúa con dolo quien tiene a intención de causar daño, sino que quine de manera deliberada no ejecuta su prestación.

Con respecto a la culpa inexcusable, Juna Espinoza Espinoza⁶⁸ ha señalado que culpa grave, es el no uso de la diligencia que es propia de la absoluta mayoría de los hombres, es decir, quien ha tenido una conducta tal no ha hecho lo que todos los hombres hacen comúnmente.

El artículo 1319 del Código Civil define como culpa inexcusable, que coincide con el concepto de culpa grave, a la negligencia grave, así pues la jurisprudencia ha señalado como un ejemplo de culpa inexcusable lo siguiente:

⁶⁶ ESPINOZA J. Ob. Cit. Pág. 143-144

⁶⁷ VEGA Y. Dolo en el Condigo Civil comentado. Lima: Gaceta Jurídica Editores; tomo VI Edición segunda. Pág. 669-671

⁶⁸ ESPINOZA J. Ob. Cit. Pág. 139.

“Constituye negligencia grave que el transportista teniendo la mercadería a su cargo, desde el momento en que la carga es entregada a ella para ser conducida a su lugar de destino, no se ha preocupado de cuidarla durante su escala en Madrid – España, lo que ha originado su pérdida. La culpa inexcusable del transportista implica la omisión temeraria a sabiendas de que probablemente causaría daño”.



CAPÍTULO II

EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

1. CONCEPTO Y ELEMENTOS

Según Planiol tenemos que:

"Si el deudor no cumple su obligación cuando y como debiera, el acreedor tiene el derecho de obtener una indemnización por daños y perjuicios, es decir, una suma en dinero equivalente al provecho que hubiera obtenido del cumplimiento efectivo. y exacto de la obligación, a título de indemnización por el perjuicio sufrido".⁶⁹

⁶⁹ PLANIOL M. y RIPERT J. Tratado práctico de Derecho Civil francés. Tomo VII, Las Obligaciones (segunda parte), No. 821. Pág. 132

Indemnizar es poner a una persona en la misma situación si no se hubiese producido el hecho que obliga a la indemnización. Para que proceda la indemnización de daños y perjuicios se requiere la concurrencia de tres elementos:

a) La inejecución de la obligación

Cuando el deudor incumple la obligación, o la cumple en forma parcial, tardía o defectuosa, sea por acción o por omisión. Ante ello será el juez quien decida en cada caso, la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Sin embargo el acreedor debe demostrar la existencia de las obligaciones de dar y de hacer y, en el caso de las obligaciones de no hacer, probar además el incumplimiento. De otro lado el deudor en las obligaciones de dar y de hacer debe demostrar el cumplimiento; según el artículo 1229 del Código Civil, es por ello que el deudor puede retener el pago mientras no le sea otorgado el recibo correspondiente.⁷⁰

b) La imputabilidad del deudor

Para que el daño sea imputable se requiere un nexo causal entre la acción o la omisión del deudor y la inejecución de la obligación. Para los efectos indemnizatorios interesa el daño que constituye una consecuencia del hecho o de la omisión que obliga a reparar. La situación de imputabilidad del deudor está vinculada, en realidad, a los factores siguientes:⁷¹

- El dolo o la culpa determinan responsabilidad, la ausencia de culpa exonera de ella

⁷⁰ OSTERLING F. La indemnización de daños y perjuicios. En OSTERLING F. Inejecución de Obligaciones. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; 1984. Pág 398. Consultado el 23-01-15. Disponible en: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos.pdf>.

⁷¹ Idem.

- El deudor en mora es responsable de los daños y perjuicios que ocasiona el retardo, mientras que el deudor no constituido en mora no incurre en responsabilidad
- El deudor exonerado, por pacto, de responsabilidad, en los casos que la ley lo admite, no está obligado a indemnizar por los daños y perjuicios resultantes del incumplimiento, mientras que en ausencia de este convenio sí lo está.

Sólo cabe observar que la prueba de la exoneración de responsabilidad corresponde al deudor. La inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso hace que se presuman, conforme al artículo 1329 del Código Civil, la culpa del deudor.

c) El daño

El daño es todo detrimento que sufre una persona por la inejecución de la obligación. El daño, para ser reparado, debe ser cierto; no eventual o hipotético. Así lo establece el Código Civil Peruano.⁷²

2. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

2.1. Cuándo procede el pago de la indemnización de daños y perjuicios.

Para la existencia de un daño contractual resarcible no es suficiente que se incumpla la obligación y que el incumplimiento sea imputable al deudor. Es necesario, además un perjuicio. Toda reclamación de daños y perjuicios, aunque se funde en un derecho inobjetable a exigirlos, requiere la prueba de su existencia. Para declarar la responsabilidad no basta probar judicialmente la infracción de la obligación; es preciso demostrar la existencia de los daños y perjuicios. Es por ello que el artículo 1331 del Código Civil establece que

⁷² OSTERLING F. La indemnización de daños y perjuicios. Ob. Cit. Pág. 399.

"la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".⁷³

El incumplimiento de un contrato no origina necesariamente el derecho a una indemnización, debe haber un daño. Si el deudor incumple su obligación por dolo o por culpa y el acreedor no sufre daño alguno, entonces no hay lugar a la indemnización.⁷⁴

El principio general admite excepciones, las que se presentan en las obligaciones con cláusula penal y en las obligaciones de dar sumas de dinero. Cuando se ha estipulado la obligación con cláusula penal, el acreedor no tiene que probar el monto de los daños y perjuicios que le ha irrogado el incumplimiento (artículo 1343 del Código Civil). Pero en la legislación peruana deberá hacerlo, cuando el deudor solicita la reducción de la pena, en el caso previsto por el artículo 1346 del Código Civil. Esta regla autoriza al Juez, a solicitud del deudor, a reducir equitativamente la pena cuando es manifiestamente excesiva, y ello obliga a que ambas partes, tanto el acreedor como el deudor, se pronuncien sobre el monto de los daños y perjuicios. El primero, el acreedor tratando de demostrar su existencia y su cuantía para evitar que sea reducida la cláusula penal. El segundo, el deudor tratando de probar su inexistencia, para obtener la reducción.⁷⁵

En estos casos el juez está facultado a reducir equitativamente la pena, pero que no está ni obligado ni facultado para suprimirla. La indemnización pactada por la cláusula penal, siempre subsiste. En las obligaciones de dar sumas de dinero sucede algo similar respecto a la prueba de los daños y perjuicios. Cuando no existe pacto entre las partes, la demora en entregar una suma de dinero se repara con el interés legal; aquí el acreedor no tiene

⁷³ OSTERLING F. La indemnización de daños y perjuicios. Ob. Cit. Pág 400.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ Idem.

que probar la existencia o el monto de los daños y perjuicios. Así lo establece el artículo 1324 del Código Civil.⁷⁶

Igual solución prevalece cuando las partes han estipulado un interés convencional moratoria, dentro de los límites autorizados por el legislador, para los mismos casos de demora en la entrega de una suma de dinero. Aquí el acreedor tampoco tendrá que probar la existencia o cuantía de los daños y perjuicios (artículo 1324 del Código Civil). En otros casos la regla es distinta en cuanto a la determinación de los daños y perjuicios: cuando el legislador ha fijado un límite al monto de la indemnización, el acreedor no tendrá el derecho de exigir la reparación sino hasta ese límite. En estos supuestos, si bien subsiste para el acreedor la obligación de probar los daños y perjuicios sufridos, su cuantía está limitada por la ley según el artículo 1719 del Código Civil.⁷⁷

2.2. En qué consiste la indemnización de daños y perjuicios y cómo se abona.

La indemnización de daños y perjuicios es el pago de una suma de dinero, sin embargo, esta solución no se acepta unánimemente, pues algunos tratadistas piensan que puede condenarse, a veces, a reparaciones más adecuadas al perjuicio causado.⁷⁸ La indemnización de daños y perjuicios, como equivalente, es concedida por el Código Civil Peruano sólo en la forma de un capital y no de una renta vitalicia, como sucede, en algunos casos, en la legislación francesa. El juez no tiene en el Perú la libertad para ordenar el pago de la reparación más apta.⁷⁹

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ PLANIOL M. y RIPERT J. Tratado práctico de Derecho Civil francés. Ob. Cit. Pág. 133.

⁷⁹ OSTERLING F. La indemnización de daños y perjuicios. Ob. Cit. Pág 401.

La regla de que la indemnización siempre se traduce en el pago de una suma de dinero tiene una excepción: en el caso de la cláusula penal es posible que el acreedor y el deudor estipulen que por la inejecución, mora o violación de un pacto determinado, la reparación esté constituida por una prestación distinta al dinero. La reparación, en estos casos, puede consistir en cualquier obligación de dar o en una obligación de hacer o de no hacer.⁸⁰

2.3. Cómo se determinan los daños y perjuicios.

El problema de los daños y perjuicios por la inejecución de las obligaciones emanadas del contrato conduce a decidir si ellos deben determinarse según el día en que se produjo la inejecución o según el día en que se dicta la sentencia condenatoria. El tema es de singular importancia, pues estando constituida la indemnización generalmente por una suma de dinero, ella puede ser insuficiente, si se calcula su cuantía al día en que se produjo el daño, para reparar los perjuicios el día de la sentencia. El problema está vinculado a la devaluación monetaria y alza de los materiales, mano de obra y, en general, de los bienes objeto de la obligación. La indemnización, en nuestro concepto, debe ser igual al valor del perjuicio en el día en que se dicte la sentencia condenatoria: ella debe permitir que el acreedor, sin desembolsos adicionales, reponga las cosas al estado en que debían encontrarse de haberse cumplido la obligación. De lo contrario no se resarciría íntegramente el daño.⁸¹

La indemnización, si apreciamos pecuniariamente el monto de los perjuicios al día del incumplimiento y no del pago, conduciría a permitir que el deudor, aquel que no ejecutó la obligación por dolo o por culpa, se enriqueciera a costa del acreedor, que sólo ejercitó un legítimo derecho: exigir en su oportunidad el cumplimiento de una obligación válidamente contraída.⁸²

⁸⁰ Idem.

⁸¹ Idem.

⁸² Idem.

2.4. Daño emergente y lucro cesante.

La indemnización debe comprender todo lo necesario a fin de colocar al acreedor en la misma situación jurídica en que se encontraría si la obligación hubiese sido cumplida. Por eso, el acreedor tiene el derecho de exigir las pérdidas sufridas y las utilidades frustradas. Las pérdidas que sufre el acreedor como consecuencia de la inejecución de la obligación corresponden al daño emergente y las utilidades que deja de percibir, con motivo de la misma inejecución, corresponden al lucro cesante. El daño emergente es el empobrecimiento del patrimonio del acreedor. El lucro cesante corresponde al legítimo enriquecimiento que se frustró (artículo 1321 del Código Civil).⁸³

La prueba del daño emergente es relativamente sencilla. La prueba del lucro cesante es más compleja. El lucro cesante no puede acreditarse generalmente en forma directa. Entonces, cuando la ganancia podía esperarse con probabilidad, debe suponerse que esa ganancia se hubiera hecho, ya que todo hombre común suele hacerla. Por eso el lucro cesante es aquello que según las circunstancias pudiera haberse esperado con probabilidad.⁸⁴

2.5. Daños compensatorios y moratorias.

Los daños y perjuicios revisten dos formas: compensatorios y moratorias. En rigor ambos, los daños y perjuicios moratorias y los daños y perjuicios compensatorios, son compensatorios, pues los primeros, simplemente, están destinados a resarcir el retraso que se produce en el cumplimiento de la obligación.⁸⁵

⁸³ OSTERLING F. La indemnización de daños y perjuicios. Ob. Cit. Pág. 403.

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ OSTERLING F. La indemnización de daños y perjuicios. Ob. Cit. Pág. 404.

Los daños y perjuicios compensatorios son los que se acuerdan al acreedor por la inejecución de la obligación. Se trata de una ejecución por equivalente; los daños y perjuicios entran en lugar de la prestación prometida y compensan la falta de cumplimiento.⁸⁶

Los daños y perjuicios moratorias son los que el deudor está obligado a abonar al acreedor por el retraso en el cumplimiento de la obligación. Después de algún retardo el deudor ejecuta su obligación; pero debe indemnizar al acreedor por este retardo. Los daños y perjuicios compensatorios y moratorias se rigen por las mismas reglas. Sin embargo, para que el acreedor exija daños y perjuicios moratorias es siempre necesario que el deudor sea constituido en mora, salvo las excepciones previstas por la ley; mientras que para exigir daños y perjuicios compensatorios no siempre es necesaria la constitución en mora del deudor y generalmente los determina el juez, soberanamente, en razón de los perjuicios sufridos por el acreedor.⁸⁷

2.6. Daños previstos o que se pudieron prever y daños imprevistos.

De acuerdo con el Código Civil Peruano (artículo 1321), en el caso de culpa leve el deudor sólo responde de los daños que podían preverse al tiempo de constituirse la obligación. Y, en aplicación de la misma regla, en caso de que se inejecute la obligación por dolo o culpa inexcusable del deudor, éste responderá de los daños previstos e imprevistos. Cuando se trata de los daños y perjuicios previstos, los alcances del precepto son muy simples: él se refiere a aquellos que, según se deriva del contrato, las partes tuvieron en cuenta al contraer la obligación. Las dificultades se presentan al tratarse de

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ Idem.

determinar cuáles son los daños y perjuicios que se pudieron prever y cuáles los que no se pudieron prever.⁸⁸

La apreciación de los daños y perjuicios que se pudieron prever o que no se pudieron prever, depende de la naturaleza de la obligación y, en definitiva, del criterio soberano del juez. Una observación sí es necesario formular. Lo previsible o imprevisible no puede considerarse en sentido absoluto sino relativo. En sentido absoluto todo hecho sería previsible y, por tanto, el deudor culpable tendría responsabilidad por todos los acontecimientos derivados de la inejecución de la obligación. En sentido relativo, lo previsible es aquello que las partes, razonablemente pudieron y debieron tener en cuenta, al tiempo de contratar; lo previsible es un factor que se aprecia considerando la naturaleza y circunstancia de la obligación.⁸⁹

2.7. Daños directos e indirectos.

El daño llamado indirecto o mediato, o sea aquel que es reflejo lejano del incumplimiento, no es resarcible, según el mismo artículo 1321 del Código Civil. Sólo es susceptible de indemnizarse el daño directo e inmediato. Este principio de causalidad jurídica supone un nexo, también inmediato, de causa a efecto, de manera que se pueda inferir que el daño no se habría verificado sin el evento doloso o culpable a que dio origen el deudor.⁹⁰

En el caso del daño indirecto, el nexo de causalidad entre el incumplimiento y el daño desaparece, en el sentido de que entre uno y otro se introducen factores extraños.

2.8. Daños intrínsecos y extrínsecos.

⁸⁸ OSTERLING F. La indemnización de daños y perjuicios. Ob. Cit. Pág. 408

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ OSTERLING F. La indemnización de daños y perjuicios. Ob. Cit. Pág 409.

Daños intrínsecos son los que afectan al bien objeto de la obligación. Daños extrínsecos los que afectan a los demás bienes del acreedor, aun cuando ellos también obedezcan a la inejecución de la obligación. Pothier decía que en caso de culpa el deudor respondía únicamente de los daños intrínsecos, que eran los previstos o los que se podían haber previsto al tiempo de concertar la obligación. Y en el caso de dolo, además, de los daños extrínsecos, o sea de aquellos imprevistos, que eran los que el deudor sufría en sus otros bienes. Pensamos, sin embargo, que esta clasificación ha sido desterrada del derecho moderno.⁹¹

2.9. Daños actuales y futuros.

Tiene singular importancia decidir si el juez, al fijar la indemnización, debe tener en cuenta sólo los daños actuales que sufre el acreedor por la inejecución de la obligación, o también los daños futuros. Es evidente que el juez no puede considerar los daños eventuales o hipotéticos. Pero sí está autorizado a tener en consideración los daños y perjuicios futuros, cuando su realización sea cierta y cuando el juez posea elementos que le permitan fijar su cuantía. Lo contrario significaría obligar al deudor a renovar su acción. Y esta solución no sólo sería absurda, sino además injusta, pues el acreedor podría verse confrontado con la cosa juzgada.⁹²

2.10. Daños propios y comunes.

Los daños propios son aquellos que afectan al acreedor por las especiales circunstancias en que se encuentra; por ejemplo, la falta de entrega de una suma de dinero, indispensable para que el acreedor pueda abonar una deuda y evitar el embargo de sus bienes. Los daños comunes son aquellos que afectan al acreedor en la misma medida en que usualmente afectaría a

⁹¹ *Ibíd.* Pág 410.

⁹² *Ibíd.* Pág 410.

otras personas; por ejemplo, la falta de entrega de una suma de dinero que el acreedor desea invertir.⁹³

3. FUNDAMENTO DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

La indemnización de daños y perjuicios está destinada a restablecer el estado de las cosas que se habían tenido en mira al concertar el contrato. La indemnización, en este orden de ideas, llenas una función de equivalencia para equilibrar los intereses económicos en juego. Por eso, los daños y perjuicios no constituyen una nueva obligación, sustitutoria de la obligación original. Ellos se deben en virtud de la obligación inicial, de la que son un objeto secundario.⁹⁴

El acreedor no puede renunciar previamente a la acción derivada de la inejecución de la obligación por dolo o por culpa inexcusable del deudor, siendo nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por esas causas (artículo 1328 del Código Civil). Esto demuestra, justamente, que el fundamento jurídico de la obligación de resarcir no depende de la libre voluntad de las partes, sino que se encuentra en el principio que prohíbe a todos causar un daño a sus semejantes.⁹⁵

El incumplimiento contractual infringe un derecho preconstituido que la ley garantiza. El acreedor, en la misma medida en que tiene el derecho de exigir la ejecución en especie, puede, en caso de inejecución, exigir la indemnización de los daños y perjuicios. Y no se diga que el derecho del acreedor a renunciar a la acción derivada de la inejecución de la obligación por culpa leve del deudor desvirtúa esta tesis, porque ello, simplemente, cae en la esfera de autónoma de la voluntad. En la misma medida en que opera

⁹³ *Ibídem*. Pág 410.

⁹⁴ OSTERLING F. La indemnización de daños y perjuicios. Ob. Cit. Pág 411.

