

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



## REFLEXIONES SOBRE LA MUTABILIDAD O INMUTABILIDAD DE LA PENA CONTRACTUAL

CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS

### ÍNDICE

	Pág.
1. Introducción.....	14
2. Brevísimas aproximaciones históricas: los Derechos romano, francés, alemán y español.....	15
2.1. El Derecho romano.....	15
2.2. El Derecho francés.....	15
2.3. El Derecho alemán.....	16
2.4. El Derecho español.....	17
3. Mutabilidad e inmutabilidad de la cláusula penal: Los sistemas legislativos.....	18
3.1. Sistema de la inmutabilidad absoluta (explícita e implícita).....	19
3.2. Sistema de la inmutabilidad relativa (parcial y total).....	20
3.3. Sistema de la mutabilidad total.....	21
3.4. Sistema de la mutabilidad parcial.....	21
3.5. Sistema del límite legal.....	21
3.6. Sistema mixto.....	22
3.7. Resarcibilidad del daño ulterior.....	24
4. Apreciación crítica sobre los distintos sistemas.....	25
4.1. Inmutabilidad absoluta.....	25
4.2. Inmutabilidad relativa (parcial y total).....	27
4.3. Mutabilidad total.....	29
4.4. Mutabilidad parcial.....	31
4.5. Límite legal.....	32
4.6. Sistema mixto.....	33
4.7. Resarcibilidad del daño ulterior.....	36
4.8. Conclusión.....	36
5. La mutabilidad e inmutabilidad de la cláusula penal en la legislación civil peruana.....	37
5.1. El Código Civil de 1852.....	37
5.2. El proyecto de Código Civil de 1890.....	37
5.3. La Comisión Reformadora de 1922. El Código de 1936.....	38
5.4. La Reforma del Código Civil de 1936. El Código Civil de 1984.....	40

## REFLEXIONES SOBRE LA MUTABILIDAD O INMUTABILIDAD DE LA PENA CONTRACTUAL\*

CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS\*\*

*"Un ambiente de mejor sensibilidad para del Derecho, que es tanto como decir de mayor respeto para los problemas humanos, un gusto más depurado por el rigor y por el estilo, frente a los impulsos ciegos de soberbia de los arbitristas y los sectarios, serían no solo signo de civilización, sino también aproximativa garantía de rectitud y de justicia".*

(RAMÓN SERRANO SUÑER, *Ensayos al viento*. Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1969, pág. 260).

### 1. INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones más controvertidas en torno a la cláusula penal,<sup>1</sup> es la relativa a su mutabilidad o inmutabilidad, esto es, si puede ser o no ser variada por decisión judicial cuando el deudor no ejecuta la prestación a su cargo en forma total.

Existe sobre el particular, un importante debate doctrinario que ha trascendido al plano legislativo, observándose una notoria diversidad de posiciones, a diferencia de lo que acontece en el caso en que la prestación a cargo del deudor es ejecutada en forma

parcial o irregular con anuencia del acreedor, donde la solución uniforme es en el sentido de que la penalidad debe ser equitativamente reducida.

Por ello, en el presente ensayo nos ocuparemos del tema planteado en primer término, con el objeto de evaluar las diversas soluciones que al respecto pueden encontrarse en la codificación civil extranjera. Igualmente, el texto comprende un estudio de la evolución legislativa de la materia en el Perú, a partir del Código Civil de 1852.

\* Congreso Internacional. *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano*. (Colegio de abogados de Lima. Associazione di Studi Sociali Latinoamericani —ASSLA— 5/7 de setiembre de 1988).

\*\* Profesor de Derecho Civil. Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima.

1. A lo largo de este ensayo emplearemos indistintamente las expresiones "cláusula penal", "obligaciones con cláusula penal" y "pena contractual". Empero, compartimos la opinión de Lobato ("La cláusula penal en el Derecho español", Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1974, págs. 17 a 19), en el sentido de que la expresión más adecuada es la última (aun cuando hay que aclarar que dicho autor se refiere a los vocablos "pena convencional"). En efecto, la primera alude a la estipulación accesoria a un acto principal que contiene la pena. Sin embargo, como es sabido, la cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior a ella, en forma separada, si bien con vinculación directa con la obligación principal. En este caso, hablar de "cláusula penal" resulta impropio. La segunda, hace referencia a aquella obligación cuyo cumplimiento se busca asegurar con la pena. La denominación "pena contractual", en cambio, estará referida a la prestación de dar, hacer o no hacer que el deudor, (o un tercero, según algunos autores y 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 —en el caso de que el acreedor contraviniera el deber de colaboración—) en caso de inexecución total o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal.

## 2. BREVÍSIMA APROXIMACIÓN HISTÓRICA: LOS DERECHOS ROMANO, FRANCÉS, ALEMÁN Y ESPAÑOL

### 2.1. El Derecho romano.

Cuando se trata de la mutabilidad e inmutabilidad de la pena contractual, es frecuente que se cite entre los antecedentes romanos el siguiente fragmento de Justiniano contenido en el Código (Libro VII, título XLVII):

"Como se han llevado hasta el infinito las antiguas dudas respecto a los intereses... mandamos que en todos los casos que contienen una cantidad o cosa cierta, como en las ventas y en los arrendamientos y en todos los contratos, los intereses no excedan en manera alguna la cantidad del duplo."