⁹⁵ *Idem*.

la autonomía de la voluntad cuando el deudor, por pacto, se obliga a responder de la inejecución de la obligación por causas no imputables (artículo 1317 del Código Civil). O en la misma medida en que las partes pueden estipular una cláusula penal para el caso de inejecución, mora o incumplimiento de algún pacto determinado.⁹⁶

En nuestro derecho no es necesario que la ejecución directa de la obligación sea imposible para pedir la indemnización de daños y perjuicios. El acreedor, dentro de los límites que vamos a señalar, puede renunciar a la prestación en forma específica, y demandar, en cambio, el resarcimiento en dinero. La doctrina enseña que el hecho de pedir en los casos necesarios la prestación en forma específica, en lugar del equivalente, no es una obligación, sino una facultad del acreedor. Y que el acreedor, por consiguiente, puede elegir el equivalente en dinero. Y esta doctrina la comparte el doctor Jorge Eugenio Castañeda, cuando expresa que el acreedor es libre de reclamar la prestación que se le debe o la indemnización de daños y perjuicios.⁹⁷

Si el deudor inejecuta la obligación por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, a tenor de lo establecido por el artículo 1321 del Código Civil. Esta norma significa que el deudor doloso o culpable no tiene por qué ser compelido judicialmente por su acreedor para que cumpla la obligación en especie. El acreedor puede hacerlo, no hay duda, en caso de que la prestación aún sea posible, como también puede, a su entera elección, hacérsela procurar por otro, a costa del deudor, y exigir a éste la indemnización de daños y perjuicios, porque estos derechos se los concede el artículo 1219 del Código Civil.⁹⁸

Sería injusto, por decir lo menos, que el incumplimiento de la obligación exigiera al acreedor proseguir una larga controversia destinada a obtener la

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ OSTERLING F. La indemnización de daños y perjuicios. Ob. Cit. Pág. 412.

reparación en especie. Bien puede el acreedor proveerse, por su parte, de la prestación, y limitarse a exigir al deudor la indemnización de los daños y perjuicios que le ha irrogado su incumplimiento. Esta regla general admite, sin embargo, una excepción. El artículo 1337 del Código Civil prescribe que cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, éste podrá rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios. Si la obligación tiene utilidad para el acreedor, éste no puede rehusar su ejecución. Sólo podrá, en estos casos, exigir el pago de los daños y perjuicios moratorias.⁹⁹

El acreedor, sin embargo, no está obligado a esperar indefinidamente la ejecución de la obligación, que es posible y útil, pero que el deudor rehusa cumplir. Si transcurre un tiempo prudencial desde que el deudor es constituido en mora y no cumple la obligación, entonces el acreedor tendrá derecho, sin duda, a exigir la reparación de los daños y perjuicios, prescindiendo de la ejecución en especie. Este precepto excepcional se justifica porque el acreedor, en los casos previstos por la norma legal, no tendría interés alguno en rehusar la prestación en forma específica.¹⁰⁰

4. LA PRUEBA DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

El Código Civil Peruano presume que la inejecución de la obligación obedece a culpa leve del deudor (artículo 1329). Si el deudor pretende exonerarse de responsabilidad deberá probar que la prestación llegó a ser imposible sin su culpa, y que, por tanto, la obligación se ha extinguido. Si el acreedor, por su parte, pretende que el incumplimiento de la obligación obedece a dolo o culpa inexcusable del deudor y, por consiguiente, que éste también responde de los daños y perjuicios imprevistos, deberá demostrarlo (artículo 1330).¹⁰¹

⁹⁹ Idem.

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ OSTERLING F. La indemnización de daños y perjuicios. Ob. Cit. Pág 413.

Pero sea cual fuere la situación, y no obstante la presunción de culpa leve, la carga de la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponde al acreedor (artículo 1331). La evaluación del daño depende de una serie de factores complejos, muchas veces difíciles de acreditar: precios, valorizaciones, créditos, demandas comerciales, etc. La prueba es en algún caso sencillo y en otros muy compleja. Si el incumplimiento de la obligación origina la quiebra del acreedor, su arresto por no haber prestado alimentos o un incumplimiento contractual, entonces los hechos no serán de difícil probanza; siempre y cuando se demuestre, por cierto, el nexo de causa a efecto entre el incumplimiento del deudor y el subsiguiente incumplimiento del acreedor frente a un tercero. En otros casos la prueba del daño no es tan sencilla.¹⁰²

Por otra parte, la necesidad de una prueba rigurosa por parte del acreedor también aumenta o disminuye en razón de que se trate de un daño emergente o de un lucro cesante. La prueba es más severa cuando se exige el pago de una indemnización por el daño emergente, porque ella es directa y, desde luego, generalmente más sencilla. Para el lucro cesante el rigor deberá disminuir, porque la prueba directa se hace más difícil; tratándose de hechos futuros el juez, muchas veces, deberá contentarse con presunciones.¹⁰³

Aquí insistimos una vez más en que el acreedor queda relevado de la prueba de los daños y perjuicios cuando se trata de los intereses moratorias por el retraso en dar una suma de dinero. Si no hay pacto, el retraso se repara con el interés legal. Y si hay pacto, con el interés convencional moratoria. Pero ninguno de estos dos casos obliga al acreedor a demostrar los daños y perjuicios que ha sufrido por la inejecución (artículo 1324). Y la misma regla prevalece tratándose de las obligaciones con cláusula penal.¹⁰⁴

¹⁰² Idem.

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ Idem.

Cuando se ha estipulado una cláusula penal el acreedor también queda relevado de la obligación de probar los daños y perjuicios, con la limitación, en el caso singular de la legislación peruana, del artículo 1346 del Código Civil, que autoriza al juez, a solicitud del deudor, a reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva.¹⁰⁵

5. ALCANCES DEL ARTÍCULO 1332° DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1332° del Código Civil introduce un mecanismo para cuantificar el resarcimiento de los daños de difícil probanza. De acuerdo con dicha norma, "si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa".¹⁰⁶ Por otra parte, la necesidad de una prueba rigurosa a cargo del acreedor también aumenta o disminuye en razón de que se trate de un daño emergente o de un lucro cesante. La prueba es más severa cuando se exige el pago de una indemnización por el daño emergente, porque ella es directa y, desde luego, generalmente más sencilla. Para el lucro cesante el rigor deberá disminuir pues la prueba directa se hace más difícil; ya que se trata de hechos futuros, el juez deberá contentarse muchas veces con presunciones"¹⁰⁷

En tal sentido, el artículo 1332° del Código Civil "obliga al juez a liquidar con valoración equitativa"¹⁰⁸ cuando el daño no pudiera ser probado en su monto preciso. Esta norma encuentra su precedente inmediato en el artículo 1226° del Código Civil italiano de 1942, el cual establece que "si el daño no puede

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ OSTERLING F. La Equidad y su Función Cuantificadora de los Daños de Imposible Probanza. A Propósito del Artículo 1332° del Código Civil. s/f Pág. 2. Consultado el 25-01-15. Disponible en: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos.pdf>

¹⁰⁷ OSTERLING F. Las Obligaciones. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; 1988. Págs. 217 y 218.

¹⁰⁸ Ibídem Pág. 219

ser probado en su monto preciso, el juez lo liquida mediante una valorización equitativa".

Comentando el dispositivo del Código italiano, Adriano de Cupis¹⁰⁹ señala que esta norma presupone la imposibilidad de probar la magnitud real y efectiva del daño, por lo que es una institución que, como remedio sucedáneo, viene a suplir la prueba imposible. No obstante, "la valoración equitativa puede también prescindir en casos excepcionales de la imposibilidad, valga decir, no actúa como remedio sino que adquiere la función de instrumento del daño preferido por el legislador a cualquier otra prueba posible".

En este caso, se ha dejado a la libre y prudente determinación del juez el monto del daño resarcible, y por ello deberá aplicar su criterio discrecional atendiendo tanto a las peculiares circunstancias de la naturaleza jurídica del daño, como a lo que pudiera requerir el caso concreto. Ahora bien, el análisis de la responsabilidad civil se estructura usualmente en dos etapas: i) la determinación de responsabilidad, donde se analizan los elementos de la responsabilidad civil (a saber, daño, antijuricidad, culpa y causalidad) y, solo en caso que se logre establecer responsabilidad, ii) la cuantificación de los daños.

Indudablemente el artículo 1332° se aplica solo en la segunda etapa. Es decir que la facultad discrecional que se otorga al juez no está destinada a acreditar los elementos que configuran responsabilidad. Bajo este razonamiento, la aplicación del criterio de equidad solo incide en la cuantificación y, por ende, tiene como presupuesto la configuración de responsabilidad civil.

¹⁰⁹ DE CUPIS A. El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Traducción de la Segunda Edición Italiana. Barcelona: BOSJL; 1975. Pág. 559.

Es claro, entonces, que solo puede apelarse al artículo 1332° cuando no es posible acreditar la cuantía del daño, mas no cuando la probanza se refiere a la existencia de un daño indemnizable. Pero, ¿en qué momento se activa la facultad que confiere el artículo 1332. Es decir, ¿cuándo nos encontramos verdaderamente ante un daño que no puede ser probado en su monto preciso y requiere por tanto de la equidad?; y, adicionalmente, ¿es el agraviado quien debe probar la imposibilidad o la norma citada también faculta al juez para emplear su criterio discrecional a efectos de determinar si efectivamente el daño no puede ser probado?

Tales interrogantes se orientan a evitar el uso abusivo e injustificado del criterio discrecional del juez a fin de impedir su aplicación en los casos en que la ausencia de pruebas obedezca a la desidia de las partes o a una deficiente argumentación. Sobre este punto Bonasi Benucci,¹¹⁰ refiriéndose a una casación italiana, afirma que "el magistrado de instancia puede recurrir al criterio de liquidar equitativamente el daño cuando no considere atendibles o exactos los datos facilitados por la parte acreedora y no tenga otros medios a su disposición para concretar con exactitud la verdad y cuantía precisa del daño sufrido por la víctima del hecho ilícito de un tercero".

Agrega el autor citado que "no puede el juez, sin embargo, sustituir las comprobaciones técnicas requeridas por las partes, por un criterio genérico de equidad que lo dispense de indicar los elementos concretos sobre los cuales fundó su apreciación. Su facultad discrecional, encuentra obstáculo en el hecho de que existan en el proceso elementos bastantes para precisar el daño o cuando se hayan utilizado medios de prueba idóneos para establecer la exacta cuantía, y tales medios sean legalmente admisibles"¹¹¹

¹¹⁰ BELTRAN J. Comentario al artículo 1332° del Código Civil. En: Código Civil Comentado. Tomo V. Las Obligaciones. Lima: Gaceta Jurídica; 2003. Pág. 997.

¹¹¹ Idem.

No es objeto del presente artículo definir si el artículo 1332° del Código Civil tiene como presupuesto la existencia de una prueba imposible en términos procesales. Sin embargo, consideramos que la diligencia observada por el agraviado en el ámbito del derecho civil cobra un papel preponderante a fin de establecer el momento en que la probanza del daño deviene en imposible y se da pase al criterio de equidad del juez.

El concepto de diligencia que asume nuestro Código Civil presupone el comportamiento según la buena fe.¹¹² En efecto, el Código ha optado por privilegiar el esfuerzo de voluntad y el desarrollo de energía del trabajo como criterios para definir el límite de responsabilidad. La diligencia constituye el parámetro de referencia fundamental de la imposibilidad, pues será en atención a las características personales y al esfuerzo desplegado por el sujeto obligado que se determine si la probanza del daño es de difícil realización. La imposibilidad, entonces, debe ser medida "en función a un impedimento que no pueda ser vencido sino con una intensidad de esfuerzo, de sacrificio, de diligencia, superior a un cierto grado considerado como típico, como normal, como medio",¹¹³ referida concretamente a la posición del agraviado, pese a que podía ser ejecutado por otros¹¹⁴ La regla que podemos establecer en este punto es que la diligencia llega hasta donde comienza la imposibilidad.¹¹⁵

Bajo este razonamiento, consideramos que el juez deberá dar pase al criterio de equidad cuando advierte que aun empleando toda su diligencia, el agraviado no ha estado en condiciones de acreditar la cuantía del daño. En

¹¹² SCOGNAMIGLIO R. Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico. Lima: Grijley: 2004. Pág.380.

¹¹³ FERNÁNDEZ G. El deber accesorio de diligencia en las relaciones obligatorias. En: Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil. Libro en memoria de Lizardo Taboada. Lima: Grijley; 2004. Págs. 607 y 608.

¹¹⁴ BIANCA M. Diritto Civile. Tomo IV. L'obligazione. Milano: Dott A. Giuffre, 1990. Pág. 534.

¹¹⁵ *Ibidem*. Pág. 619.

caso contrario, es decir, si a criterio del juez existían medios de prueba idóneos y no fueron aportados por negligencia del agraviado, su pretensión en cuanto a la cuantía deberá ser desestimada.

Finalmente, la circunstancia de que el artículo 1332° se encuentre en la parte de inejecución de obligaciones del Código Civil, no determina que la regla que contiene no pueda ser aplicada a los casos de responsabilidad civil extracontractual. En efecto, no debe escapar a nuestra comprensión que la equidad que consagra esta norma se aplica solo una vez establecida la responsabilidad. En tal sentido, resulta indistinto que la responsabilidad del agresor tenga origen contractual o extracontractual, pues ello no es contradictorio con la facultad discrecional que la norma citada confiere al juez para cuantificar el daño.

6. PÉRDIDA DE CHANCE Y DAÑO MORAL

La utilidad del criterio de cuantificación previsto por el artículo 1332° se refleja de modo especialmente interesante en los casos de pérdida de una chance y en el daño moral.¹¹⁶

6.1. La cuantificación de la pérdida de una chance

Para estos efectos, debe tenerse en cuenta que la complejidad de la evaluación de la pérdida de una chance radica en su carácter variable, susceptible de aumentar o de disminuir a partir del momento en que se ha afectado a la víctima, habida cuenta que las probabilidades de obtener beneficios o evitar pérdidas pueden ser más cercanas o lejanas atendiendo al punto de vista desde el cuál son analizadas y a las circunstancias existentes al momento de su valuación. No obstante, es posible adoptar como criterio general que la reparación de una pérdida de chance deberá ser

¹¹⁶ OSTERLING F. La Equidad y su Función Cuantificadora de los Daños de Imposible Probanza. Ob. Cit. Pág. 7.

cuantificada de acuerdo al valor de la oportunidad que ha sido frustrada, no pudiendo ser igualada a la ventaja que habría procurado la chance perdida si ésta se hubiese verificado.¹¹⁷

En esta línea, Bustamante Alsina¹¹⁸ sostiene que "la indemnización deberá ser de la chance misma, y no de la ganancia, por lo que aquélla deberá ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de posibilidad de convertirse en cierta; el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad".

La aplicación del principio de cálculo de probabilidades resulta bastante útil en este sentido.¹¹⁹ Bajo este razonamiento, la cuantía de la indemnización estará dada por la comparación entre las probabilidades de aprovechar una chance y las probabilidades de la misma de no presentarse. En algunos casos, un análisis matemático de cálculo de probabilidades podría ayudar a determinar el coeficiente que debe aplicarse a la eventual ganancia a fin de establecer el monto de la indemnización: el valor de la chance perdida podría estar dado por el monto de la ganancia eventual multiplicado por el porcentaje de probabilidad que tenía la víctima de conseguir esa ganancia. Otro elemento a tener en cuenta para la cuantificación del daño es el carácter aleatorio de la chance.

Ahora bien, se ha dejado sentado que en materia de chance lo que se busca resarcir no son las ganancias que hubiera obtenido el agraviado de no haberse verificado el evento dañoso, pues se trata de un concepto incierto y por demás aleatorio. Tampoco se pretende indemnizar la probabilidad de

¹¹⁷ CAZEAUX P. Daño Actual. Daño Futuro. Daño Eventual o Hipotético. Pérdida de Chance. En: Temas de Responsabilidad Civil en Honor al Dr. Augusto M. Morello. La Plata: Librería Editora Platense S.R.L., 1981. Pág. 24 y DE CUPIS, Adriano. Ob. Cit. Pág. 319.

¹¹⁸ BUSTAMANTE J. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; 1993. Pág. 176.

¹¹⁹ ALPA G. Responsabilidad Civil y Daño. Lima: Gaceta Jurídica; 2001 Pág. 23.

obtener dichas ganancias, como hubiera sucedido si verdaderamente existiese un lucro cesante que reclamar; por el contrario, lo que se busca reparar es la pérdida de oportunidad que tuvo el agente dañoso de mantenerse en una situación que seguramente le hubiese otorgado la posibilidad de obtener beneficios. En este sentido, será preciso evaluar el valor económico que hubiese tenido dicha oportunidad a efectos de asignarle un valor discrecional. La indemnización, entonces, nunca podrá ser igual al monto que estaba sometido al alea propio de la chance, sino conforme a la pérdida efectiva de la oportunidad de intervenir en ella, la misma que deberá ser apreciada y juzgada por el órgano jurisdiccional correspondiente, de acuerdo con las calidades del sujeto frustrado.¹²⁰

En adición a este criterio, nuestro Código Civil obliga al órgano jurisdiccional a tener en cuenta el factor de atribución, a efectos de determinar si el daño se produjo por culpa leve, culpa inexcusable o dolo. Este criterio orientará al órgano jurisdiccional en los casos de responsabilidad contractual, a efectos de determinar si el agente dañoso deberá responder por las oportunidades frustradas que podían preverse al tiempo en que la obligación fue contraída, en los casos de culpa leve, o si el resarcimiento deberá extenderse inclusive a las oportunidades frustradas cuya generación era imprevisible, para los casos de dolo o culpa inexcusable.

De otro lado, como se ha señalado, se deberá examinar el supuesto -sumamente complejo, por cierto- de que el perjuicio haya variado desde el instante en que afectó a la víctima, respecto del momento en que se dicta la sentencia. En estos casos, tratándose de beneficios futuros, el órgano jurisdiccional deberá evaluar la variación en la gravedad del daño a efectos de realizar una proyección de las probabilidades de que la chance en verdad se hubiera realizado en el futuro.¹²¹

¹²⁰ GHERSI C. Teoría General de la Reparación de Daños. Buenos Aires: Astrea; 1997. Pág. 402.

¹²¹ OSTERLING F. La Equidad y su Función Cuantificadora de los Daños de Imposible Probanza. Ob. Cit. Pág. 9.

Este criterio adquiere una relevancia singular, ya que si bien la cuantía de la pérdida de la chance no debe confundirse con los beneficios dejados de percibir, es indudable que la indemnización por la pérdida de la oportunidad de que estos beneficios se generen deberá tener en cuenta el grado de probabilidad de adquirir las ganancias o de evitar la pérdida.¹²²

Este temperamento determina que la reparación de la chance perdida se encuentre indirectamente influenciada por el lucro cesante dejado de percibir. De este modo, si bien el lucro cesante no interviene para configurar la naturaleza jurídica de la chance - que es un daño emergente-, sí se hace presente al momento de la determinación de su valor indemnizatorio como uno de los criterios que el órgano jurisdiccional deberá tener en cuenta al momento de fijar el monto indemnizatorio correspondiente.¹²³

Asimismo, dicho órgano jurisdiccional deberá tener en cuenta la situación personal de la víctima al momento del daño y si se produjo un supuesto de concurrencia de culpa del propio agraviado en la generación de la pérdida de la chance infringida. De igual modo, deberá apreciarse la concurrencia parcial de un tercero o de caso fortuito o fuerza mayor, o en general de causa no imputable, en el origen del daño cuya indemnización se reclama.¹²⁴

Una de las virtudes de la regla del artículo 1332° es que otorga flexibilidad para aplicar los criterios anotados. En efecto, en relación con los daños "cuando el legislador los estima oportuno, respecto a algunos supuestos de daños de carácter especial, remite la liquidación, por considerarlo preferible, al arbitrio discrecional del juez, a su valoración equitativa, que puede adaptarse mejor a la naturaleza de tales supuestos. El legislador sostiene ahora que la justicia mejor, tomada en cuenta la peculiaridad del supuesto,

¹²² Idem.

¹²³ Idem.

¹²⁴ Idem.

se ha de efectuar gracias a la función prudente del juez".¹²⁵ De este modo, el juez encuentra en el criterio equitativo al mejor vehículo para analizar la pérdida de una chance y cuantificarla con base en los elementos de juicio que hemos desarrollado.

6.2. La cuantificación del daño moral

Para los efectos del presente artículo, hemos decidido adoptar la noción de daño moral en sentido amplio~ entendiéndolo como toda lesión, conculcación o menoscabo de un derecho subjetivo o interés legítimo de carácter extrapatrimonial, sufrido por un sujeto de derecho como resultado de la acción ilícita de otra persona. De acuerdo con este concepto, "son derechos extrapatrimoniales o morales aquellos que tienen por objeto la protección de bienes o presupuestos personales, que componen lo que la persona es".¹²⁶ Esta acepción de daño moral abandona el anquilosado concepto que entiende a esta institución como la repercusión psicológica producida en el sujeto pasivo por un hecho ilícito, la cual se manifiesta como dolor y sufrimiento (*pretium doloris*), humillación, el "païn and suffet" del derecho anglosajón, etc.; con lo cual, de acuerdo con la posición asumida, "los daños morales surgirán en la violación de un derecho extrapatrimonial, sin necesidad de entrar a indagar la existencia de un particular estado emotivo del sujeto pasivo".¹²⁷

La posibilidad de que una persona jurídica sea indemnizada por este concepto ha sido analizada por diversos autores; así, Renato

¹²⁵ DE CUPIS A. Ob. Cit. Pág. 560.

¹²⁶ BREBBIA R. La Persona Jurídica como Sujeto Pasivo de Agravio Moral. En: Temas de Responsabilidad Civil en honor al Dr. Augusto Morello. La Plata: Librería Editorial Platense S.R.L.; 1981. Pág. 55.

¹²⁷ *Ibíd.* Pág. 59.

Scognamiglio¹²⁸ admite la posibilidad de que la persona jurídica posea derechos extrapatrimoniales, tales como el honor, reputación, prestigio, y otros atributos similares, los cuales merecen la tutela del ordenamiento legal. Tomando en cuenta la acepción de daño moral adoptada, de entenderla en sentido amplio, estos derechos serían susceptibles de ser tutelados en cuantos derechos de la personalidad, frente a los cuales subsistirían todos los requisitos exigidos para la reparación del daño moral. A su turno Brebbia,¹²⁹ siguiendo a la doctrina francesa, señala que "las personas morales pueden constituirse en sujetos pasivos de un agravio extrapatrimonial siempre que el ataque que origine el daño sea dirigido contra bienes o presupuestos personales de las mismas, de acuerdo a la particular naturaleza del ente colectivo que sirve de sustrato a su personalidad".

Esta posición fue consagrada legislativamente por la Constitución Política del Perú de 1979, la cual en su artículo 3° disponía que los derechos fundamentales consagrados en el artículo 2° de dicha Constitución, eran también patrimonio de las personas jurídicas en cuanto le fueran aplicables. Si bien dicho principio no ha sido recogido por la Constitución Política de 1993, de ello no se desprende que el ordenamiento jurídico peruano vigente haya optado por la desprotección de la persona jurídica, respecto de sus derechos extrapatrimoniales. El silencio de la Carta Política que nos rige determina que cuando el artículo 2° hace referencia a los derechos de la persona, estos deben entenderse en el sentido amplio del término, es decir, que también se incorpora a las personas jurídicas.

Identificado el daño moral, el primer paso para su cuantificación será determinar si la afectación de los derechos morales agraviados tiene consecuencias patrimoniales o no; es decir, lo que el órgano jurisdiccional

¹²⁸ SCOGNAMIGLIO R. El Daño Moral. Contribución a la Teoría del Daño Extracontractual. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 1962. Págs. 81-84.

¹²⁹ BREBBIA R. El Daño Moral. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina; 1950. Pág. 217.

deberá buscar, en principio, es la posibilidad de "volver las cosas al estado anterior" mediante una reparación simbólica o "in natura" (publicación de sentencias, imposición de multas, cierre de establecimientos, rectificaciones, etc.) y solo en caso de que esto no fuera posible, condenar al agresor al pago de una suma de dinero.

Sin perjuicio del espíritu de búsqueda de la reparación "in natura" que debe inspirar la decisión del órgano jurisdiccional, no deben dejarse de lado las eventuales repercusiones patrimoniales que pueda originar el daño moral infringido. Aquí interviene el artículo 1332° del Código Civil que permite asignar un monto de acuerdo al criterio prudencial del juzgador, debiéndose tener en cuenta que la función asignada al dinero no pretende que el daño desaparezca, ni tampoco formar en la víctima la convicción de que éste nunca se ha producido; por el contrario, la finalidad perseguida busca aliviar las repercusiones dinerarias que haya podido causar el agravio.



CAPITULO III

ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

1. PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS

La población considerada en la presente investigación, fueron los procesos civiles sobre nulidad de cláusulas penales donde se haya afectado el resarcimiento de los daños, en un total de 180 expedientes tramitados en las tres Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016, datos que fueron obtenidos a través de una cédula de preguntas.

Es así que los datos recogidos y procesados de acuerdo con las variables e indicadores fueron sometidos a la medición y tabulación correspondiente, todo lo cual nos ha permitido elaborar las tablas y gráficas que presentamos a continuación, para luego poder efectuar la interpretación de los datos, a través de la discusión de resultados pertinentes, que contrastados con la hipótesis formulada nos permitió elaborar las conclusiones y sugerencias pertinentes.

2. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

TABLA Nº 1

**Incumplió el deudor la cláusula penal establecida en el contrato
celebrado entre las partes**

Incumplió	1° S. C	2° S.C	3° S.C	Total	%
Si	38	44	40	122	68
No	22	16	20	58	32
Subtotal	60	60	60	180	100

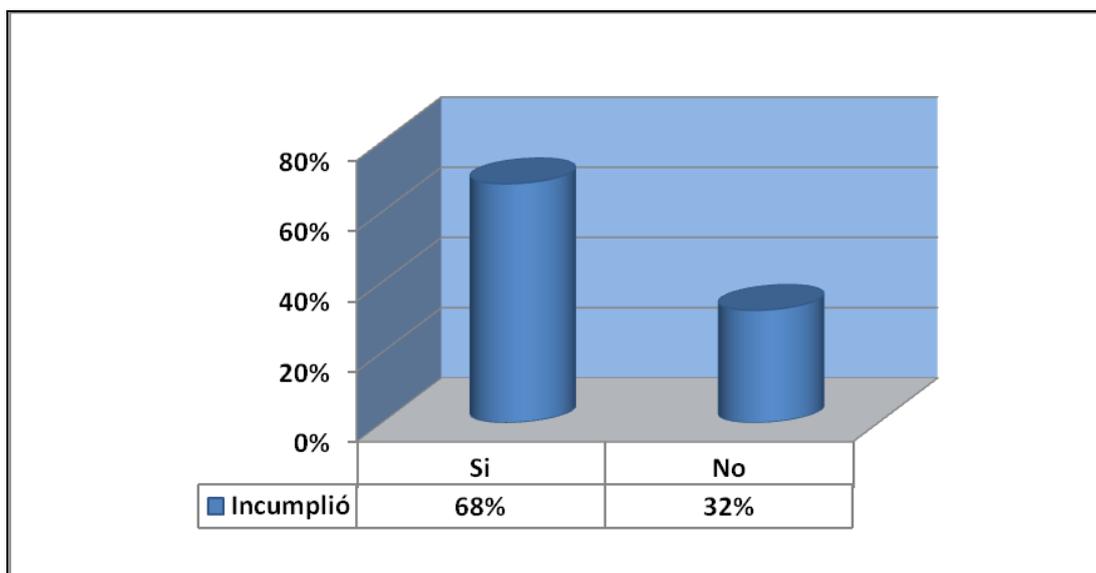
FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

INTERPRETACIÓN:

En esta primera tabla tenemos que de los 180 procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016; en el 68% de los expedientes encuestados se incumplió por parte del deudor la cláusula penal establecida en el contrato celebrado entre las partes, mientras que en un 32% no se produjo dicho incumplimiento.

GRAFICA Nº 1

**Incumplió el deudor la cláusula penal establecida en el contrato
celebrado entre las partes**



FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

TABLA Nº 2

**Razones por las cuales incumplió el deudor la cláusula penal
establecida en el contrato celebrado entre las partes**

Razones	1° S. C	2° S.C	3° S.C	Total	%
El acreedor no sufrió daños	18	20	17	55	45
Los daños fueron menores a la pena pactada	20	24	23	67	55
Subtotal	38	44	40	122	100

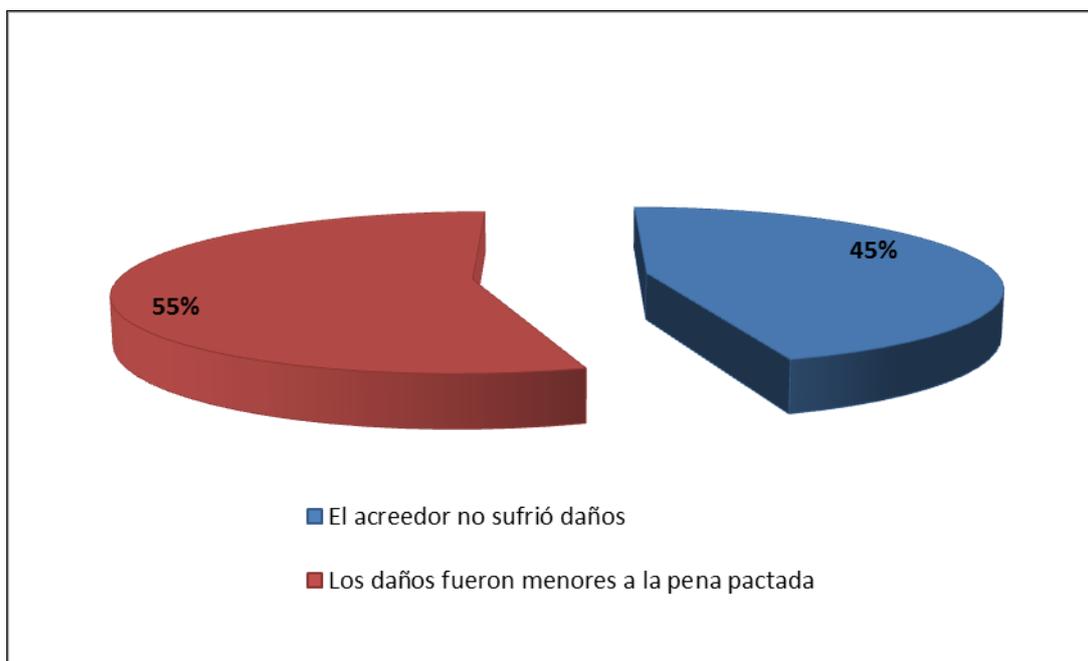
FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

INTERPRETACIÓN:

En esta segunda tabla tenemos que de los 122 procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016; sobre las razones por las cuales incumplió el deudor la cláusula penal establecida en el contrato celebrado entre las partes, tenemos que en el 45% el acreedor no sufrió daños y en el 55% los danos fueron menores a la pena pactada.

GRAFICA Nº 2

Razones por las cuales incumplió el deudor la cláusula penal establecida en el contrato celebrado entre las partes



FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

TABLA Nº 3

Se solicitó la nulidad de la cláusula penal establecida en el contrato por dolo del deudor

Solicitó	1° S. C	2° S.C	3° S.C	Total	%
Si	35	33	39	107	59
No	25	27	21	73	41
Subtotal	60	60	60	180	100

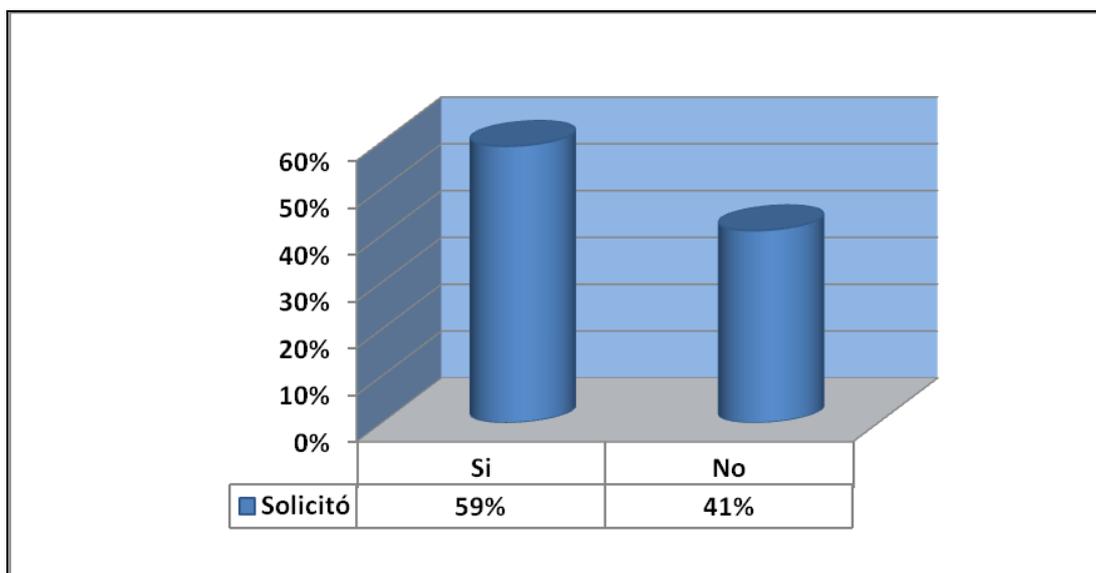
FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

INTERPRETACIÓN:

En esta tercera tabla tenemos que de los 180 procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016; en el 59% de los expedientes muestrales se solicitó la nulidad de la cláusula penal establecida en el contrato por dolo del deudor, mientras que en el 41% no se solicitó dicha nulidad.

GRAFICA Nº 3

Se solicitó la nulidad de la cláusula penal establecida en el contrato por dolo del deudor



FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

TABLA Nº 4

**Razones por las cuales se solicitó la nulidad de la cláusula penal
establecida en el contrato por dolo del deudor**

Razones	1° S. C	2° S.C	3° S.C	Total	%
El deudor se niega a cumplir con la obligación	21	23	24	68	64
La intimación no es posible debido al deudor	14	10	15	39	36
Subtotal	35	33	39	107	100

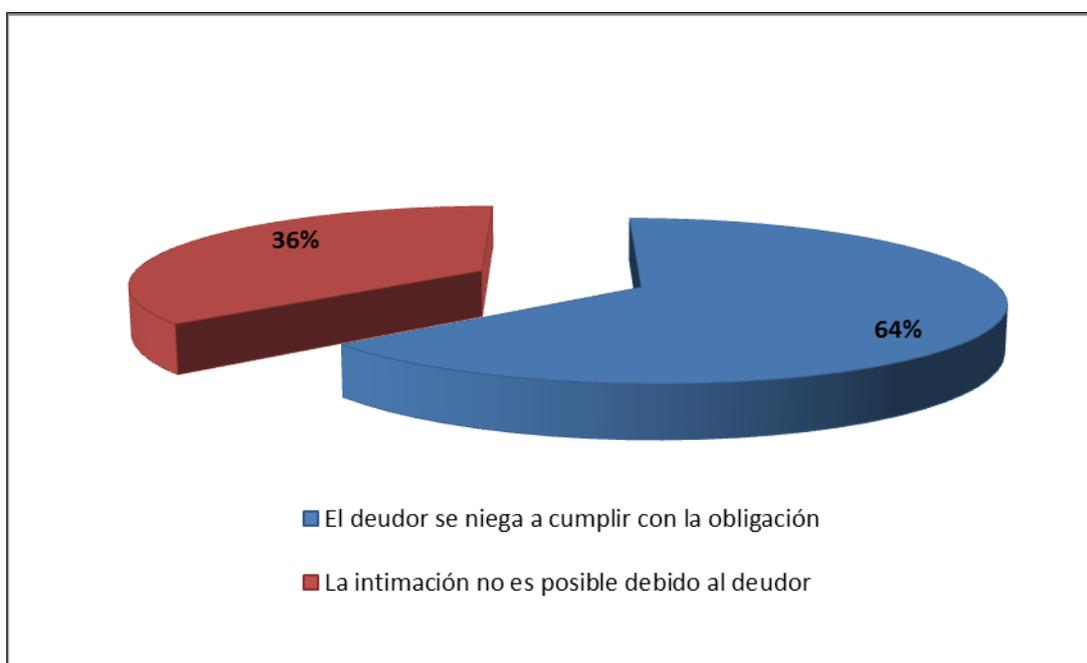
FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

INTERPRETACIÓN:

En esta cuarta tabla tenemos que de los 107 procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016; sobre las razones por las cuales se solicitó la nulidad de la cláusula penal establecida en el contrato por dolo del deudor, tenemos que en el 64% el deudor se niega a cumplir con la obligación y en el 36% la intimación no es posible debido al deudor.