El texto, sin embargo, ha originado debate entre los autores que se han detenido a analizar la cuestión. Peirano<sup>2</sup> señala a este respecto que algunos romanistas "llegaron a sostener que dicha regla del duplo marcaba el límite permitido al monto de la estipulación de la pena. Sin embargo, estudios posteriores permitieron llegar a la conclusión de que la decisión de Justiniano se aplicaba solamente cuando la indemnización estaba sujeta a apreciación judicial y no en los casos en que su monto había sido establecido mediante una *stipulatio poenae*. De este modo se sostiene actualmente por la doctrina dominante que el Derecho romano no concedía a los jueces la facultad de moderar la pena pactada, admitiendo que el convenio en este sentido sólo podía ser enervado, en cuanto a su eficacia, en virtud de la voluntad de la ley, cuando las partes habían querido eludir la prohibición de usura, ocultando bajo la investidura aparente de una cláusula penal una convención usuraria ilícita."

Se llega a afirmar incluso, que el Derecho romano desconoció el principio de modificación de la pena cuando la obligación se hubiera ejecutado en forma irregular o parcial.

### 2.2. El Derecho francés.

En el Derecho francés es posible apreciar una situación más definida. En una etapa inicial, Azon (entre los siglos XII y XIII) propugnaba la inmutabili-

dad de la cláusula penal. Señala Pothier sobre el particular:

"Azon... decide que una pena convencional estipulada en sustitución de daños y perjuicios, no está sujeta a moderación alguna. Puede decirse, según su sentimiento, que hay una diferencia entre el interés convencional y los daños y perjuicios que no se reglan más que por el contrato. Por lo que toca a esos, es verdad que el deudor, al contratar la obligación primitiva, se le reputa haber contratado la obligación secundaria de daños y perjuicios que resultarían por la inejecución de la obligación primitiva, mas hay lugar para presumir que no ha entendido obligarse *in inmensum* por daños y perjuicios, sino solamente *intra justum modum*, y hasta concurrencia de la suma por la cual creía que racionalmente podían subir; mas no puede decirse la misma cosa del interés convencional, pues *ubi est evidens voluntas, non reliquitur praesumptionis locus*. Por excesiva que sea la suma estipulada para formar la pena, en caso de inejecución de la convención, el deudor no puede oponer que él ha entendido obligarse por ella, cuando la cláusula del contrato es expresa."<sup>3</sup>

De opinión contraria fue Dumoulin (1500-1566), pues propugnaba la reducción de la pena por los jueces cuando fuese excesiva.

Dumoulin se refiere al tema en su tratado *De eo quod interest*. Dice Pothier al respecto<sup>4</sup> que la posición de Dumoulin se sustenta "en que la naturaleza de la pena es la de suplir los daños y perjuicios que podrían pretenderse por el acreedor en caso de inejecución de la obligación. Pues —dice— de la misma manera, que cuando el acreedor hace subir a una suma excesiva los daños y perjuicios que pretende sufrir de la inejecución de la obligación, el juez ha de reducirla, y que la ley única —*Cod. de sent. quae pro eo quod interest prof.*— no permite que exceda del doble valor de la cosa que constituye el objeto de la obligación primitiva; de la misma manera cuando la pena estipulada en lugar de daños y perjuicios, es excesiva, debe reducirse; pues esta pena puede muy bien, a la verdad, exceder la suma a que suben los daños y perjuicios, y aun ser debida en el caso aquel en que el acreedor no los sufriera, por lo mismo que es estipulada para evitar la dis-

2. PEIRANO FACIO, Jorge, *La cláusula penal*, segunda edición, Editorial Temis Librería, Bogotá, 1982, págs. 227-228.

3. POTHIER, Robert J., *Tratado de las Obligaciones*, Editorial Heliasta S.R. L., Buenos Aires, 1978, pág. 213.

4. POTHIER, Robert J., *op. cit.*, págs. 212-213.

cusión del hecho, si el acreedor ha sufrido efectivamente, y a cuánto sube lo que ha sufrido; pero teniendo cuenta de los daños y perjuicios del acreedor, pues es contrario a su naturaleza el que pueda llevarse más allá de los límites de lo que la ley prescribe para daños y perjuicios."

Frente a los dos puntos de vista, Pothier (siglo XVIII) opta por la tesis de Dumoulin y así consagra el principio quinto del Artículo Primero —De la naturaleza de las obligaciones penales— del Capítulo V —De las obligaciones penales— de la Segunda Parte —De las diferentes especies de obligaciones— de su Tratado de las Obligaciones, en los siguientes términos: "346. La pena estipulada en caso de inejecución de una obligación puede ser reducida y moderada por el juez cuando le parezca excesiva."<sup>5</sup>

Desarrollando su parecer expresa:<sup>6</sup> "... la decisión de Dumoulin parece más equitativa. Cuando un deudor se somete a una pena excesiva, en caso de inejecución de la obligación primitiva que él ha contratado, hay lugar a presumir, que es la falsa confianza de que él no faltará a esta obligación primitiva, la que le lleva a someterse a una pena tan excesiva; que él dice no comprometerse a nada, al someterse a la misma, por cuanto está en disposición de no someterse a ella si creía que el caso de esta pena podía llegar; que así el consentimiento que él da a la obligación de una pena tan excesiva, siendo un consentimiento fundado en un error y en una ilusión que se ha hecho, no es un consentimiento válido; es por esto que estas penas excesivas deben reducirse al valor racional a que pueden subir lo más alto los daños y perjuicios que resultarían de la inejecución de la obligación primitiva. Esta decisión ha de tener lugar en los contratos conmutativos, por cuanto la equidad que debe reinar en esos contratos, no permitiendo que una de las partes se enriquezca a expensas de la otra, sería contrario a que el acreedor se enriqueciera a expensas del deudor, exigiéndole una pena demasiado excesiva y de un modo manifiesto superior al daño sufrido por la inejecución de la obligación primitiva. Esta decisión igualmente ha de tener lugar en las donaciones: *cum nemini sua liberalitas debeat esse captiosa*."