GRAFICA Nº 4

Razones por las cuales se solicitó la nulidad de la cláusula penal establecida en el contrato por dolo del deudor



FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

TABLA Nº 5

**Con la nulidad de la cláusula penal por dolo se afectó el resarcimiento
de los daños sufridos**

Afectó	1° S. C	2° S.C	3° S.C	Total	%
Si	25	23	29	77	72
No	10	10	10	30	28
Subtotal	35	33	39	107	100

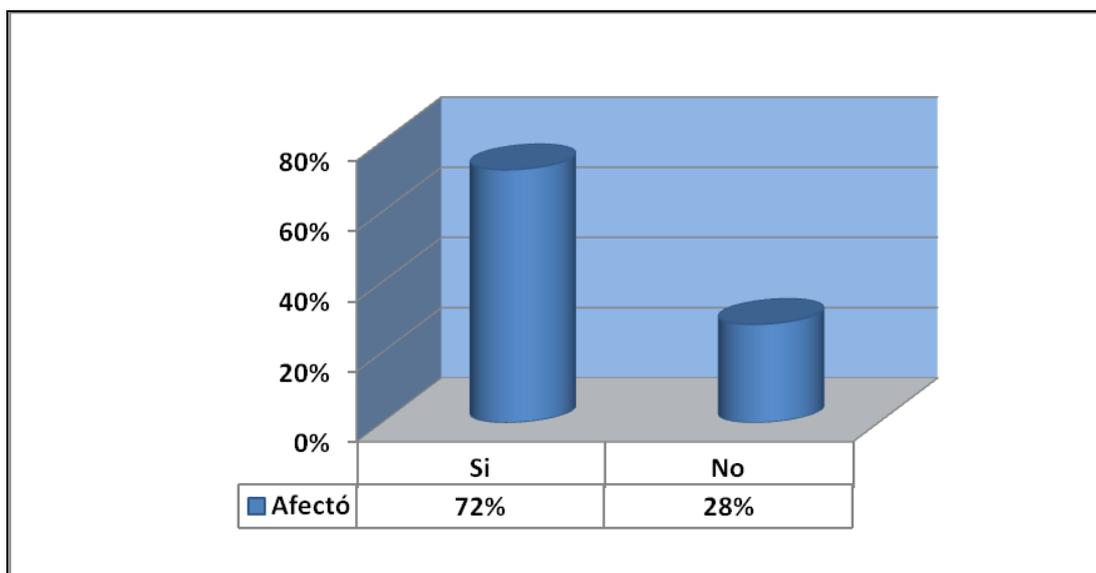
FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

INTERPRETACIÓN:

En esta quinta tabla tenemos que de los 107 procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016; en el 72% de los expedientes encuestados la nulidad de la cláusula penal por dolo afectó el resarcimiento de los daños sufridos, mientras que en el 28% de dichos expedientes no se vio afectado.

GRAFICA Nº 5

Con la nulidad de la cláusula penal por dolo se afectó el resarcimiento de los daños sufridos



FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

TABLA Nº 6

Razones por las cuales con la nulidad de la cláusula penal por dolo se afectó el resarcimiento de los daños sufridos

Razones	1° S. C	2° S.C	3° S.C	Total	%
No se pudo garantizar la obligación	15	16	18	49	63
No se pudo probar el dolo del deudor	10	7	11	28	37
Subtotal	25	23	29	77	100

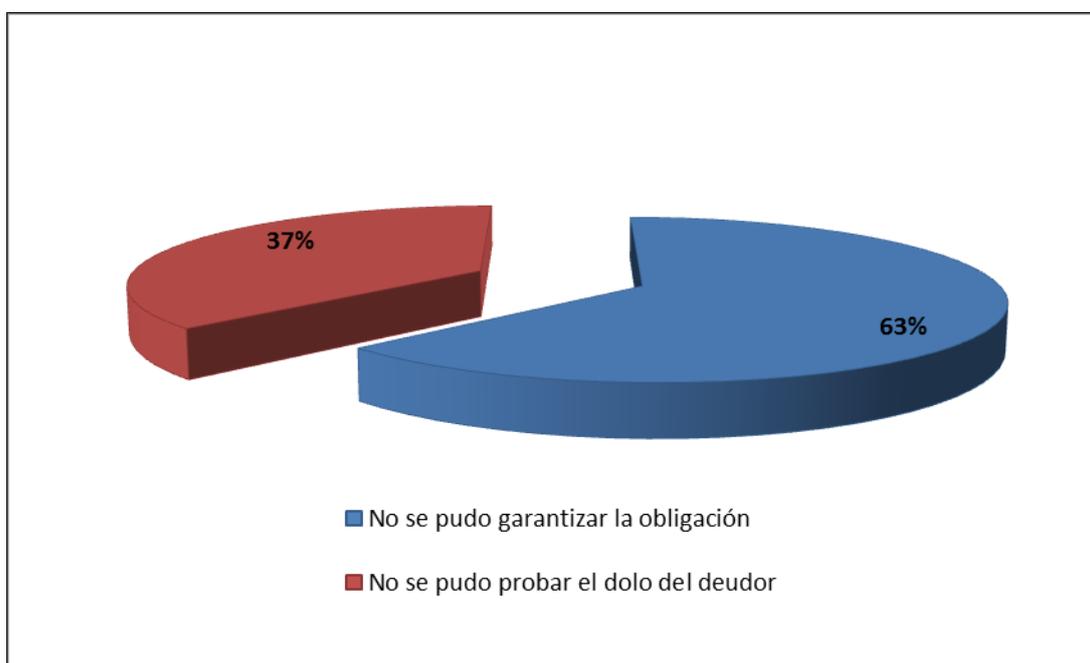
FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

INTERPRETACIÓN:

En esta sexta tabla tenemos que de los 107 procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016; sobre las razones por las cuales con la nulidad de la cláusula penal por dolo se afectó el resarcimiento de los daños sufridos, tenemos que en el 63% no se pudo garantizar la obligación y en el 37% no se pudo probar el dolo del deudor.

GRAFICA Nº 6

Razones por las cuales con la nulidad de la cláusula penal por dolo se afectó el resarcimiento de los daños sufridos



FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

TABLA Nº 7

Se solicitó la nulidad de la cláusula penal establecida en el contrato por culpa inexcusable del deudor

Solicitó	1° S. C	2° S.C	3° S.C	Total	%
Si	25	27	21	73	41
No	35	33	39	107	59
Subtotal	60	60	60	180	100

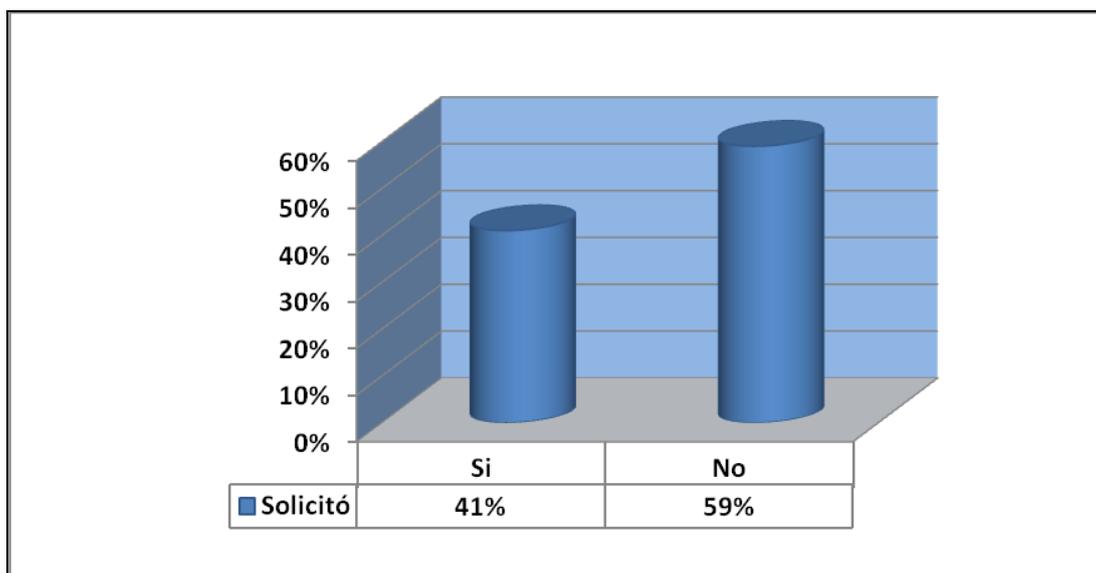
FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

INTERPRETACIÓN:

En esta séptima tabla tenemos que de las 180 encuestas de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016; en el 41% de la muestra se solicitó la nulidad de la cláusula penal establecida en el contrato por culpa inexcusable del deudor, mientras que en el 59% no se solicitó dicha cláusula.

GRAFICA Nº 7

Se solicitó la nulidad de la cláusula penal establecida en el contrato por culpa inexcusable del deudor



FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

TABLA Nº 8

**Razones por las cuales se solicitó la nulidad de la cláusula penal
establecida en el contrato por culpa inexcusable del deudor**

Razones	1° S. C	2° S.C	3° S.C	Total	%
Por falta de diligencia del deudor	16	17	14	47	65
Por la falta de inejecución de la obligación	9	10	7	26	35
Subtotal	25	27	21	73	100

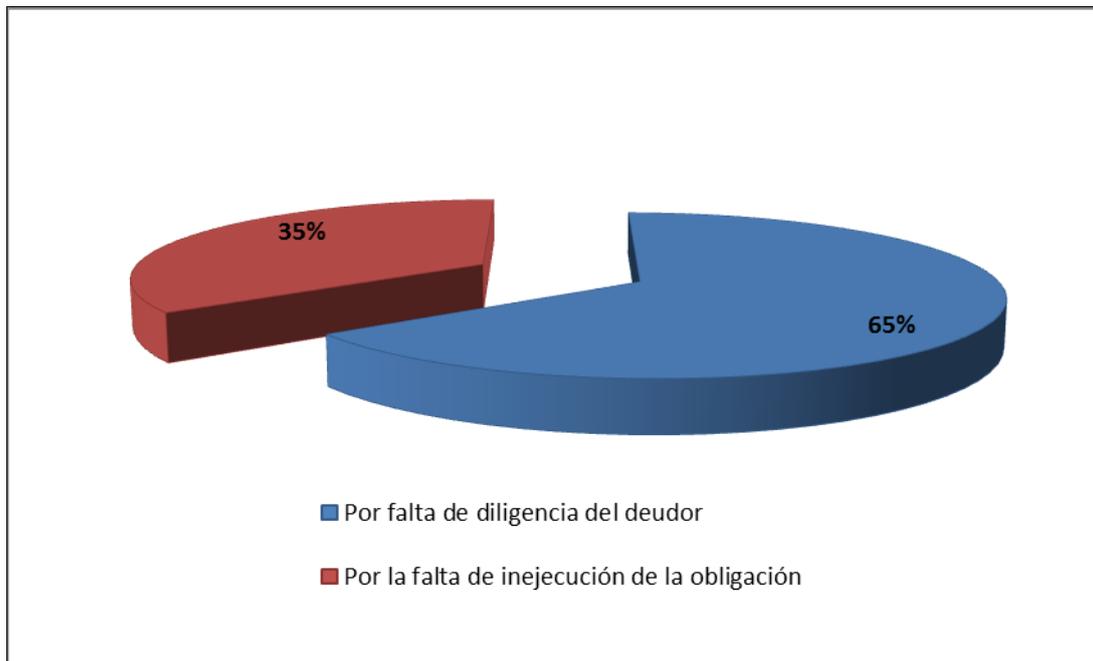
FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

INTERPRETACIÓN:

En esta octava tabla tenemos que de los 73 procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016; sobre las razones por las cuales se solicitó la nulidad de la cláusula penal establecida en el contrato por culpa inexcusable del deudor, tenemos que en el 65% fue por falta de diligencia del deudor y en el 35% por falta de inejecución de la obligación.

GRAFICA Nº 8

Razones por las cuales se solicitó la nulidad de la cláusula penal establecida en el contrato por culpa inexcusable del deudor



FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

TABLA Nº 9

Con la nulidad de la cláusula penal por culpa inexcusable se afectó el resarcimiento de los daños sufridos

Afectó	1° S. C	2° S.C	3° S.C	Total	%
Si	18	15	12	45	62
No	7	12	9	28	38
Subtotal	25	27	21	73	100

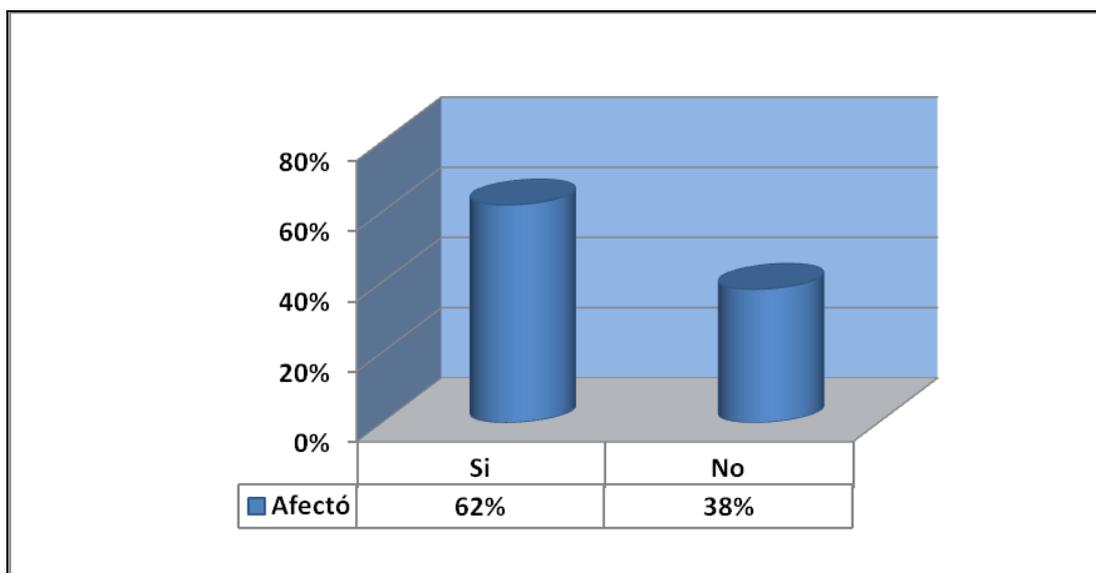
FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

INTERPRETACIÓN:

En esta novena tabla tenemos que de los 73 procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016; en el 62% de los expedientes muestrales la nulidad de la cláusula penal por culpa inexcusable afectó el resarcimiento de los daños sufridos, mientras que en el 38% de dichos expedientes no se vio afectado dichos daños.

GRAFICA Nº 9

**Con la nulidad de la cláusula penal por culpa inexcusable se afectó el
resarcimiento de los daños sufridos**



FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

TABLA N° 10

Razones por las cuales con la nulidad de la cláusula penal por culpa inexcusable se afectó el resarcimiento de los daños sufridos

Razones	1° S. C	2° S.C	3° S.C	Total	%
No se pudo garantizar la obligación	10	9	8	27	60
No se pudo probar la culpa del deudor	8	6	4	18	40
Subtotal	18	15	12	45	100

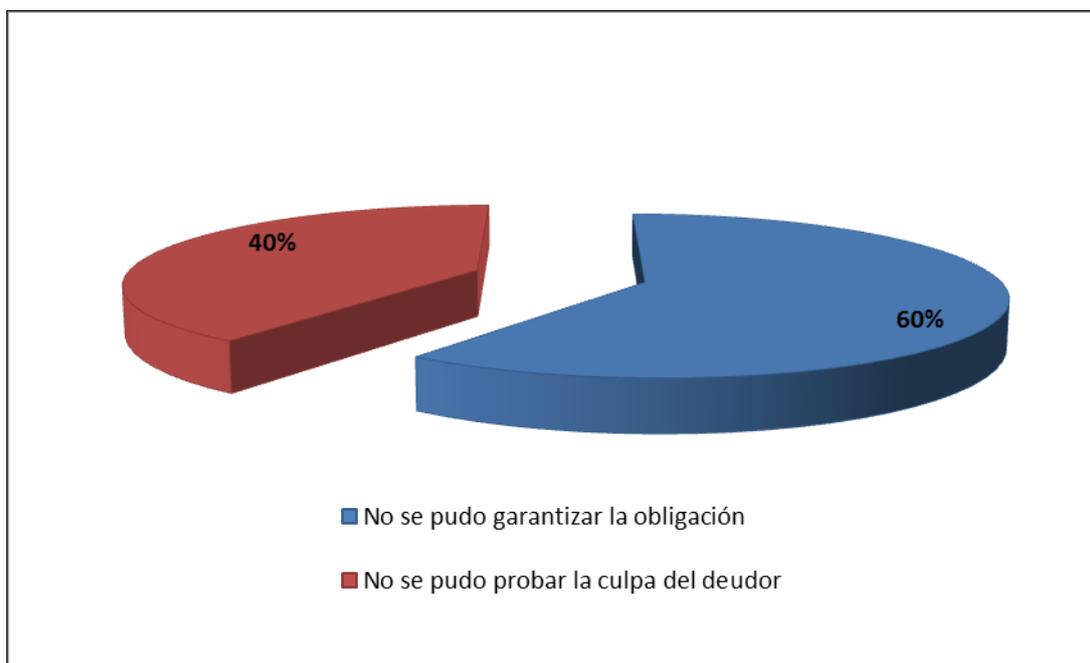
FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

INTERPRETACIÓN:

En esta décima tabla tenemos que de los 45 procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016; sobre las razones por las cuales con la nulidad de la cláusula penal por culpa inexcusable se afectó el resarcimiento de los daños sufridos; tenemos que en el 60% no se pudo garantizar la obligación y en el 40% no se pudo probar la culpa del deudor.

GRAFICA Nº 10

Razones por las cuales con la nulidad de la cláusula penal por culpa inexcusable se afectó el resarcimiento de los daños sufridos



FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

TABLA N° 11

Se declaró nula en vía judicial la cláusula penal establecida en el contrato celebrado entre las partes

Declaró	1° S. C	2° S.C	3° S.C	Total	%
Si	38	44	40	122	68
No	22	16	20	58	32
Subtotal	60	60	60	180	100

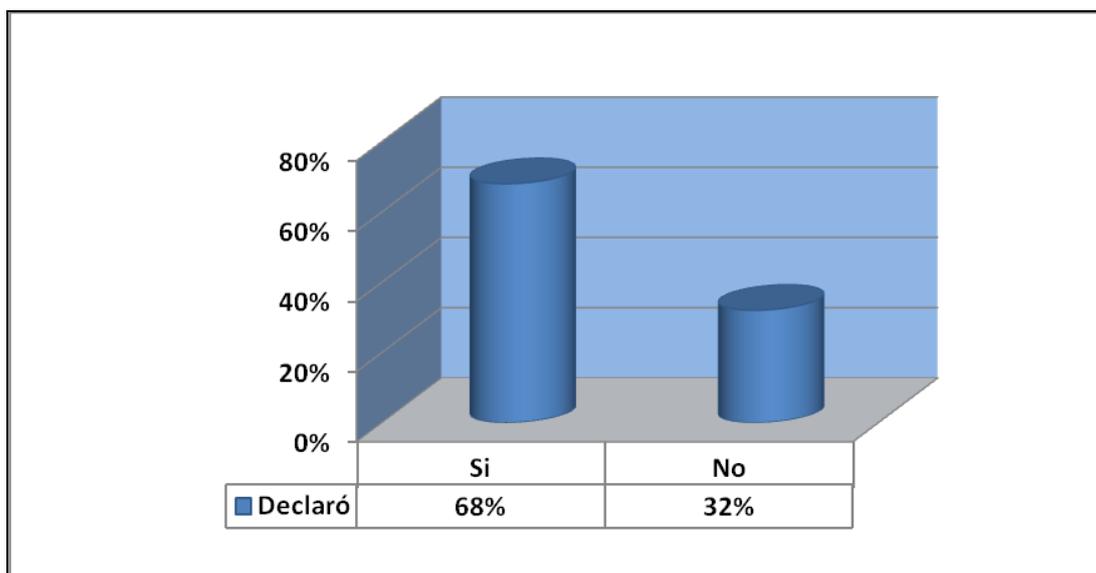
FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

INTERPRETACIÓN:

En esta undécima tabla tenemos que de los 180 procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016; en el 68% de la muestra se declaró nula en vía judicial la cláusula penal establecida en el contrato celebrado entre las partes, mientras que en el 32% no se declaró dicha nulidad.