Producida la revolución de 1789, años más tarde se inicia el proceso de elaboración del Código Civil, en el cual, apartándose de las opiniones de Dumoulin y Pothier, se opta por la inmutabilidad de la cláusula penal en el artículo 1152 que a la letra dice:

"Cuando la convención establece que aquel que no la cumple pagará cierta suma a título de daños e intereses, no puede atribuirse a la otra parte una suma mayor ni menor."

No obstante dicha regla, el artículo 1231 admitía la modificación de la pena por el juez cuando la obligación principal hubiera sido ejecutada en parte. Estaba excluida, por tanto, la modificación de la pena en caso de inejecución total.

Bigot de Préameneu, uno de los autores del Código Napoleón, indicaba lo siguiente acerca del artículo 1152:<sup>7</sup>

"La pena estipulada por los contratantes hace las veces de ley para ellos. El acreedor no debe ser admitido a decir que esta pena es insuficiente, ni el deudor a pretender que ella es excesiva. ¿Qué juez mejor que las partes podrá conocer las circunstancias y los intereses respectivos que han determinado la fijación de la pena? Se deben aplicar acá los razonamientos sobre la fijación de una suma estipulada para daños y perjuicios."

Empero, como bien aprecia Laurent<sup>8</sup>, el argumento de Bigot de Préameneu no es decisivo, porque las partes pueden equivocarse.

La solución del Código Civil francés no puede causar extrañeza. Se trata de un Código de corte profundamente individualista-liberal, que llevó hasta sus extremos el concepto de la autonomía de la voluntad.

### 2.3. El Derecho alemán.

En el Derecho alemán el proceso histórico relativo a la cláusula penal marcha en sentido inverso al del Derecho francés. Según explica Peirano<sup>9</sup>, "habiéndose comenzado por la inmutabilidad de la pena, llegó a permitir que el monto de la misma fuera regulado por el arbitrio judicial. Las antiguas legislaciones no acordaban a los jueces ninguna facultad para moderar el monto de la pena estipulada, y las partes tenían, en cambio, plena libertad; las únicas limitacio-

5. POTHIER, Robert J. *op. cit.*, pág. 212.

6. POTHIER, Robert J. *op. cit.*, pág. 213.

7. Cit. por PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, págs. 231-232.

8. Cit. por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *La cláusula penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, pág. 89.

9. PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, pág. 232.

nes conocidas parecen haber sido en el sentido de que la cláusula penal no podía ser utilizada para ocultar una estipulación de intereses usurarios. El Proyecto de Código Civil alemán seguía esta misma doctrina, pero el Código Civil alemán otorga al juez la facultad de moderar la pena, bien que con ciertas limitaciones destinadas a impedir que esa facultad pueda convertirse en un medio de abuso."

Por su parte, Lobato<sup>10</sup> destaca que en el Derecho germánico, "en determinadas ocasiones la cuantía o contenido de la pena convencional fue objeto de limitaciones (por ejemplo, al doble del interés que representa la prestación de la obligación principal, a lo que diga el juez, etc.) ..."

#### 2.4. El Derecho español.

En España, en torno a la cuestión de la mutabilidad o inmutabilidad de la pena contractual, pueden citarse los siguientes antecedentes:

El Fuero Juzgo (mediados del siglo VII) establecía que la pena no podía exceder al doble de la cosa adeudada, mientras que tratándose de deudas de dinero, la pena podía ser equivalente al triple de la suma debida: "... mas si algunos omnes ovieren pleyto de alguna cosa, non aya y maior pena, sinón que peche en duplo la cosa el que la non entregare, é si el pleyto fuere de dineros, la pena sea fasta tres duplos... E todo escripto é todo pleyto que fue fecho contra esta ley, non vala" —Fuero Juzgo, Libro II, título V, Ley VIII—. <sup>11</sup>

El Fuero Real (principios del siglo XI), en su Ley 10, título 5, Libro 4, contemplaba la limitación del monto de la cláusula penal, estableciendo que: "Si alguno pusiere Pleyto con otro, de pagar deudas de dineros a plazos, o de facer otra cosa de derecho, maguer ponga pena sobre si por cumplir aquello que pone, no pueda mas crecer la pena de otro tanto quanto es la demanda sobre que fue puesta la pena; e si fuere la demanda de dineros, puede crecer la pena dos tanto, no contando la demanda de los dineros." <sup>12</sup>

No obstante que en principio la pena debía satisfacerse íntegramente, el mismo Fuero Real contemplaba la reducción de ella cuando se hubiera producido un cumplimiento parcial aceptado por el acreedor (Ley 9, título 20, Libro 3).

Cabe señalar, como lo puntualiza Peirano Facio<sup>13</sup> que, de acuerdo con el Fuero Real (Ley 9, título 20, Libro 3), "el acreedor no puede ser constreñido a recibir parte de lo que se le debe, y que puede negarse por tanto al cobro parcial de la prestación principal, en cuyo caso de negativa el deudor deberá ser obligado al pago de toda la pena. Ahora bien, si el acreedor, teniendo la facultad de negarse a efectuar el cobro parcial de la obligación principalmente debida, no hace uso de esta facultad, se entiende que obrando de tal manera quiere conferir un beneficio a su deudor, beneficio que a consecuencia de la estrecha comunión existente entre el trato principal y la pena, corresponde también hacerlo extensivo a ésta."