GRAFICA Nº 11

Se declaró nula en vía judicial la cláusula penal establecida en el contrato celebrado entre las partes



FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

TABLA N° 12

Razones por las cuales se declaró nula en vía judicial la cláusula penal establecida en el contrato celebrado entre las partes

Razones	1° S. C	2° S.C	3° S.C	Total	%
La cláusula penal era excesiva	24	28	25	77	62
La cláusula penal era abusiva	12	18	15	45	38
Subtotal	38	44	40	122	100

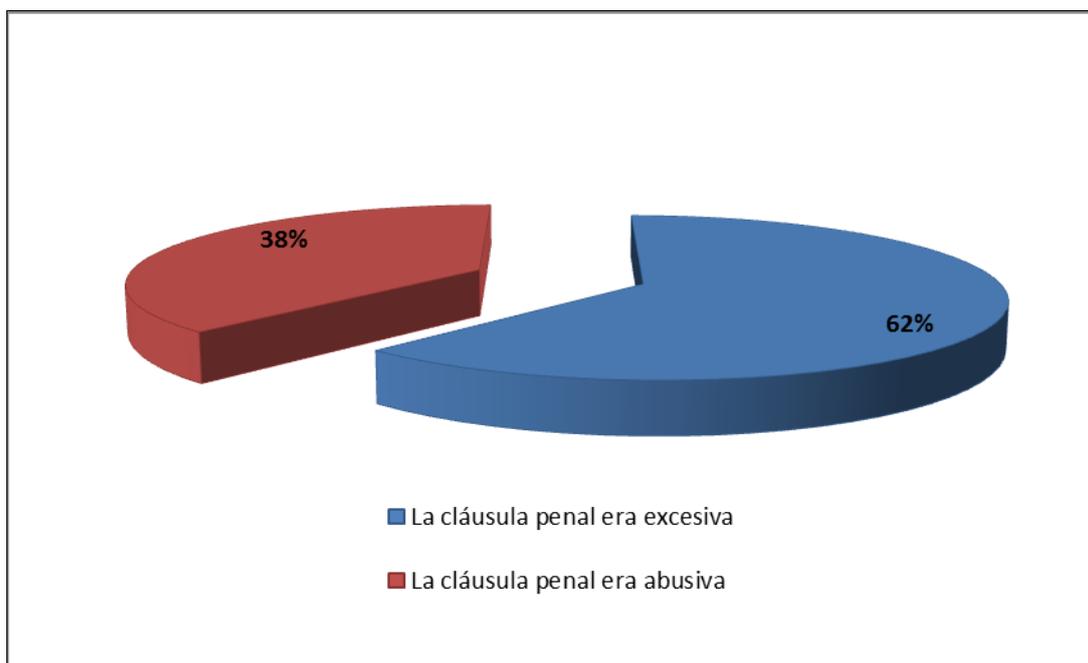
FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

INTERPRETACIÓN:

En esta duodécima tabla tenemos que de los 122 procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016; sobre las razones por las cuales se declaró nula en vía judicial la cláusula penal establecida en el contrato celebrado entre las partes; tenemos que en el 62% la cláusula penal era excesiva y en el 38% la cláusula penal era abusiva.

GRAFICA Nº 12

Razones por las cuales se declaró nula en vía judicial la cláusula penal establecida en el contrato celebrado entre las partes



FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

TABLA N° 13

Con la nulidad de la cláusula penal por dolo se sentenció un adecuado resarcimiento de los daños sufridos

Sentenció	1° S. C	2° S.C	3° S.C	Total	%
Si	10	10	10	30	28
No	25	23	29	77	72
Subtotal	35	33	39	107	100

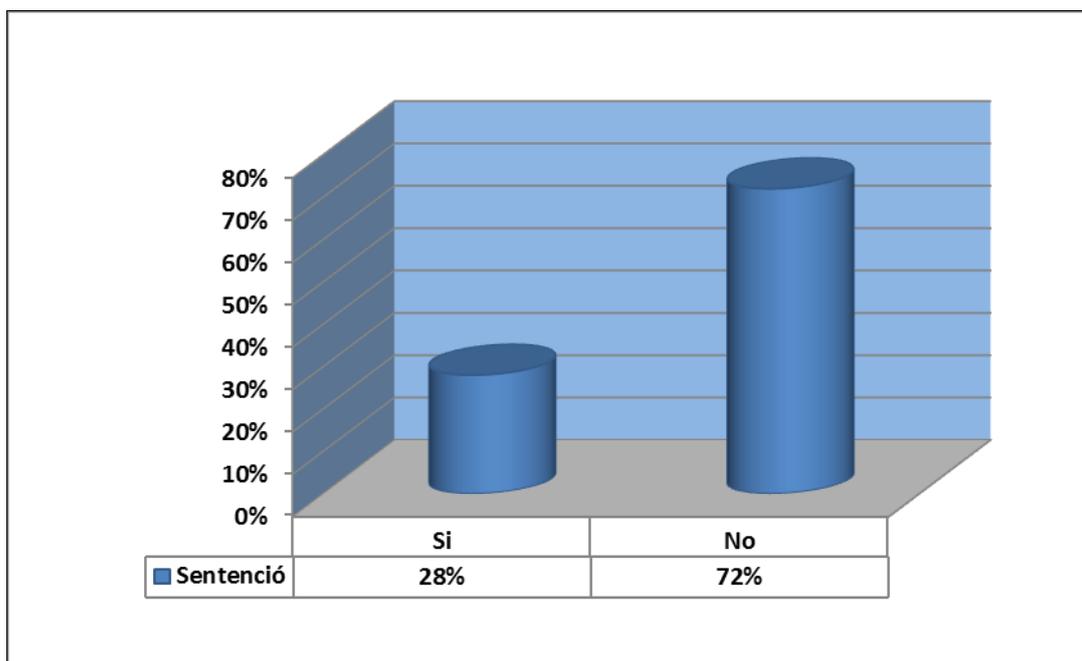
FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

INTERPRETACIÓN:

En esta decimotercera tabla tenemos que de los 107 procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016; en un 72% de expedientes con la nulidad de la cláusula penal por dolo, no se sentenciaron adecuadamente el resarcimiento de los daños sufridos, mientras que en el 28% si se sentenciaron adecuadamente.

GRAFICA Nº 13

Con la nulidad de la cláusula penal por dolo se sentenció un adecuado
resarcimiento de los daños sufridos



FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

TABLA N° 14

Razones por las cuales con la nulidad de la cláusula penal por dolo no se sentenció un adecuado resarcimiento de los daños sufridos

Razones	1° S. C	2° S.C	3° S.C	Total	%
No se pudo garantizar la obligación	15	16	18	49	63
No se pudo probar el dolo del deudor	10	7	11	28	37
Subtotal	25	23	29	77	100

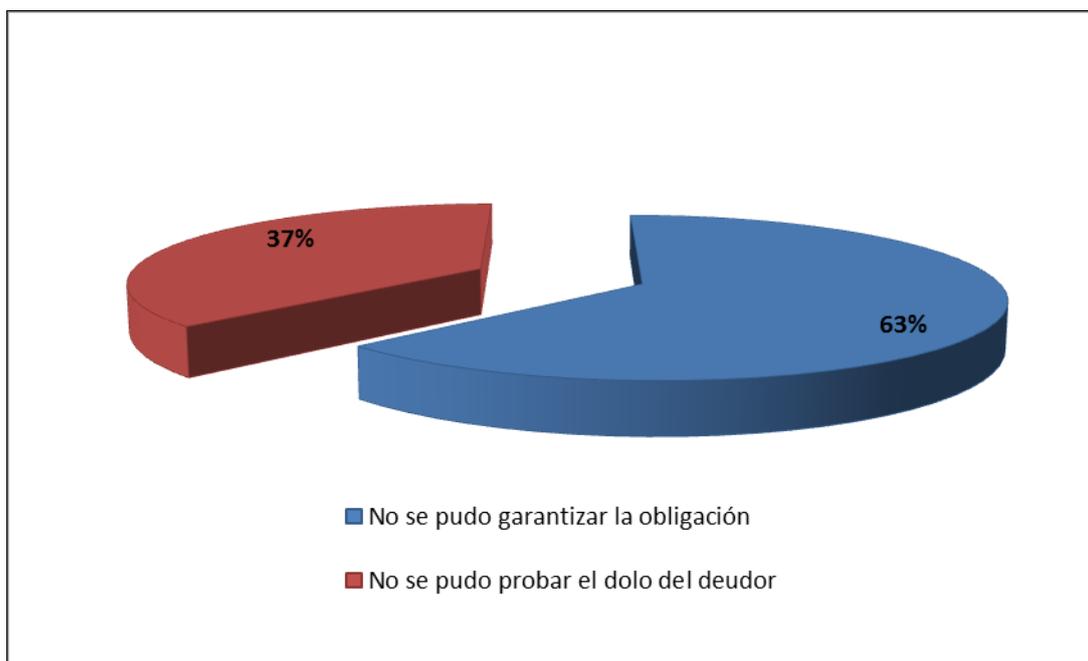
FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

INTERPRETACIÓN:

En esta decimocuarta tabla tenemos que de los 77 procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016; sobre las razones por las cuales con la nulidad de la cláusula penal por dolo no se sentenció un adecuado resarcimiento de los daños sufridos; tenemos que en el 63% no se pudo garantizar la obligación y en el 37% no se pudo probar el dolo del deudor.

GRAFICA Nº 14

Razones por las cuales con la nulidad de la cláusula penal por dolo no se sentenció un adecuado resarcimiento de los daños sufridos



FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

TABLA Nº 15

El monto de los daños derivados del incumplimiento por dolo se encuentra por debajo de la suma pactada en la cláusula penal

Debajo	1° S. C	2° S.C	3° S.C	Total	%
Si	25	23	29	77	72
No	10	10	10	30	28
Subtotal	35	33	39	107	100

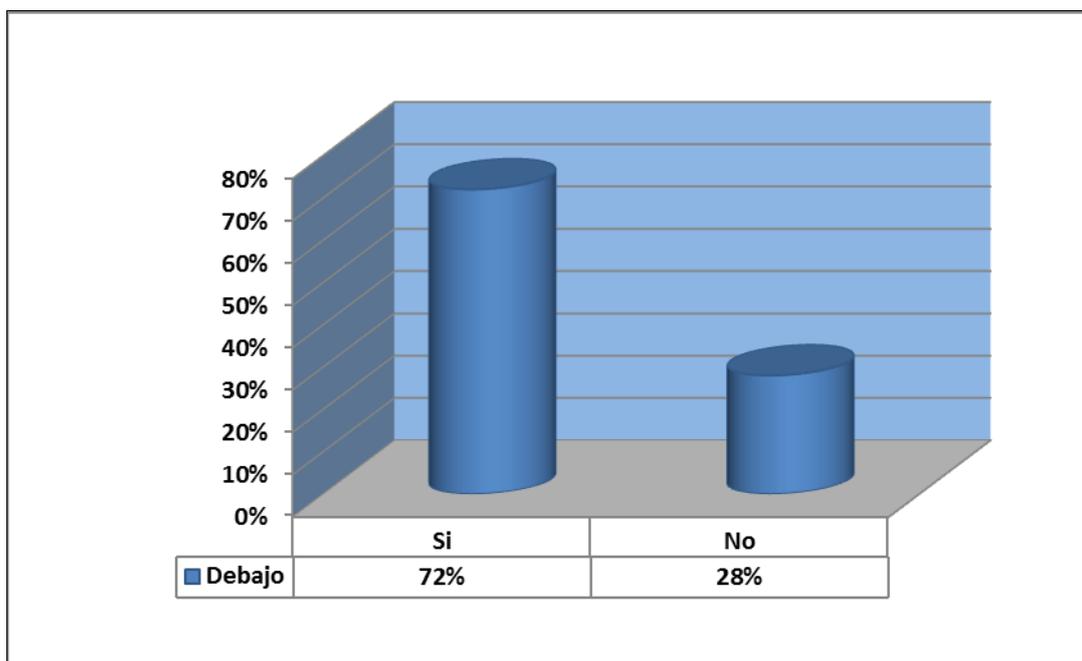
FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

INTERPRETACIÓN:

En esta decimoquinta tabla tenemos que de los 107 procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016; en el 72% de la muestra el monto de los daños derivados del incumplimiento por dolo se encuentra por debajo de la suma pactada en la cláusula penal, mientras que en el 28% no se encuentra dicho monto por debajo.

GRAFICA Nº 15

El monto de los daños derivados del incumplimiento por dolo se encuentra por debajo de la suma pactada en la cláusula penal



FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

TABLA N° 16

Razones por las cuales el monto de los daños derivados del incumplimiento por dolo se encuentra por debajo de la suma pactada en la cláusula penal

Razones	1° S. C	2° S.C	3° S.C	Total	%
Por la existencia de daños imprevisibles	16	18	19	53	68
Por la limitación en la responsabilidad	9	5	10	24	32
Subtotal	25	23	29	77	100

FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

INTERPRETACIÓN:

En esta decimosexta tabla tenemos que de los 77 procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016; sobre las razones por las cuales el monto de los daños derivados del incumplimiento por dolo se encuentra por debajo de la suma pactada en la cláusula penal; tenemos que en el 68% fue por la existencia de daños imprevisibles y en el 32% por la limitación en la responsabilidad.

GRAFICA Nº 16

Razones por las cuales el monto de los daños derivados del incumplimiento por dolo se encuentra por debajo de la suma pactada en la cláusula penal



FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

TABLA N° 17

Con la nulidad de la cláusula penal por culpa inexcusable se sentenció un adecuado resarcimiento de los daños sufridos

Sentenció	1° S. C	2° S.C	3° S.C	Total	%
Si	7	12	9	28	38
No	18	15	12	45	62
Subtotal	25	27	21	73	100

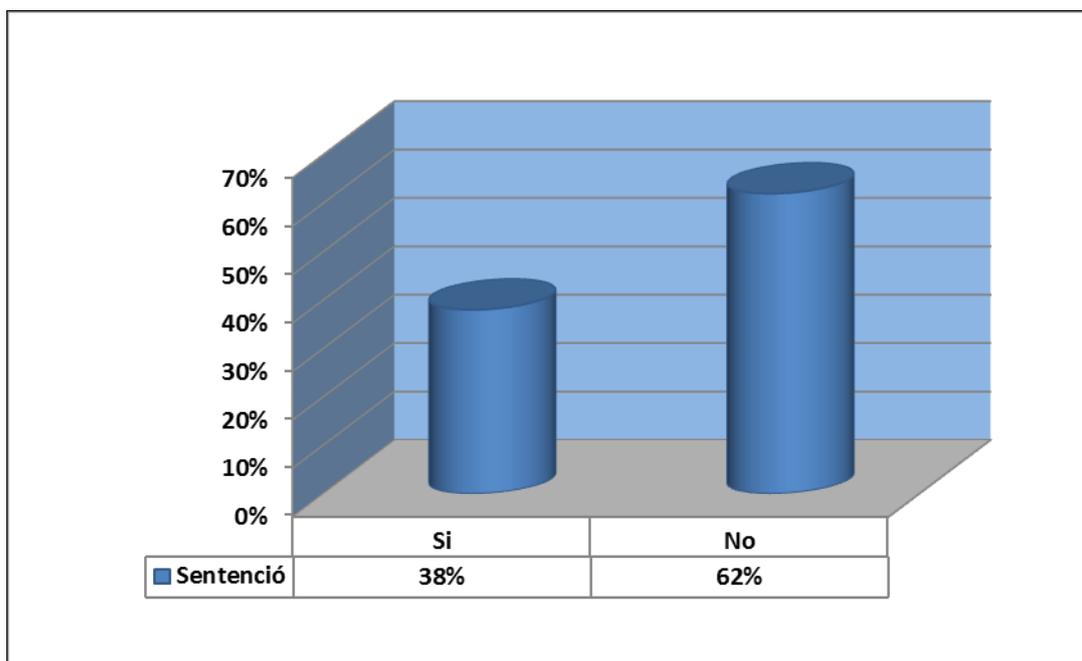
FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

INTERPRETACIÓN:

En esta decimoséptima tabla tenemos que de los 73 procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016; en el 62% de los expedientes muestrales por nulidad de la cláusula penal por culpa inexcusable, no se sentenció un adecuado resarcimiento de los daños sufridos, mientras que en un 38% si se sentenció adecuadamente.

GRAFICA Nº 17

Con la nulidad de la cláusula penal por culpa inexcusable se sentenció un adecuado resarcimiento de los daños sufridos



FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

TABLA Nº 18

Razones por las cuales con la nulidad de la cláusula penal por culpa inexcusable no se sentenció un adecuado resarcimiento de los daños sufridos

Razones	1° S. C	2° S.C	3° S.C	Total	%
No se pudo garantizar la obligación	10	9	8	27	60
No se pudo probar la culpa del deudor	8	6	4	18	40
Subtotal	18	15	12	45	100

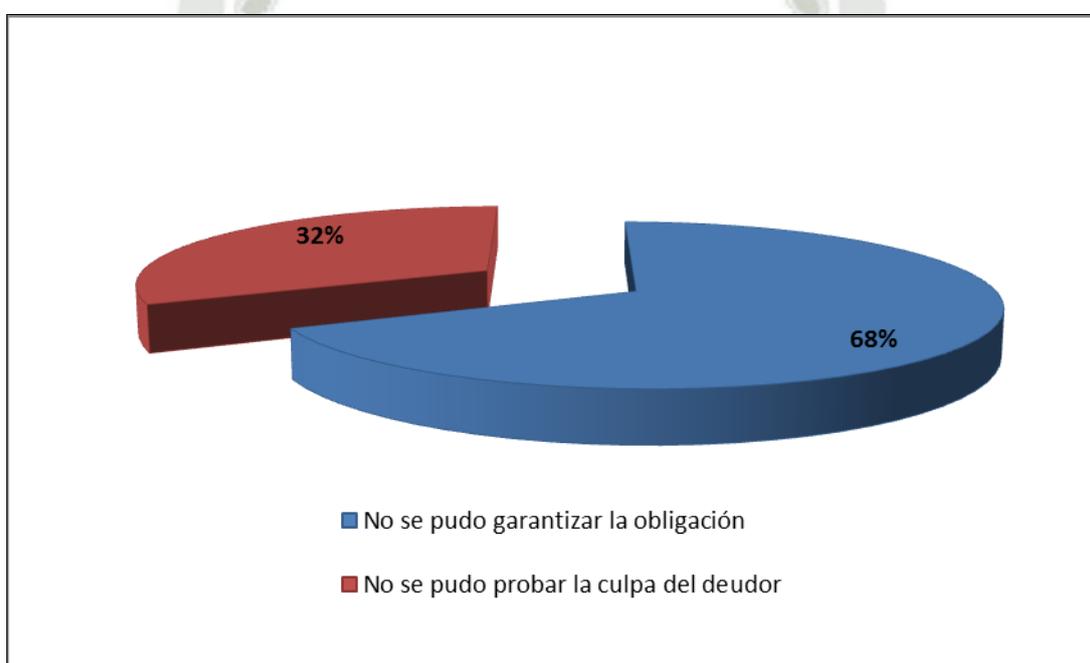
FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

INTERPRETACIÓN:

En esta decimoctava tabla tenemos que de los 45 procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016; sobre las razones por las cuales con la nulidad de la cláusula penal por culpa inexcusable no se sentenció un adecuado resarcimiento de los daños sufridos; tenemos que en el 60% no se pudo garantizar la obligación y en el 40% no se pudo probar la culpa del deudor.

GRAFICA Nº 18

Razones por las cuales con la nulidad de la cláusula penal por culpa inexcusable no se sentenció un adecuado resarcimiento de los daños sufridos



FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

TABLA Nº 19

El monto de los daños derivados del incumplimiento por culpa inexcusable se encuentra por debajo de la suma pactada en la cláusula penal

Debajo	1° S. C	2° S.C	3° S.C	Total	%
Si	18	15	12	45	62
No	7	12	9	28	38
Subtotal	25	27	21	73	100

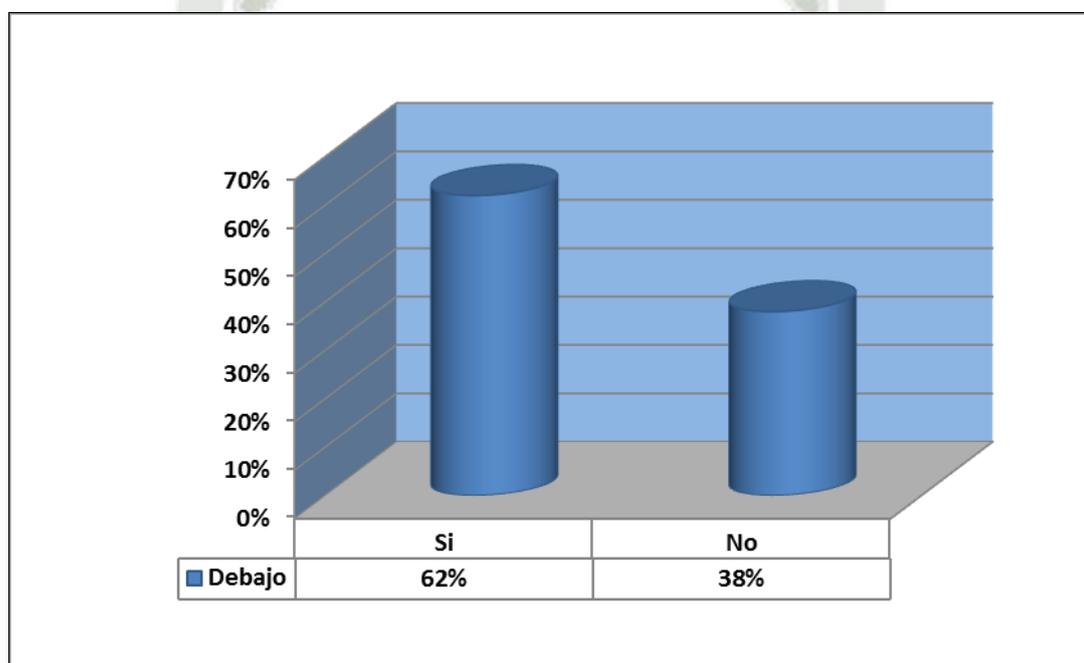
FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

INTERPRETACIÓN:

En esta decimonovena tabla tenemos que de los 73 procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016; en el 62% de los expedientes encuestados el monto de los daños derivados del incumplimiento por culpa inexcusables si se encuentra por debajo de la suma pactada en la cláusula penal, mientras que en el 38% no se encuentra dicho monto por debajo.

GRAFICA Nº 19

El monto de los daños derivados del incumplimiento por culpa inexcusable se encuentra por debajo de la suma pactada en la cláusula penal



FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

TABLA N° 20

Razones por las cuales el monto de los daños derivados del incumplimiento por culpa inexcusable se encuentra por debajo de la suma pactada en la cláusula penal

Razones	1° S. C	2° S.C	3° S.C	Total	%
Por la existencia de daños imprevisibles	12	11	9	32	71
Por la limitación en la responsabilidad	6	4	3	13	29
Subtotal	18	15	12	45	100

FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

INTERPRETACIÓN:

En esta decimoctava tabla tenemos que de los 45 procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016; sobre las razones por las cuales con la nulidad de la cláusula penal por culpa inexcusable no se sentenció un adecuado resarcimiento de los daños sufridos; tenemos que en el 60% no se pudo garantizar la obligación y en el 40% no se pudo probar la culpa del deudor.

GRAFICA Nº 20

Razones por las cuales el monto de los daños derivados del incumplimiento por culpa inexcusable se encuentra por debajo de la suma pactada en la cláusula penal



FUENTE: Información obtenida por el investigador de los procesos de nulidad de cláusula penal tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se concluye que los criterios jurídicos para determinar la nulidad de la cláusula penal y poder garantizar el resarcimiento de los daños sufridos, según los expedientes analizados, deben cumplir dos condiciones la existencia de una obligación principal válida y la validez de la pena estipulada. Sin embargo en dichos expedientes se evidencia que cuando el deudor incumple sus obligaciones no paga la penalidad convenida con el acreedor, alegando que el acreedor no sufrió daños o que los daños son menores a la pena pactada.

SEGUNDA.- Se concluye que el momento adecuado para establecer la estipulación de la nulidad de la cláusula penal, según los expedientes analizados, empieza cuando las partes contratantes han pactado una penalidad para poder garantizar el cumplimiento de las obligaciones; sin embargo en la mayoría de los expedientes examinados se evidencia que el deudor incumple dicha obligación por causas imputables a él, por lo tanto se encuentra en la obligación de pagar la penalidad convenida.

TERCERA.- Se concluye que la valoración que se debe dar al resarcimiento 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 incumple con sus obligaciones pactadas en el contrato; recurre al Juez para pedirle que reduzca el monto de la penalidad que él mismo aceptó, argumentando que los daños son menores o que no existen.

CUARTA.- Se concluye que según los expedientes analizados se ha logrado comprobar que el artículo 1346, norma que permite al deudor solicitar al juez la reducción equitativa de la pena, cuando ella sea manifiestamente excesiva, atenta contra algunos aspectos de la funcionalidad de la cláusula penal, lo cual no permite la garantizar el resarcimiento de los daños sufridos.



SUGERENCIAS

PRIMERA.- Se sugiere que siendo las cláusulas penales medios que garantizan el cumplimiento de los contratos, estas deben ser siempre elevadas por su propia naturaleza para prevenir el incumplimiento de una de las partes, conminándolas al cumplimiento para que sea diligente, oportuno y en beneficio de la parte perjudicada que necesita el cumplimiento de la obligación.

SEGUNDA.- Se sugiere también que las penalidades libremente pactadas en los contratos por las partes intervinientes deben respetarse y cumplirse cuando una de ellas incumpla con sus obligaciones, por lo que no se considera adecuado la revisión judicial o arbitral de las penas convencionales, ni a pedido de ninguna de las partes, ni realizadas de oficio por el Juez.

TERCERA.- Se sugiere finalmente una reforma legislativa del artículo 1341 y la derogatoria del artículo 1346 del Código Civil de 1984, en el sentido de precisar cuál es la función primordial de la cláusula penal y de otro lado garantizar la libertad de contratación entre las partes, dotando para ello de plena eficacia a los acuerdos contractuales realizados entre ellas y especialmente a las penalidades libremente pactadas.

CUARTA.- El pacto por el que se fija la 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. Tomando en cuenta para ello dos criterios la integración equitativa de la eficacia de la cláusula y la conservación sancionadora de la función penal.



PROPUESTA NORMATIVA

**PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 1341 Y DEROGA EL
ARTÍCULO 1346 DEL CÓDIGO CIVIL**

El Congresista de la República, **MODESTO FIGUEROA MINAYA**, integrante del grupo parlamentario Fuerza Popular y los demás congresista que suscriben, en ejercicio de la potestad conferida por el artículo 107° de la Constitución Política del Estado, concordante con el Artículo 22 Inc. c) 75° y 76° del Reglamento del Congreso, proponen al Congreso de la Republica lo siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Ha dado la siguiente Ley:

FORMULA LEGAL

**LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 1341° Y DEROGA EL ARTÍCULO
1346° DEL CÓDIGO CIVIL**

Artículo 1°.- Objeto de la ley.

La presente ley tiene por objeto modificar el artículo 1341° y derogar el artículo 1346° del Código Civil, precisando la función específica de la cláusula penal, y garantizando la libertad de contratar.

Artículo 2°.- Modifíquese el artículo 1341° y deróguese el artículo 1346° del Código Civil, con el siguiente texto:

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

La penalidad tiene como función garantizar el cumplimiento del acuerdo de las partes.

Artículo 1346.- Derogado.

Lima, febrero del 2018

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La iniciativa legislativa que se propone se enmarca en los siguientes fundamentos:

1.1. MARCO NORMATIVO – ANTECEDENTE

- a) Constitución Política del Estado.
- b) Código Civil vigente.
- c) Doctrina del Derecho Alemán.
- d) Doctrina del Derecho Español.
- e) Código Civil Italiano 1942.
- f) Tesis, criterios jurídicos para la nulidad de la cláusula penal y la garantía del resarcimiento de los daños sufridos – Beltrán Díaz Miguel Alí – UCSM – Arequipa 2018.

1.2. MARCO CONCEPTUAL DE LA CLAUSULA PENAL EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y COMPARADA

A fin de que la presente iniciativa se entienda de la mejor manera, citaremos los siguientes conceptos:

Luis Puig Brutau señala que la cláusula penal es la convención accesoria estipulada como cláusula o pacto de una obligación por la que, «se promete realizar una prestación, generalmente pecuniaria, para el caso de que una de las partes no cumpla o cumpla irregularmente lo prometido». El autor también define «obligación con cláusula penal», como aquella obligación principal cuyo incumplimiento se sanciona con la pena.

Puig Brutau, refiere con relación al concepto de «pena convencional», corresponde utilizar esta denominación cuando la pena no ha quedado consignada en una de las cláusulas del negocio principal, sino en un negocio separado, aunque directamente relacionado con aquel.

Jesús María Lobato de Blas sostiene que la cláusula penal se suele establecer por medio de una disposición del negocio principal, es decir, consiste en una cláusula del negocio de constitución de la relación obligatoria; de ahí que sea conocida usualmente con el nombre de «cláusula penal». En este sentido, señala Albaladejo que «se llama cláusula penal a aquella (cláusula) en la que la pena se establece».

Así, para Lobato de Blas la obligación con cláusula penal es la obligación principal garantizada, al igual que Albaladejo quien expresa que se llama «obligación con cláusula penal a la obligación cuyo incumplimiento se sanciona con la pena».

Lobato de Blas precisa que en este tipo de obligaciones existen dos vínculos obligatorios: uno, el de la obligación principal, y otro, el creado por la

cláusula penal, si bien de modo accesorio y para el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la primera.

El Código Civil Peruano de 1984. Utiliza las expresiones «obligaciones con cláusula penal», «cláusula penal», «penalidad» y «pena», al tratar el tema entre los artículos 1341 y 1350. Sin embargo, tales opciones terminológicas no implican, de por sí, ni haber desechado otras opciones ni mucho menos que la ley peruana las repruebe.

Jorge Eugenio Castañeda, señala que la obligación con cláusula penal, en verdad no es una, sino dos obligaciones; por un lado tenemos a la obligación, cuyo cumplimiento in natura es buscado por las partes, en tanto que por otro lado, tenemos a la penalidad pactada, la misma que solo será susceptible de ser reclamada por el acreedor ante el incumplimiento de la obligación principal. Pero conviene aclarar que esta obligación accesorio de la principal, no es alternativa ni facultativa.

En el derecho alemán, Ludwig Enneccerus, denominando pena convencional a la cláusula penal, expresa que ella es «[...] una prestación, generalmente de carácter pecuniario, que el deudor promete como pena al acreedor para el caso de que no cumpla su obligación o no la cumpla del modo pertinente».

En el derecho francés, Louis Josserand sostiene que «La cláusula penal es aquella por la cual las partes fijan de antemano la suma que tendrá que pagar el deudor si no ejecuta su obligación o si la ejecuta tardíamente».

En la doctrina española, Luis Díez-Picazo menciona que «Se denomina pena convencional” a aquella prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal».

Francesco Messineo comentando y analizando el Código Civil italiano de 1942, escribe que «La cláusula penal es una promesa accesoria de un contratante, aceptada por la contraparte, que importa la obligación de efectuar una prestación determinada a título de pena (o multa) para el caso de incumplimiento injustificado de la obligación que nace del contrato [...]».

Aída Kemelmajer, al analizar la legislación argentina, concluye que la cláusula penal «[...] es un negocio jurídico o una convención o estipulación accesoria por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente».

En el derecho peruano, Felipe Osterling Parodi, sostiene que por medio de la cláusula penal «Los contratantes pueden fijar convencional y anteladamente a la fecha de vencimiento de la obligación el monto de los daños y perjuicios que corresponderán al acreedor en caso de que el deudor incumpla tal obligación».

Para, Carlos Cárdenas Quirós, la cláusula penal es: “El mecanismo compulsivo derivado de una relación obligatoria constituido por una prestación de dar, hacer o no hacer que el deudor (o un tercero, según algunos autores o legislaciones, y aun el acreedor en ciertos casos — cuando por ejemplo no colabora con el deudor a fin de que éste verifique la ejecución de la prestación a su cargo, violando el deber de colaboración—) se obliga a ejecutar (a favor del acreedor, de un tercero o de un deudor —si el acreedor contraviene el deber de colaboración—) en el supuesto de inexecución total o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal».

En la Exposición de Motivos del Código Civil peruano de 1984 se afirma categóricamente que «La cláusula penal, legislada en los artículos 1341 al

1350, se concibe como una relación obligacional destinada a que las partes fijen la reparación para el caso de incumplimiento».

Sin perjuicio de lo expresado por Felipe Osterling Parodi en la Exposición de Motivos del Código Civil, consideramos que el Código peruano no define propiamente la figura de la cláusula penal, sino que únicamente describe los efectos de la misma, al disponer en el artículo 1341 que «El pacto por el que se acuerda que, en caso 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».

1.3. MARCO CONCEPTUAL DEL DAÑO, EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y COMPARADA

El daño comprende además de la lesión del bien protegido, las consecuencias, aquellos efectos negativos que derivan de la lesión del bien protegido.

De una lesión patrimonial pueden resultar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Se habla de un daño evento (lesión del interés tutelado) y de un daño consecuencia (daño emergente, lucro cesante y daño moral).

“El daño no golpea en una sola dirección, causando un solo tipo de consecuencias económicas, sino que por lo general hace estallar la situación en diferentes fragmentos económicamente dañinos: aquel que es atropellado por un vehículo puede necesitar pagar sus gastos de hospitalización, pero además tiene que comprar remedios, requiere pagar la ambulancia que lo llevó hasta el hospital desde el lugar del accidente, puede necesitar tratamiento psiquiátrico, quizá va a tener que someterse a una costos a

rehabilitación por varios meses, paralelamente pierde un negocio importante debido a su hospitalización y además no se encuentra en aptitud de trabajar para mantener a su familia durante un largo tiempo, etc. “

1.3.1. Clasificación Del Daño

Tenemos fundamentalmente dos grandes categorías de daños económicos, que abarcan la gran cantidad de situaciones que se presentan en la vida diaria y se denominan: Daño Emergente y Lucro Cesante. El Daño patrimonial consiste en la lesión de derechos de contenido económico.

1.3.2. El Daño Emergente

Es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito, conocido también como la disminución de la esfera patrimonial del dañado. Dicho en otras palabras, la indemnización del daño emergente es la que pretende restituir la pérdida sufrida.; en cuanto a los daños futuros, se refiere a la secuela que puede causar el accidente en la salud de una persona y que no necesariamente surgen en el momento de la contingencia sino en forma posterior.

1.3.3. Lucro Cesante

Consiste en el no incremento del patrimonio del dañado, también se dice que es la ganancia patrimonial neta dejada de percibir por el dañado, en consecuencia será aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino o aquello que hubiera podido ganar y no lo hizo por causa peldaño. Entonces mientras en el daño emergente hay empobrecimiento, en el lucro cesante hay un impedimento a que se enriquezca legítimamente.

Esto no significa que el daño emergente sea presente, mientras que el lucro cesante es futuro. La fecha para considerar el pasado, presente y futuro en este caso es el de la sentencia. Desde esta perspectiva tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser pasados, presentes o futuros. El lucro cesante es siempre futuro con respecto al momento del daño.”

1.3.4. Daño Extra Patrimonial

Dentro de la sistemática actual del Código Civil Peruano, la categoría de daño extra patrimonial o subjetivo, comprende el daño a la persona, entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas y el daño moral, expresada en sentimientos de ansiedad, angustia, sufrimiento tanto físico como psíquico, padecidos por la víctima, que por lo general son pasajeros y no eternos.

II. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

En la legislación peruana, propiamente en materia civil, no existe un criterio jurídico adecuado, para determinar la NULIDAD DE LA CLAUSULA PENAL COMPENSATORIA, a que establece el artículo 1341 del código civil vigente, por el Órgano jurisdiccional, por cuanto el artículo 1346 del mismo cuerpo legal precedentemente indicado reduce la cláusula penal en el caso concreto de ser manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal haya sido irregularmente cumplida (...) esto es en gran parte en perjuicio del acreedor y otras en menor porcentaje al deudor y/o obligado, que buscan el resarcimiento por los daños y perjuicios, ya pactados en un documento público obligándose mutuamente las partes.