En las Leyes del Estilo, que complementan el Fuero Real, se prevén también limitaciones, al decirse lo siguiente: "Non vale el pleyto, ni la pena. Y esto se entiende quanto en aquello que fué puesto mas del dos tanto. E si otro Pleyto de dineros, ó de doblo, ó si era sobre Pleyto cualquier que no fuere de dinero: mas por el dos tanto, ó de otro tanto según lo dicho es, valdrá el Pleyto, y la pena" —Ley CCXLVII—. <sup>14</sup>

Las Leyes del Estilo consideran también "la posibilidad de que la pena pueda consistir en pagarse por el deudor cierta cantidad día a día, hasta tanto no cumple con la obligación principal, agregándose que aun cuando ésta se mandare cumplir por sentencia, se debe siempre la pena diaria hasta tanto se cumpla la deuda" —Leyes CCXV y CCXVI—. <sup>15</sup>

También se contempla en las Leyes del Estilo, la reducción de la pena en caso de cumplimiento parcial —Ley CXCIX—.

Las Partidas prevén la libertad de pacto en torno a la cláusula penal en la Partida 5, título 11, Ley 34: "E esta pena atal es dicha en latín, conuen-

10. LOBATO DE BLÁS, Jesús María, *op. cit.*, pág. 46.

11. Cit. por PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, pág. 32.

12. Cit. por LOBATO DE BLÁS, Jesús María, *op. cit.*, pág. 48.

13. PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, pág. 36.

14. Cit. por PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, pág. 34.

15. PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, pág. 37.

tionalis; que quiere tanto dezir, como pena que es puesta a plazer de amas las partes."<sup>16</sup>

La pena no era debida cuando buscarse amparar un pacto usurario (Partida 5, título 11, Ley 40).

Los autores<sup>17</sup> concuerdan en sostener que el Ordenamiento de Alcalá (1348), las Ordenanzas de Castilla (1484), las Leyes de Toro (1505), la Nueva Recopilación de las Leyes de España (1567) y la Novísima Recopilación de las Leyes de España (1805), no se refieren o, en su caso, no aportan nada respecto al tema en estudio.

—El Proyecto de Código Civil de García Goyena de 1851 limitaba el monto— de la cláusula penal "cuando la obligación principal consiste en una cantidad de dinero determinada. Se establece para este

supuesto que 'el interés convencional (—ese interés es el contenido de la pena convencional—) no podrá exceder del doble del interés legal, y en lo que exceda lo reducirán los Tribunales a instancia del deudor' (artículo 1081, párrafo 2, inciso 2, en relación con el 1650)."<sup>18</sup>

El Proyecto preveía también que si se hubiera pactado que el acreedor podía reclamar acumulativamente el cumplimiento de la obligación y la pena, los Tribunales estaban facultados para moderar la pena si la consideraban excesiva (artículo 1081, primer párrafo).

Por último, el Proyecto contemplaba la reducción equitativa de la pena en caso de cumplimiento parcial de la obligación principal (artículo 1085).

### 3. MUTABILIDAD E INMUTABILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL: LOS SISTEMAS LEGISLATIVOS

Con el propósito de analizar las distintas soluciones imperantes sobre la materia en estudio en el Derecho Comparado, consideramos indispensable agruparlas, tomando en cuenta para ello la existencia de ciertos elementos en común.

Así, en primer término, existen legislaciones que recogen explícitamente el principio de inmutabilidad de la pena en forma absoluta, entendiéndose por ello que no admiten la reducción de la pena en caso de incumplimiento total.

Otras, en cambio, adhieren igualmente al sistema de inmutabilidad absoluta, pero en forma implícita, pues contemplan la posibilidad de modificación sólo para el caso de cumplimiento parcial.

Por último, en este primer sector legislativo, encontramos Códigos que, si bien proclaman en principio la inmutabilidad de la pena, admiten su reducción (inmutabilidad relativa parcial) y en ciertos casos también su aumento (inmutabilidad relativa total).

Un segundo sector legislativo parte del principio de la mutabilidad, pero mientras algunos Códigos

contemplan por igual la posibilidad de aumento como la de reducción de la pena (mutabilidad total), otros se limitan solo a autorizar la reducción (mutabilidad parcial)<sup>19</sup>.

Una tercera corriente es la de aquellos Códigos en los que se establece un límite a la cuantía de la pena.

Un cuarto sector es el de los Códigos que combinan algunas de las soluciones descritas y que por ello denominamos sistema mixto.

Cabría mencionar, por último, el grupo de Códigos que, sin perjuicio de optar por la mutabilidad o inmutabilidad de la pena en los términos explicados prevén la posibilidad de que, mediando un pacto en tal sentido o sin necesidad de ello el acreedor pueda obtener, además de la satisfacción de la pena, un mayor monto indemnizatorio, si los daños y perjuicios fueran superiores: la resarcibilidad del daño ulterior.

Pasemos a tratar individualmente cada uno de los sistemas mencionados.

16. Cit. por LOBATO DE BLÁS, Jesús María, *op. cit.*, pág. 51.

17. P.e.: PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, págs. 42-43; LOBATO DE BLÁS, Jesús María, *op. cit.*, pág. 55.

18. LOBATO DE BLÁS, Jesús María, *op. cit.*, pág. 58.

19. Consideramos más preciso hablar de mutabilidad total y parcial, según que se admita tanto el aumento como la reducción o sólo esta última, respectivamente. Paludi emplea las expresiones "mutabilidad bilateral" y "mutabilidad unilateral" para referirse a esos mismos supuestos (PALUDI, Osvaldo C., Replanteo de la función de la cláusula penal. En Derecho Laboral. Revista de doctrina, jurisprudencia y legislación sobre trabajo y seguridad social. Año XII, número 11, noviembre 1970, Buenos Aires, págs. 579-580).

### 3.1. Sistema de la Inmutabilidad absoluta (explícita e implícita).

Comprende aquellos Códigos y Proyectos de Códigos que establecen, expresa o tácitamente, que la cláusula penal no es susceptible de modificación mediante el arbitrio judicial, salvo en los casos de cumplimiento parcial o irregular aceptado por el acreedor.

Como ejemplos del sistema de la inmutabilidad absoluta explícita, se encuentran los Códigos de

Bélgica —artículos 1152 y 1231—<sup>20</sup>, República Dominicana —artículos 1152 y 1231—<sup>21</sup>, Quebec —artículos 1076 y 1135—<sup>22</sup>, Venezuela —artículo 1276<sup>23</sup>, Italia (de 1865) —artículos 1214 y 1230—<sup>24</sup>, Japón —artículo 420, incisos 1) y 3)—<sup>25</sup>, el Landrecht Prusiano —artículo 292—<sup>26</sup>, el Proyecto De Gásperi de Código Civil del Paraguay —artículos 639 y 645—<sup>27</sup> el Anteproyecto Biliboni de Código Civil Argentino —artículo 1062, párrafo segundo—<sup>28</sup> y el Esbozo de Freitas —artículos 992 y 998—.<sup>29</sup>

20. "1152. Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre."  
"1231. La peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie".
21. "Art. 1152. Cuando el contrato contenga una cláusula que fije una suma determinada, que debe pagar en concepto de daños y perjuicios el contratante que deje de cumplirlo, no podrá exigirse mayor suma en este sentido, ni reducir tampoco su entidad."  
"Art. 1231. La pena puede modificarse por el Juez, cuando la obligación principal ha sido ejecutada en parte."
22. "Art. 1076. When it is stipulated that a certain sum shall be paid for damages for the inexecution of an obligation, such sum and no other, either greater or less is allowed to the creditor for such damages.  
But if the obligation have been performed in part, to the benefit of the creditor and the time for it's complete performance be not material, the stipulated sum may be reduced; unless there be a special agreement to the contrary.  
"Art. 1135. The amount of penalty cannot be reduced by the court.  
But if the obligation have been performed in part to the benefit of the creditor, and the time fixed for it's complete performance be not material, the penalty may be reduced; unless there be a special agreemet to the contrary."
23. "Artículo 1276. Cuando en el contrato se hubiese estipulado que quien deje de ejecutarlo debe pagar una cantidad determinada por razón de daños y perjuicios, no puede el acreedor pedir una mayor, ni el obligado pretender que se le reciba una menor. Sucede lo mismo cuando la determinación de los daños y perjuicios se hace bajo la fórmula de cláusula penal o por medio de arras".
24. "Art. 1214. La pena puede ser disminuida por el juez cuando la obligación principal haya sido cumplida en parte.  
"Art. 1230. Cuando la convención establece que el que deja de ejecutarla deba pagar una determinada suma a título de daños, no se puede atribuir a la otra parte una suma mayor ni menor. Lo mismo ha de decirse si la fijación de daños se hace bajo la forma de cláusula penal, o mediante arras entregadas al tiempo de concluirse el contrato."  
(Tomado de PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, pág. 235).
25. "Art. 420, incisos 1 y 3: Las partes pueden fijar con anticipación el monto de los daños que producirá el incumplimiento. En este caso el tribunal no puede ni aumentar ni disminuir la suma fijada por las partes... Se presume que la cláusula penal equivale a una fijación de daños y perjuicios realizada con anticipación."  
(Tomado de PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, pág. 235).
26. "Art. 292. La indemnización de daños e intereses en el caso de no cumplirse el contrato puede fijarse previamente por una cláusula penal; y entonces no se podrá pedir una pena mayor."  
(Tomado de KEMELMAJER DE CARLUCCI, Alda, *op. cit.*, pág. 88).
27. "Art. 639. La pena puede ser estipulada para el caso de falta de cumplimiento puntual, o para el de inejecución total o parcial. En cada uno de esos casos la pena substituye a la indemnización de los daños e intereses respectivos. El acreedor no tendrá derecho a una pena mayor aunque pruebe que la indemnización no es suficiente. Para obtenerla, no está obligado a probar que ha sufrido perjuicio, ni el deudor se eximirá de satisfacerla probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno."  
"Art. 645. Si el deudor cumple sólo una parte de la obligación, o la cumple de un modo irregular, o fuera de lugar o del tiempo a que se obligó, y el acreedor la acepta, la pena debe disminuirse proporcionalmente, y el juez puede arbitrarla si las partes no se convienen."
28. "Artículo 1062. (. . .) En cada uno de esos casos sustituye a la indemnización de los daños e intereses respectivos. El acreedor no tendrá derecho a una mayor aunque pruebe que la indemnización no es suficiente. Para obtenerla, no está obligado a probar que ha sufrido perjuicio ni el deudor se eximirá de satisfacerla probando que el acreedor no ha padecido perjuicio alguno. La cláusula penal queda sometida a la disposición del párrafo 1 del artículo 299."
29. "Art. 992. El acreedor no podrá pedir la pena sino cuando el deudor se hubiere constituido en mora, y pidiéndola no tendrá derecho a ninguna otra indemnización de pérdidas e intereses, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente, salvo si en los actos jurídicos se hubiere dispuesto de otro modo."  
"Art. 998. Si la obligación principal solo hubiera sido cumplida en parte, o en forma irregular, o fuera del lugar determinado o fuera de tiempo, la pena deberá disminuirse proporcionalmente, lo que será arbitrado por orden judicial, en el caso de que las partes no estén de acuerdo."