De manera que, al no haber criterios jurídicos adecuados para determinar la nulidad de la cláusula penal, por la colisión de los artículos antes mencionados, no se permite la garantía del resarcimiento de los daños

sufridos, en tal virtud es necesaria su modificación idónea, para la salvaguarda del cumplimiento de obligaciones impagas.

La Cláusula Penal en el Perú tiene la finalidad de reparar daños y conminar, intimidar o apercibir al deudor, en la inejecución de obligaciones; de acuerdo con su naturaleza jurídica y la técnica jurídica del Código Civil de 1984 (artículos 1341 y 1342). Permite pactar anteladamente el resarcimiento de los daños y perjuicios por incumplimiento, y evitar costos innecesarios a nivel judicial por determinación de daños y perjuicios, liberando al acreedor de la prueba de los daños y facilitando la fluidez del comercio y sobre todo respetando los acuerdos pactados en documento público.

El problema jurídico se presenta cuando, establecidas jurídicamente todas las bondades de la cláusula penal en obligaciones entre particulares, nuestro ordenamiento jurídico habiendo previsto el resarcimiento de los daños sufridos cuando ha mediado dolo o culpa inexcusable en el incumplimiento por parte del deudor, dicha situación se prohíbe en algunos casos por ser cuestionadas maliciosamente.

Esta situación desnaturaliza la institución jurídica de la cláusula penal, porque todo aquello que se quiso evitar con el establecimiento de la cláusula penal, es decir, la prueba y monto de los daños y perjuicios, necesariamente tendrían que determinarse en un proceso judicial, en donde además se deja a criterio del Juez, pudiendo éste incurrir en arbitrariedades al no existir lineamientos o pautas a tomarse en cuenta, que justifiquen la aplicación del artículo 1328. Entonces la cláusula penal desnaturalizada jurídicamente no cumple las finalidades ni bondades para la cual fue diseñada y legislada.

En ese sentido, la finalidad de la presente iniciativa es dar plena validez a la cláusula penal conforme se tiene dicho, es mas no se debe permitir la contravención de normas de orden público que son de carácter imperativo.

III. OBJETIVO

- 3.1. El objeto del presente proyecto se centra en el hecho de que la CLAUSULA PENAL debidamente establecida en documento público, tiene como función garantizar el cumplimiento del acuerdo de las partes y subsecuentemente objeto de ser materia de pago por los daños ocasionados. De esta forma evitar trámites judiciales engorrosos y muchas veces parcializados, en perjuicio de las partes.
- 3.2. Determinar que, la cláusula penal en documento público, tiene plena validez y con ello garantiza los daños que pudiera ocasionarse a las partes, de conformidad a ley y la Constitución.
- 3.3. Determinar que la cláusula penal, no puede ser objeto de supuestas nulidades, si cumple los requisitos esenciales que requiere un acto jurídico (documento público). En consecuencia, cuando el deudor incumple con sus obligaciones debe pagar la penalidad convenida al acreedor y no pretender rehusar a dicho pago alegando que el acreedor no sufrió daños o que los daños son menores a la pena pactada, haciendo uso maliciosamente de lo que establece el artículo 1346 del código civil, vigente.
- 3.4. Determinar que el tiempo y espacio adecuado para la estipulación de la nulidad de la cláusula penal en el sistema jurídico peruano, empieza cuando los contratantes pactan una penalidad con la finalidad de reforzar el cumplimiento de las obligaciones y desincentivar su incumplimiento, por lo tanto resulta natural que si el deudor incumple por causas imputables a él (dolo o culpa), esté en la obligación de pagar la penalidad libremente convenida y el acreedor tenga el derecho de solicitar su ejecución.

IV. JUSTIFICACIÓN

- 4.1. Las penas convencionales, como medios compulsivos para garantizar el cumplimiento de los contratos, deben ser elevadas por naturaleza, ya que teniendo por finalidad prevenir el incumplimiento debe ser enorme, debe agravar la situación del deudor, casi conminándolo al cumplimiento para que sea diligente y oportuno en el cumplimiento de sus obligaciones.
- 4.2. 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 es adecuado la tesis de una revisión judicial o arbitral de las penas convencionales, ni a pedido del deudor ni realizadas de oficio por el Juez.
- 4.3. La iniciativa legislativa, requiere ser aprobada, modificando el artículo 1341 y la derogatoria del artículo 1346 del Código Civil de 1984, en el sentido que se tiene indicado, esto es de precisar la función de la cláusula penal y de otro lado garantizar la libertad de contratación dotando de plena eficacia a los acuerdos contractuales y especialmente, en este caso, a las penalidades libremente pactadas.
- 4.4. La iniciativa del presente proyecto resulta viable, porque la cláusula penal es una cláusula limitativa de responsabilidad, es decir, está sujeta a la regulación que ofrece el artículo 1328 del Código Civil, con lo cual de manera inexorable tenemos que ella será válida solo para el caso de incumplimiento de obligaciones mediando culpa leve, de lo contrario cuando medie culpa inexcusable o dolo, tendremos que la cláusula penal será nula y surtirá ningún efecto sobre las partes.

- 4.5. Se pretende, dar seguridad jurídica a las cláusulas penales pactadas y evitar el perjuicio de los daños causados a una de las partes.

V. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

- 5.1. No genera gasto alguno ni afecta al presupuesto de las entidades públicas.
- 5.2. Contribuye a determinar la autonomía conceptual de la cláusula penal.
- 5.3. Precisar que la cláusula penal tiene el carácter de ser compulsivo, ya que se pacta para el debido cumplimiento de la obligación principal y subsecuentemente garantizar de manera anticipada los perjuicios generados por el deudor, en lo principal.

VI. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA QUE SE PROPONE SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

- 6.1. De entrar en vigencia la presente iniciativa, perfecciona nuestro ordenamiento jurídico sustancial en materia civil.
- 6.2. Que, la penalidad, debidamente establecida, tenga autonomía a efecto de garantizar el cumplimiento de acuerdo de partes sin dilación alguna.

BIBLIOGRAFÍA

1. **ALBALADEJO**, Manuel. Derecho Civil, tomo II, vol. 1, EDISOFER, España, 1982.
2. **ALPA** Guido, Responsabilidad Civil y Daño, Lima Gaceta Jurídica, Traducción de Juan Espinoza Espinoza, 2001.
3. **BELTRAN**, Jorge. Comentario al artículo 1332° del Código Civil. En: Código Civil Comentado. Tomo V. Las Obligaciones. Lima: Gaceta Jurídica, 2003.
4. **BORDA**, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Obligaciones I. 5.a ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1983.
5. **BREBBIA**, Roberto H. "La Persona Jurídica como Sujeto Pasivo de Agravio Moral". En: Temas de Responsabilidad Civil en honor al Dr. Augusto Morello. La Plata: Librería Editorial Platense S.R.L., 1981.
6. **BUSTAMANTE ALSINA**, Jorge. Teoría de la Responsabilidad Civil, Buenos Aires Argentina, 1997.
7. **CÁRDENAS QUIRÓS**, Carlos. Estudios de Derecho Privado I. Lima: Ediciones Jurídicas, 1994.
8. **CÁRDENAS QUIRÓS**, Carlos. «Reflexiones sobre la mutabilidad e inmutabilidad de la pena contractual». En Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico latinoamericano. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1990.
9. **CASTAÑEDA**, Jorge Eugenio. Derecho Civil, tomo 1, Librería A & M

Jiménez, Madrid España, 1985.

10.CAZEAX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. Compendio de Derecho de las Obligaciones. La Plata: Editorial Platense, 1986.

11.DE CUPIS, Adriano. El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Traducción de la Segunda Edición Italiana. Barcelona: BOSJL 1975.

12.DE TRAZEGNIES. Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Tomo II. Lima Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1988.

13.DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. II: Las relaciones obligatorias. 5.a ed. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1996.

14.DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON. Luis. «El sentido histórico del Derecho CiviJ". p. 171. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Noviembre 1959.

15.DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo III. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993.

16.ENNECCERUS, Ludwig. Derecho de Obligaciones. Vol. I. Traducción de 35.^a ed. alemana por Blas Pérez Gonzáles y José Alguer. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1954.

17.ESPINOZA ESPINOZA Juan, Derecho de la Responsabilidad Civil, Lima Gaceta Jurídica Editores 4ta Edición 2006.

18.FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "Las transformaciones funcionales de la

responsabilidad civil: la óptica sistemática. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law”, edición digital.

19. **FERNÁNDEZ CRUZ**, Gastón. El deber accesorio de diligencia en las relaciones obligatorias. En: Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil. Libro en memoria de Lizardo Taboada. Lima: Grijley, 2004.
20. **GHERSI**, Carlos Alberto. Teoría General de la Reparación de Daños. Buenos Aires: Astrea, 1997.
21. **JOSSERAND**, Louis. Derecho Civil. Tomo II, vol. I. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores, 1950.
22. **KEMELMAJER DE CARLUCCI**, Aída. La Cláusula Penal. Su Régimen Jurídico en el Derecho Civil. Comercial, Laboral, Administrativo, Tributario, Internacional y Procesal. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1981.
23. **LEÓN BARANDIARÁN**, José. Tratado de Derecho Civil. Tratado de Derecho Civil. Tomo III. Obra clásica en soporte digital CD2. Lima: Gaceta Jurídica S. A., 2002.
24. **LEÓN BARANDIARAN**, José. Tratado de Derecho Civil, Las Obligaciones, Lima WG Editor, tomo III ,volumen 2, 1992.
25. **LEÓN HILARIO**, Leysser. “La responsabilidad civil – Líneas Fundamentales y nuevas perspectivas” 3ra Ed. El Jurista Editores, Lima-2011.
26. **LOBATO DE BLAS**, Jesús María. La cláusula penal en el derecho

español, EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, España, 1980.

- 27. LOPEZ SANTA MARÍA, Jorge.** Obligaciones y contratos frente a la inflación. Segunda edición. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1978.
- 28. LLERENA PAZOS, Douglas Alexander.** La inconveniente reducción judicial de la cláusula penal considerada excesiva en el Código Civil peruano de 1984. Tesis presentada para obtener el Título Profesional de Abogado. Universidad Católica de Santa María. Arequipa: 2004.
- 29. MELICH ORSINI, José.** La responsabilidad Civil por Hechos Ilícitos. 2da. Edición, Serie Estudios, Caracas, 2001.
- 30. MESSINEO, Francesco.** Doctrina General del Contrato. Tomo I. Traducción de Fontanarrosa, Sentís Melendo y Volterra. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986.
- 31. MOSSET ITURRASPE, Jorge.** Medios compulsivos en Derecho privado. Buenos Aires: EDIAR Sociedad Anónima Editora, 1978.
- 32. OSTERLING PARODI, Felipe – CASTILLO FREYRE, Mario.** Tratado de las Obligaciones. Cuarta Parte. Biblioteca para Leer el Código Civil Volumen XVI. T. XIV. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.
- 33. OSTERLING PARODI, Felipe.** «Obligaciones con cláusula penal». En Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1998.
- 34. PLANIOL MARCELO Y RIPERT JORGE,** Tratado práctico de Derecho Civil francés, tomo VII, Las Obligaciones (segunda parte), No. 821.

- 35.POTHIER, R. J.** Tratado de las Obligaciones. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1978.
- 36.PUIG BRUTAU,** Luis. Fundamentos del Derecho Civil, Editorial Bosch, Barcelona España 1981.
- 37.PUIG PENA,** Federico, Compendio de Derecho Civil Español, vol. III, tomo IV, Editorial Aranzandi, España.
- 38.SCOGNAMIGLIO,** Renato. Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico. Lima: Grijley, 2004.
- 39.SCOGNAMIGLIO,** Renato. El Daño Moral. Contribución a la Teoría del Daño Extracontractual. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1962.
- 40.VEGA MERE** Yuri, Dolo en el Condigo Civil comentado, Lima Gaceta Jurídica Editores, tomo VI Edición segunda.



Universidad Católica De Santa María

Escuela de Postgrado

Maestría en Derecho Civil



**CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA NULIDAD DE LA CLAUSULA PENAL
Y LA GARANTÍA DEL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS SUFRIDOS,
AREQUIPA 2015 - 2016**

Proyecto de tesis presentada por el Bachiller:

Miguel Alí Beltrán Díaz

Para optar el Grado Académico de:

Maestro en Derecho Civil

Arequipa – Perú

2018

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

I.- PREÁMBULO

La Cláusula Penal en el Perú tiene la finalidad de reparar daños y conminar, intimar o apercibir al deudor, en la inexecución de obligaciones; de acuerdo con su naturaleza jurídica y la técnica jurídica del Código Civil de 1984 (artículos 1341 y 1342). Permite pactar anteladamente el resarcimiento de los daños y perjuicios por incumplimiento, y evitar costos innecesarios a nivel judicial por determinación de daños y perjuicios, liberando al acreedor de la prueba de los daños y facilitando la fluidez del comercio.¹³⁰

El problema jurídico se presenta cuando, establecidas jurídicamente todas las bondades de la cláusula penal en obligaciones entre particulares, nuestro ordenamiento jurídico habiendo previsto el resarcimiento de los daños sufridos cuando ha mediado dolo o culpa inexcusable en el incumplimiento por parte del deudor, dicha situación se prohíbe en algunos casos, por lo tanto debemos tener en cuenta que al ser la cláusula penal una cláusula limitativa de responsabilidad, esta deberá ser nula en aplicación del artículo 1328 del Código Civil.

Esta situación desnaturaliza la institución jurídica de la cláusula penal, porque todo aquello que se quiso evitar con el establecimiento de la cláusula penal, es decir, la prueba y monto de los daños y perjuicios, necesariamente tendrían que determinarse en un proceso judicial, en donde además se deja a criterio del Juez, pudiendo éste incurrir en arbitrariedades al no existir lineamientos o pautas a tomarse en cuenta, que justifiquen la aplicación del

¹³⁰ La cláusula penal y la reducción judicial de la pena en el Código Civil Peruano de 1984. Disponible en: www.blog.pucp.edu.pe

artículo 1328. Entonces la cláusula penal desnaturalizada jurídicamente no cumple las finalidades ni bondades para la cual fue diseñada y legislada.¹³¹

Es así que el fin del presente trabajo de investigación, es realizar un análisis jurídico, de cómo debe entenderse y como debe de operar la aplicación sistemática de los artículos 1328 y 1341 del Código Civil, en tanto que el sistema legal no puede ni debe permitir la contravención de normas de orden público que son de carácter imperativo, como lo es la prohibición de limitación de responsabilidad por dolo o culpa inexcusables.

II.- PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1.- PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 ENUNCIADO DEL PROBLEMA

CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA NULIDAD DE LA CLAUSULA PENAL Y LA GARANTÍA DEL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS SUFRIDOS, AREQUIPA 2013 -2014

1.2 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1 ÁREA DE CONOCIMIENTO, CAMPO Y LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

- ◆ **ÁREA :** Ciencias jurídicas
- ◆ **CAMPO:** Derecho Civil
- ◆ **LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:** La cláusula penal y el resarcimiento de los daños.

¹³¹ *Ibíd*em

1.2.2 ANÁLISIS DE VARIABLES

VARIABLE INDEPENDIENTE: La nulidad de la cláusula penal

INDICADORES

- Funcionalidad de la cláusula penal.
- Exigibilidad de la cláusula penal.
- Accesoriedad de la cláusula penal.
- Inmutabilidad de la cláusula penal.
- Criterios para la nulidad de la cláusula penal.

VARIABLE DEPENDIENTE: El resarcimiento de los daños

INDICADORES

- Naturaleza jurídica del resarcimiento de los daños.
- Requisitos para el resarcimiento de los daños.
- Valoración normativa del resarcimiento de los daños.
- Presupuestos para el resarcimiento de los daños.
- Garantía del resarcimiento de los daños sufridos.

1.2.3 INTERROGANTES BÁSICAS

- ¿Cuáles son los criterios jurídicos para determinar la nulidad de la cláusula penal y con ello garantizar el resarcimiento de los daños sufridos?
- ¿Cuál es el momento adecuado para la estipulación de la nulidad de la cláusula penal en el sistema jurídico peruano?

- ¿Cuál es la valoración adecuada que se debe dar al resarcimiento de los daños sufridos en el sistema jurídico peruano?

1.2.4 TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

◆ **TIPO:**

- Por el objetivo: Aplicada
- Por el enfoque: Especializada
- Por la perspectiva temporal: Coyuntural
- Por las fuentes de información: Documental y de campo

◆ **NIVEL DE INVESTIGACIÓN:**

- Descriptiva – Explicativa

1.3 JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

La investigación resulta viable, porque la cláusula penal es una cláusula limitativa de responsabilidad, es decir, está sujeta a la regulación que ofrece el artículo 1328 del Código Civil, con lo cual de manera inexorable tenemos que ella será válida solo para el caso de incumplimiento de obligaciones mediando culpa leve, de lo contrario cuando medie culpa inexcusable o dolo, tendremos que la cláusula penal será nula y surtirá ningún efecto sobre las partes, siendo uno de los efectos de dicha nulidad que el monto pactado previamente como indemnización tendrá que ser nuevamente calculado, hecho que sería de beneficio para el acreedor que no pactó el daño ulterior, puesto que el quantum de la indemnización será mayor.

La investigación es original, porque debido a que no se pacta estipulación alguna sobre daño ulterior, cualquier empresa afectada tendría que conformarse con la penalidad pactada, la misma que al ser pactada con base en culpa leve, solo cubriría el daño previsto al momento de la celebración del contrato, lo cual resultaría se totalmente perjudicial para cualquier empresa afectada, la que no vería resarcido el grave daño causado por dichos perjuicios.

La investigación posee relevancia jurídica, porque la solución para dicha problemática sería demandar la nulidad de la penalidad en aplicación del artículo 1328 y a la vez demandar en forma acumulada el pago de la real indemnización que sirva para resarcir los reales daños causados y no el pago de una indemnización que no cubriría esto, en total detrimento patrimonial de la empresa perjudicada.