También se ascribía a este sistema el Código Civil peruano de 1852 —artículo 1275— (infra 5.1.).

Como ejemplos del sistema de la inmutabilidad absoluta implícita, encontramos los Códigos de España —artículo 1154—<sup>30</sup>, Cuba (de 1889) —artículo 1154 —<sup>31</sup> y Uruguay —artículo 1370—.<sup>32</sup>

### 3.2. Sistema de la inmutabilidad relativa (parcial y total).

Incluye aquellos Códigos que, si bien establecen, como principio, expresa o tácitamente, que la pena no es susceptible de modificación, admiten

ésta por excepción cuando la pena fuese excesiva (inmutabilidad relativa parcial). Algunos Códigos consideran procedente la modificación de la pena, igualmente, cuando fuese diminuta (inmutabilidad relativa total).

Optan por la primera solución, los Códigos Civiles de Argentina —artículos 655 y 656—<sup>33</sup>, Paraguay (de 1987) —artículos 454, segundo párrafo, y 459—<sup>34</sup>, Italia (1942) —artículos 1382, 1384 y 1526—<sup>35</sup>, el Anteproyecto argentino de 1954 —artículo 890—<sup>36</sup> y el Proyecto franco-italiano de Código de las Obligaciones y Contratos

- 
30. "1154. El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor."
31. "Art. 1154. El Tribunal modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor."
32. "1370. Cuando la obligación principal se haya cumplido en parte, la pena se pagará a prorrata por lo no ejecutado."
33. "655. La pena o multa impuesta en la obligación, entra en lugar de la indemnización de perjuicios e intereses, cuando el deudor se hubiese constituido en mora; y el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente."  
656. Para pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno.  
Los jueces podrán, sin embargo, reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor." (Párrafo agregado por la Ley 17.711).
34. "Art. 454. Podrá estipularse una pena para el caso de incumplimiento, total o parcial, o de retardo en la ejecución de una obligación, sea a favor del acreedor o de un tercero.  
En cada uno de esos casos, la pena sustituye a la indemnización de los daños e intereses respectivos. El acreedor no tendrá derecho a una pena mayor aunque pruebe que la indemnización no es suficiente.  
Para obtenerla, no está obligado a probar que ha sufrido perjuicio, ni el deudor se eximirá de satisfacerla probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno."  
"Art. 459. El juez reducirá equitativamente la pena cuando sea manifestamente excesiva, o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor."
35. "1382. Effetti della clausola penale. La clausola, con cui si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto ad una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore.  
La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno."  
"1384. Riduzione della penale. La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento."  
"1526. Risoluzione del contratto. Se la risoluzione del contratto ha luogo per l'inadempimento del compratore, il venditore deve restituire le rate riscosse, salvo il diritto a un equo compenso per l'uso della cosa, oltre al risarcimento del danno.  
Qualora si sia convenuto che le rate pagate restino acquisite al venditore a titolo d'indennità, il giudice, secondo le circostanze, può ridurre l'indennità convenuta. (. . .)"
36. "... el Anteproyecto de 1954... mantiene como regla general el principio de la inmutabilidad de la cláusula penal pero luego, tomando como fuente el artículo 1384 del C. Civil italiano, acepta la posibilidad de reducir las cláusulas penales excesivas, expresando en el artículo 890:  
Reducción de la pena. La pena podrá ser reducida de acuerdo con la equidad, si la obligación principal hubiese sido parcialmente cumplida, así como también cuando el monto de la pena resultase exorbitante con relación al perjuicio efectivo del acreedor. El juez tomará especialmente en cuenta el interés legítimo de toda índole que tuviese el acreedor en el cumplimiento de la obligación principal."  
(Tomado de MOISSET DE ESPANÉS, Luis, La lesión y el nuevo artículo 954. Universidad Nacional de Córdoba. Dirección General de Publicaciones. Córdoba, 1976, págs. 120-121).

—artículos 101 y 155—. <sup>37</sup> El Código Civil del Perú de 1984 —artículos 1341 y 1346— (infra 5.4.) sigue también este sistema

El Código Civil francés opta en cambio por la segunda solución —artículos 1152 y 1231— <sup>38</sup>

### 3.3. Sistema de la mutabilidad total.

Constituye aquel sistema que admite que la pena puede ser variada por decisión judicial, tanto para aumentarla como para disminuirla.

### 3.4. Sistema de la mutabilidad parcial.

Lo denominamos de este modo, pues incluye todas aquellas legislaciones que no establecen ni expresa ni tácitamente la inmutabilidad de la pena y, por el contrario, prevén la posibilidad de su modificación con el propósito exclusivo de reducirla.

Entre los Códigos que lo adoptan, encontramos los de Austria —artículo 1336, segundo párrafo— <sup>39</sup>, China —artículo 252— <sup>40</sup>, Alemania Federal —artículo 343, primer párrafo— <sup>41</sup>, el Código de las Obligaciones suizo —artículo 163, párrafos 1 y 3— <sup>42</sup> y el Anteproyecto Ossorio de Código Civil Boliviano —artículo 775— <sup>43</sup>. Igualmente lo acogía el Código Civil Peruano de 1936 —artículos 1227 y 1426— (infra 5.3.).

### 3.5. Sistema del límite legal.

Este sistema implica que la cláusula penal no puede superar determinado límite, admitiéndose que los jueces reduzcan las penas que superen los límites impuestos por la ley.

Optan por esta solución, los Códigos de Costa Rica —artículo 712— <sup>44</sup>, México D.F. —artículo 1843— <sup>45</sup>, el Proyecto Bello de Código Civil de Chile (de 1851) —artículo 1722— <sup>46</sup> y el Pro-

- 
37. "... se mantiene el principio general de la inmutabilidad, aun cuando se establece una excepción en razón del objeto materia de la prestación penal. En efecto, en este proyecto, luego de haberse sentado en el art. 101 el principio del art. 1230 del Código Civil italiano (de 1865), se establece en el artículo 155 que el juez podrá reducir la pena pactada cuando ella parezca excesiva, pero que esta facultad sólo es conferida al juez en el caso de que la pena haya sido estipulada 'bajo la forma de una multa periódica.' (Tomado de PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, pág. 238).
38. "Art. 1152. Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. (L. N° 75-597 du 9 juill. 1975). Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite."  
"Art. 1231. (L. N° 75-597 du 9 juill. 1975). Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite."
39. "Artículo 1336. Les parties contractantes peuvent stipuler dans une convention spéciale qu'au cas de non accomplissement de la promesse, ou d'exécution non conforme ou trop tardive, une somme d'argent déterminée ou toute autre somme sera payée à titre de réparation du prejudice. En l'absence d'un accord spécial, le débiteur n'est pas en droit de se libérer de l'exécution par le payement de l'indemnité. S'il y a une promesse d'une pénalité conventionnelle pour le non respect de la date ou du lieu d'exécution, elle peut être exigée, en même temps que l'exécution. Dans tous les cas, le montant de la pénalité, s'il paraît excessif au débiteur, peut être modéré par le juge après expertise."
40. "Art. 252. Si la pena estipulada es excesiva, puede el Tribunal reducirla a un monto conveniente." (Tomado de DE GÁSPERI, Luis, Anteproyecto de Código Civil, Editorial El Tráfico, Asunción, 1964, pág. 191).
41. "343. Si una pena en que se ha incurrido es extraordinariamente alta, puede ser reducida por sentencia a una suma adecuada, a petición del deudor. En el juicio de adecuación ha de tomarse en consideración todo interés legítimo del acreedor no sólo el interés patrimonial. Después del pago de la pena, la reducción está excluida. Lo mismo vale, además de en los casos de los párrafos 339 y 342, si alguien promete una pena para el caso de que realice u omite un acto."
42. "Artículo 163. 1 L'ammontare della pena convenzionale è lasciato all'arbitrio delle parti. (. . .) 3 Il giudice deve ridurre secondo il suo prudente criterio le pene convenzionali eccessive."
43. "Artículo 775. El juez podrá alterar o rebajar la pena pactada, tanto si la juzga excesiva como si la obligación hubiese sido cumplida parcial o irregularmente."
44. "Artículo 712. Cuando sólo se reclame la pena, ésta no puede exceder en valor ni en cuantía a la obligación principal; y en los casos en que es posible el reclamo del principal y de la pena conjuntamente, la pena no puede exceder de la cuarta parte de aquél."
45. "Art. 1843. La cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal."
46. "Art. 1722. El deudor tendrá derecho a que se modere la pena, si comparado su valor con el de la cantidad que se deberá por indemnización de daños y perjuicios, la excediese en más de la mitad de la misma." (Tomado de PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, pág. 239).

yecto Toro de Código Civil de Bolivia —artículo 3003—<sup>47</sup> y el Código de Comercio de Colombia —artículo 876—<sup>48</sup>.

### 3.6. Sistema mixto.

Incluye aquellos Códigos que, según se ha

explicado anteriormente (supra 3), combinan varios de los sistemas propuestos.

Entre los Códigos que cabe comprender en este rubro, están los de Brasil —artículos 920, 927 y 1040, III—<sup>49</sup>, Ecuador —artículos 1585, 1587, 2136 y 2142—<sup>50</sup>, Portugal —artículos 812, parágrafo 1, 936 y 1146, parágrafos 2 y 3—<sup>51</sup>, Chile —artículos