2.- MARCO TEÓRICO

a. Concepto de la Cláusula Penal

Señala KEMELMAJER DE CARLUCCI, que: “La cláusula penal es un negocio jurídico o una convención o estipulación accesoria por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente”.¹³²

El maestro LEÓN BARANDIARÁN sostiene que: “cualquiera sea la modalidad que invista la cláusula penal, ella tiene por finalidad una resarcitoria de daños, anteladamente valorizados; lo que da a dicha figura su fisonomía propia. Ofrece al creador un medio severo de conminación contra el deudor, hace posible el surgimiento de una responsabilidad, que se concreta en el pago de la penal, en casos en que de otro modo no cabría

¹³² KEMELMAJER A. La cláusula penal. Buenos Aires: Ediciones Depalma; 1981. Pág. 17.

acción propia y eficaz contra el que se ha sometido a la cláusula, funciona como fuerza coercitiva para constreñir al deudor a cumplir su promesa, y como reacción punitiva contra el delito civil de inexecución o de mora”.¹³³

En nuestras palabras, su concepto y contenido es el siguiente: “La cláusula penal es aquella obligación accesoria (acto jurídico) por medio de la cual las partes contratantes para reforzar el cumplimiento de sus obligaciones, fijan una prestación para el caso de inexecución total, parcial o defectuosa de la obligación principal. Que puede consistir en cualquier prestación que pueda ser objeto de las obligaciones. Que tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esa prestación”. Precisamos que en el Código Civil de 1984, el artículo 1341° no necesita modificación normativa de su texto, éste puede ser interpretado de manera extensiva.

La cláusula penal no es una mera anticipación de daños y perjuicios, puede acoger aquellos intereses que siendo dignos y legítimos son reconocidos por el ordenamiento jurídico. Dentro de ellos, pueden tener acogida otras funciones de la cláusula penal que no están literalmente insertas en el concepto legal de cláusula penal, siempre y cuando sean coherentes con el sistema jurídico peruano. De esta manera el campo de acción útil de la cláusula penal es ampliado lo que significa que es mejorado, y su uso es socialmente relevante en la medida que es un instrumento jurídico orientado a reforzar un mayor número de actos jurídicos, que en la actualidad no refuerza.

b. Sistema adoptado por la legislación peruana

El sistema adoptado por el Código Civil de 1984 es el de inmutabilidad relativa; es decir, que permite la reducción de la cláusula penal a criterio de juez, pero no autoriza su incremento.

¹³³ LEÓN J. Tratado de Derecho Civil, Las Obligaciones. Lima: WG Editor; tomo III, volumen 2, 1992.

De acuerdo a la regulación que se ha otorgado a la cláusula penal en nuestro país, los daños que sobrepasen el monto de la penalidad serán susceptibles de resarcimiento sólo si se hubiera pactado la indemnización del daño ulterior. Caso contrario, la penalidad cumple la función de limitar la responsabilidad del incumplidor. En lo que respecta a los criterios que, de acuerdo al artículo 1346° del Código Civil, pueden adoptarse a efectos de reducir el monto de la penalidad, es preciso indicar que la norma admite el empleo de criterios tanto objetivos como subjetivos.

En el primer supuesto, esto es, adoptando el criterio objetivo, el buen sentido nos indica que el órgano jurisdiccional no podrá negarse a reducir el monto de la penalidad, cuando el deudor demuestre de manera objetiva que el monto de los daños derivados de su incumplimiento se encuentra por debajo de la suma pactada en la cláusula penal.

No obstante la lógica de este argumento, cabría preguntarse si además de la prueba de los daños es preciso que el juez verifique que la penalidad es “manifiestamente excesiva”. Dicho en otros términos, ¿sería posible la reducción de una penalidad que no es “manifiestamente excesiva” cuando el deudor haya demostrado que los daños efectivamente irrogados por el incumplimiento son menores?

Tal cuestionamiento resulta perfectamente válido, pues podría darse el caso en que la pena no sea “manifiestamente excesiva”, sino que, por el contrario, se haya pactado una penalidad razonable –inclusive diminuta, si nos ponemos en un supuesto extremo-, pero que, no obstante, los daños irrogados por el incumplimiento estén por debajo del monto pactado o, inclusive, sean inexistentes, y así lo demuestre el incumplidor.

El análisis de estas interrogantes puede ser abordado desde dos perspectivas. En primer lugar, si nos atenemos al texto del dispositivo citado, en el ejemplo referido no se habría verificado el supuesto de hecho que

establece la norma, esto es, que la pena sea “manifiestamente excesiva”, con lo cual, no sería procedente la reducción de su monto.

La segunda posible solución al problema estaría en obviar la interpretación literal de la norma e indemnizar por los daños efectivamente irrogados, reduciendo de manera proporcional el monto de la pena. Sin perjuicio de las opciones propuestas desde el punto de vista objetivo, consideramos que, en el sistema a que se ha acogido el Código Civil peruano, la solución al problema planteado podría encontrarse en la adopción de un criterio subjetivo para determinar la reducción de la penalidad. El fundamento de esta posición se encuentra en el requisito que establece la norma bajo análisis para la reducción de la penalidad.

Pareciera que la referencia a la reducción equitativa de la pena “manifiestamente excesiva” denota la necesaria apreciación subjetiva del juez, pues no solamente se exige que la pena sea excesiva, esto es, que supere con creces el monto de los daños de los daños y perjuicios efectivamente irrogados, sino que, además, se requiere que esta desproporción sea manifiesta, es decir, abiertamente abusiva e, inclusive, grosera. Bajo esta perspectiva, la verificación de que el supuesto de la norma se ha cumplido no le correspondería al deudor que solicita la reducción de la penalidad, sino al juez. Asimismo, el carácter abusivo de la penalidad tampoco es susceptible de verificarse en el terreno probatorio, pues no es mediante criterios objetivos, sino subjetivos, que se tendrá que evaluar los supuestos en que el monto de la pena pactada es “manifiestamente excesivo”.

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

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

Frente a estos argumentos, siempre podrá objetarse que la determinación de si una cláusula penal es “manifiestamente excesiva” sólo podrá hacerse una vez efectuada la probanza de los daños, pues sólo de este modo se podrá comprobar su desproporción con el monto de la pena, esto es, mediante criterios objetivos y no subjetivos.

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

La presencia del criterio subjetivo del juez podría ser llevada a extremos en el supuesto en que el incumplidor solicite la reducción de la penalidad que, de acuerdo al sentido común, es sin lugar a dudas “manifiestamente excesiva”, pero que, sin embargo, omite aportar pruebas conducentes a demostrar la inferioridad del monto del daño. En este supuesto, no parece ser lo más sensato declarar infundado el pedido del deudor por falta de pruebas. Por el contrario, el buen sentido nos indica que el juez deberá emplear su leal saber y entender a efectos de reducir prudencialmente y de manera equitativa el monto de la pena pactada.

c. Concepto de daño

El daño comprende además de la lesión del bien protegido, las consecuencias, aquellos efectos negativos que derivan de la lesión del bien protegido. De una lesión patrimonial pueden resultar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Se habla de un daño evento (lesión del interés tutelado) y de un daño consecuencia (daño emergente, lucro cesante y daño moral).

“El daño no golpea en una sola dirección, causando un solo tipo de consecuencias económicas, sino que por lo general hace estallar la situación en diferentes fragmentos económicamente dañinos: aquel que es atropellado por un vehículo puede necesitar pagar sus gastos de hospitalización, pero además tiene que comprar remedios, requiere pagar la ambulancia que lo llevó hasta el hospital desde el lugar del accidente, puede necesitar tratamiento psiquiátrico, quizá va a tener que someterse a una costos a rehabilitación por varios meses, paralelamente pierde un negocio importante debido a su hospitalización y además no se encuentra en aptitud de trabajar para mantener a su familia durante un largo tiempo, etc. “

d. El Daño emergente

Es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito, conocido también como la disminución de la esfera patrimonial del dañado. Dicho en otras palabras, la indemnización del daño emergente es la que pretende restituir la pérdida sufrida. Tenemos como ejemplo. En un accidente de tránsito, los gastos de la reparación del vehículo, gastos médicos, (operación, medicina); en cuanto a los daños futuros, se refiere a la secuela que puede causar el accidente en la salud de una persona y que no necesariamente surgen en el momento de la contingencia sino en forma posterior.

e. Lucro Cesante

Consiste en el no incremento del patrimonio del dañado, también se dice que es la ganancia patrimonial neta dejada de percibir por el dañado, en consecuencia será aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino o aquello que hubiera podido ganar y no lo hizo por causa peldaño. Entonces mientras en el daño emergente hay empobrecimiento, en el lucro cesante hay un impedimento a que se enriquezca legítimamente.

“Esto no significa que el daño emergente sea presente, mientras que el lucro cesante es futuro. La fecha para considerar el pasado, presente y futuro en este caso es el de la sentencia. Desde esta perspectiva tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser pasados, presentes o futuros. El lucro cesante es siempre futuro con respecto al momento del daño.”

f. Daño extrapatrimonial

Dentro de la sistemática actual del Código Civil Peruano, la categoría de daño extrapatrimonial o subjetivo, comprende el daño a la persona, entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas y el daño moral, expresada en sentimientos de ansiedad, angustia, sufrimiento tanto físico como psíquico, padecidos por la víctima, que por lo general son pasajeros y no eternos.

3.- ANÁLISIS DE ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Pese a las búsquedas realizadas en las diferentes bibliotecas de la ciudad no se han ubicado trabajos de investigación al respecto, en la provincia de Arequipa, y tampoco se encuentran investigaciones específicas en el campo del Derecho y menos aún en la escuela de posgrado de la UCSM, por lo tanto esperamos contribuir a llenar un vacío en este aspecto.

4.- OBJETIVOS

- Determinar y explicar cuáles son los criterios jurídicos para determinar la nulidad de la cláusula penal y con ello garantizar el resarcimiento de los daños sufridos.
- Identificar y explicar cuál es el momento adecuado para la estipulación de la nulidad de la cláusula penal en el sistema jurídico peruano.
- Precisar y explicar cuál es la valoración adecuada que se debe dar al resarcimiento de los daños sufridos en el sistema jurídico peruano.

5.- HIPOTESIS

DADO QUE: El resarcimiento por daños y perjuicios es aquella acción que se le otorga al acreedor o a la víctima para exigir de parte de su deudor o bien del causante de un daño, una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que a aquél le hubiese cumplido por la obligación instaurada entre las partes.

POR LO QUE

ES PROBABLE: Que al no haber criterios jurídicos adecuados para determinar la nulidad de la cláusula penal, no se permite la garantía del resarcimiento de los daños sufridos, por lo que se hace necesario delimitar medios normativos idóneos para la salvaguarda del cumplimiento de obligaciones impagas.

III.- PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1.- TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE VERIFICACIÓN.-

Para ambas variables se empleará las siguientes técnicas e instrumentos que se detallan en el siguiente cuadro:

CUADRO DE COHERENCIAS

VARIABLES	INDICADORES	TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
Variable independiente La nulidad de la cláusula penal	<ul style="list-style-type: none">• Funcionalidad de la cláusula penal.• Exigibilidad de la cláusula penal.• Accesoriedad de la cláusula penal.• Inmutabilidad de la cláusula penal.• Criterios para la cláusula penal.	<ul style="list-style-type: none">• Observación documental• Encuesta	<ul style="list-style-type: none">• Ficha bibliográfica• Ficha documental• Cédula de preguntas

<p>Variable dependiente</p> <p>El resarcimiento de los daños</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Naturaleza jurídica del resarcimiento de los daños. • Requisitos para el resarcimiento de los daños. • Valoración normativa del resarcimiento de los daños. • Presupuestos para el resarcimiento de los daños. • Garantía del resarcimiento de los daños sufridos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Observación documental • Encuesta 	<ul style="list-style-type: none"> • Ficha bibliográfica • Ficha documental • Cédula de preguntas
--	--	--	--

2.- PROTOTIPO DE INSTRUMENTOS.-

a) FICHA BIBLIOGRÁFICA

NOMBRE DE AUTOR:
TÍTULO DEL LIBRO:
EDITORIAL, LUGAR Y AÑO:
NOMBRE DE LA BIBLIOTECA:
CÓDIGO:

b) FICHA DOCUMENTAL

NOMBRE DE AUTOR:
INDICADOR:
TÍTULO: 1961
IDENTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO:
FECHA:
COMENTARIO o CITA:
LOCALIZACIÓN:

c) CEDULA DE PREGUNTAS

1. Incumplió el deudor la cláusula penal establecida en el contrato celebrado entre las partes

SI ()

NO ()

¿Por qué? _____

2. Se solicitó la nulidad de la cláusula penal establecida en el contrato por dolo del deudor

SI ()

NO ()

¿Por qué? _____

3. Con la nulidad de la cláusula penal por dolo se afectó el resarcimiento de los daños sufridos

SI ()

NO ()

¿Por qué? _____

4. Se solicitó la nulidad de la cláusula penal establecida en el contrato por culpa inexcusable del deudor

SI ()

NO ()

¿Por qué? _____

5. Con la nulidad de la cláusula penal por culpa inexcusable se afectó el resarcimiento de los daños sufridos

SI ()

NO ()

¿Por qué? _____

6. Se declaró nula en vía judicial la cláusula penal establecida en el contrato celebrado entre las partes

SI () NO ()

¿Por qué? _____

7. Con la nulidad de la cláusula penal por dolo se sentenció un adecuado resarcimiento de los daños sufridos

SI () NO ()

¿Por qué? _____

8. El monto de los daños derivados del incumplimiento por dolo se encuentra por debajo de la suma pactada en la cláusula penal

SI () NO ()

¿Por qué? _____

9. Con la nulidad de la cláusula penal por culpa inexcusable se sentenció un adecuado resarcimiento de los daños sufridos

SI () NO ()

¿Por qué? _____

10. El monto de los daños derivados del incumplimiento por culpa inexcusable se encuentra por debajo de la suma pactada en la cláusula penal

SI () NO ()

¿Por qué? _____

GRACIAS

3.- CAMPO DE VERIFICACIÓN.-

3.1.- UBICACIÓN ESPACIAL.-

Procesos civiles sobre nulidad de cláusulas penales donde se haya afectado el resarcimiento de los daños, tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016.

3.2.- UBICACIÓN TEMPORAL.-

La presente investigación abarca desde el mes de enero a diciembre del año 2016.

4.- UNIDADES DE ESTUDIO, UNIVERSO Y MUESTRA.-

En cuanto a la técnica de observación documental las unidades de estudio se encuentran constituidas por los dispositivos legales en materia civil que contemplan las cláusulas penales y el resarcimiento de daños como:

- El Código Procesal Civil
- El Código Civil
- Normas conexas
- Doctrina en general
- Artículos de investigación

En cuanto a la investigación de campo, consideramos como unidades de estudio los Procesos civiles sobre nulidad de cláusulas penales donde se haya afectado el resarcimiento de los daños, tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016, que suman en total 180 procesos (número estimado) y en vista

que el universo no es muy numeroso, se tomará todo el universo considerado en su conjunto que será distribuido de la siguiente manera:

SALAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Primera	60	33%
Segunda	60	33%
Tercera	60	33%
TOTAL	180	100%

5.- ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN.-

La información que se requiere para la presente investigación será recogida, por el propio investigador y el apoyo de un colaborador estudiante del último año del programa de Derecho, en cuanto a lo parte documental y material de la investigación se tomará información de las bibliotecas de la Universidad Católica de Santa María, de la Universidad Nacional de San Agustín, del Colegio de Abogados de Arequipa y otras bibliotecas especializadas así como la que se obtenga vía INTERNET.

La información de campo se obtendrá de los Procesos civiles sobre nulidad de cláusulas penales donde se haya afectado el resarcimiento de los daños, tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los años 2015 al 2016, empleándose para tal efecto las fichas bibliográficas y documentales, libreta de apuntes y como instrumento de campo un cuestionario a través de una cédula de preguntas donde se consignarán los datos.

6.- RECURSOS.-

RECURSOS HUMANOS

DENOMINACIÓN	N.-	COSTO DIARIO	DIAS	COSTO TOTAL
Dirección y Ejecución	1	20.00	150	3,750
Colaboradores	3	30.00	90	2,700
Digitador y diagramador	1	10.00	07	70
TOTALES	5	60.00	247	6,520

A) RECURSOS MATERIALES Y BIENES Y SERVICIO

DENOMINACIÓN	CANTIDAD	COSTO TOTAL
Papel Bond	2000	45.00
Papel Periódico	100	15.00
Fichas Bibliográficas y Doc.	1200	120.00
Cartucho tinta de Impresión	02	90.00
Copias Fotostáticas	300	30.00
Anillado	05	30.00
Uso de Computadora	01	350.00
TOTAL		680.00

B) COSTO TOTAL DE LOS RECURSOS FINANCIEROS

DENOMINACIÓN	COSTO TOTAL
Recursos Humanos	6,520.00
Recursos Materiales y Bienes y Servicios	680.00
COSTO TOTAL GENERAL	7200.00

7.- CRONOGRAMA DE TRABAJO 2015.-

ACTIVIDADES	Ene/Fe	Mar/Abr	May/Ju	Jul/Ago	Set/Oct	Nov/D
Recolección de datos	XXXX	XXXX	XXXX			
Estructura de resultados				XXXX	XXXX	
Informe Final						XXXX

BIBLIOGRAFÍA

1. **ALBALADEJO**, Manuel. Derecho Civil, tomo II, vol. 1, EDISOFER, España, 1982.
2. **ALPA** Guido, Responsabilidad Civil y Daño, Lima Gaceta Jurídica, Traducción de Juan Espinoza Espinoza, 2001.
3. **BELTRAN**, Jorge. Comentario al artículo 1332° del Código Civil. En: Código Civil Comentado. Tomo V. Las Obligaciones. Lima: Gaceta Jurídica, 2003.
4. **BORDA**, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Obligaciones I. 5.a ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1983.
5. **BUSTAMANTE ALSINA**, Jorge. Teoría de la Responsabilidad Civil, Buenos Aires Argentina, 1997.
6. **CÁRDENAS QUIRÓS**, Carlos. «Reflexiones sobre la mutabilidad e inmutabilidad de la pena contractual». En Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico latinoamericano. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1990.
7. **CASTAÑEDA**, Jorge Eugenio. Derecho Civil, tomo 1, Librería A & M Jiménez, Madrid España, 1985.
8. **KEMELMAJER DE CARLUCCI**, Aída. La Cláusula Penal. Su Régimen Jurídico en el Derecho Civil. Comercial, Laboral, Administrativo, Tributario, Internacional y Procesal. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1981
9. **LEÓN BARANDIARÁN**, José. Tratado de Derecho Civil. Tratado de Derecho Civil. Tomo III. Obra clásica en soporte digital CD2. Lima: Gaceta Jurídica S. A., 2002
10. **LLERENA PAZOS**, Douglas Alexander. La inconveniente reducción judicial de la cláusula penal considerada excesiva en el Código Civil peruano de 1984. Tesis presentada para obtener el Título Profesional de Abogado. Universidad Católica de Santa María. Arequipa: 2004
11. **OSTERLING PARODI**, Felipe. «Obligaciones con cláusula penal». En Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1998.
12. **PUIG BRUTAU**, Luis. Fundamentos del Derecho Civil, Editorial Bosch, Barcelona España 1981.