47. "Artículo 3003. Ninguna multa puede exceder de la mitad del valor estimado de la obligación principal. Toda estipulación en contrario es nula en el exceso. En las obligaciones de valor indeterminado o cuando, por circunstancias imprevistas, el valor de la obligación ha subido en más de una mitad del que tenía al tiempo del contrato, el juez reducirá la multa cuando resultare ser excesiva." (Tomado de OSSORIO, Ángel, Anteproyecto del Código Civil boliviano, Imprenta López, Buenos Aires, 1943, pág. 355).
48. "Artículo 876. Cuando la prestación principal está determinada o sea determinable en una suma de dinero, la pena no podrá ser superior al monto de aquélla." (Tomado de OSPINA FERNÁNDEZ, G., Régimen general de las obligaciones. Reimpresión de la cuarta edición, Editorial Temis, S.A., Bogotá, Colombia, 1987, pág. 166).
49. "Art. 920. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal. (O Decreto Nº 22.626 de 7-4-1933, chamado Lei da Usura, estabelece: art. 8. As multas ou cláusulas penais, quando convencionadas, reputam-se estabelecidas para atender a despesas judiciais e honorários de advogados, e não poderao ser exigidas quando não for intentada ação judicial para o cobrança da respectiva obrigação. Art. 9 Não é válida a cláusula penal superior a 10% do valor da dívida. Nos compromissos de compra e venda de terrenos loteados, a cláusula penal não pode ser superior a 10% do débito, e só exigível em caso de intervenção judicial (art. 11, f, do Dec. lei Nº 58, de 10-12-1937)."
- "Art. 927. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. O devodor não pode eximir-se de cumpri-la, a pretexto de ser excessiva."
- "Art. 1040. O compromisso poderá também declarar:
- III. A pena a que, para com a outra parte, fique obrigada aquela que recorrer da decisão, não obstante a cláusula 'sem recurso'. Não excederá esta pena o terço do valor do pleito."
50. "1585. Podrá exigirse la pena en cuantos casos se hubiere estipulado, sin que pueda alegar el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio."
- "1587. Cuando por el pacto principal una de las partes se obliga a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de ésta lo que exceda al duplo de aquélla; de manera que, ora se cobre sólo la pena, ora la pena juntamente con la obligación principal, nunca se pague más que esta última doblada. La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular. En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme."
- "Art. 2136. El interés convencional civil o mercantil, no podrá exceder de los tipos máximos que se fijaren de acuerdo con la ley; y en lo que excediera, lo reducirán los tribunales aun sin solicitud del deudor. Llámase interés corriente al que se cobra en la plaza, siempre que no exceda del máximo del convencional determinado en este artículo."
- "Art. 2142. El acreedor que pactare o percibiere intereses superiores al máximo permitido con arreglo a la ley, aun cuando fuere en concepto de cláusula penal, perderá el veinte por ciento de su crédito, que será entregado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, para el Seguro Social del Campesinado, aparte de las demás sanciones a que hubiere lugar, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2138. (...) ."
51. "Artigo 812 (Redução equitativa da cláusula penal).
1. A cláusula penal pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente; é nula qualquer estipulação em contrário". (Redacção do Dec. Lei Nº 262-/83, de 16 de Junho).
- "Artigo 935 (Cláusula penal no caso de o comprador não cumprir).
1. A indemnização estebelecida em cláusula penal, por o comprador não cumprir, não pode ultrapassar metade do preço, salva a faculdade de as partes estipularem, nos termos gerais, a ressarcibilidade de todo o prejuízo sofrido.
2. A indemnização fixada pelas partes será reduzida a metade do preço, quando tenha sido estipulada em montante superior, ou quando as prestações pagas superem este valor e se tenha convencionado a não restituição delas; havendo, porém, prejuízo excedente e não se tendo estipulado a sua ressarcibilidade, será ressarcido até ao limite da indemnização convencionada pelas partes."
- "Artigo 1146 (Usura).
2. E havida também como usurária a cláusula penal que fixar como indemnização devida pela falta de restituição do empréstimo, relativamente ao tempo de mora, mais do que o correspondente a 7% ou 9% acima dos juros legais, conforme exista ou não garantia real. (Redacção do Dec. Lei Nº 262/83, de 16 de Junho).
3. Se a taxa de juros estipulada ou o montante da indemnização exceder o maximo fixado nos números precedentes, considera-se reduzido a esses máximos, ainda que seja outra a vontade dos contraentes".

1542, 1544 y 2206—<sup>52</sup>, El Salvador —artículos 1413 y 1415—<sup>53</sup>, Bolivia (de 1830) —artículos 734, 745 y 822—<sup>54</sup>, Colombia —artículos 1599, 1601 y 2231—<sup>55</sup>, Bolivia (de 1976) —artículos 534 y 535—<sup>56</sup>, el Proyecto de Código Civil del Brasil (de

1975) —artículos 411 y 412—<sup>57</sup>, el Proyecto de Código Civil del Brasil (de 1984) —artículos 412 y 413—<sup>58</sup>, el Proyecto Valencia Zea de Código de Derecho Privado de Colombia (de 1980) —artículos 533, 530 y 531—<sup>59</sup> y el Proyecto de Código Civil de

52. "Art. 1542. Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio."  
"Art. 1544. Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.  
La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.  
En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximum del interés que es permitido estipular.  
En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme."  
"Art. 2206. El interés convencional no tiene más límites que los que fueren designados por ley especial; salvo que, no limitándolo la ley, exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, en cuyo caso será reducido por el juez a dicho interés corriente."
53. "Art. 1413. Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio."  
"Art. 1415. Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó, a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la pena todo lo que exceda al duplo de la cantidad ofrecida en pago. La disposición anterior no se aplica a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado, en las cuales se deja a la prudencia del Juez moderar la pena, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme."
54. "Art. 734. La pena convencional no debe comprender todos los bienes, ni exceder el duplo de su legítimo valor.  
Art. 745. Cuando se ha pactado, que el que falte a la convención pague, a título de daños e intereses, cierta suma, no puede ser obligada la otra parte a una mayor ni menor."  
"Art. 822. La pena puede modificarse por el juez, en el caso de haberse cumplido en parte la obligación principal."
55. "Art. 1599. Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio."  
"Art. 1601. Cuando por el pacto principal, una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.  
La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable.  
En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximum del interés que es permitido estipular.  
En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme."  
"Art. 2231. El interés convencional que exceda de una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, será reducido por el juez a dicho interés corriente, si lo solicitare el deudor."
56. "Artículo 534. (Cuantía de la pena convencional). La pena convencional no puede exceder la obligación principal."  
"Artículo 535. (Disminución equitativa de la pena). La pena puede ser equitativamente disminuida por el juez, si se ha cumplido en parte la obligación principal o si la pena fuese manifiestamente excesiva, considerando la persona del deudor, la importancia de las prestaciones y las demás circunstancias del caso."
57. "Art. 411. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal."  
"Art. 412. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio."
58. "Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal."  
"Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio."
59. "533. El juez reducirá equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, o cuando la obligación hubiese sido en parte cumplida."  
Si la deuda es una suma de dinero se aplicarán los artículos 530 y 531.  
"530. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización por lucro cesante está sujeta a las reglas siguientes:  
1. Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario.  
2. El acreedor no tiene necesidad de justificar (perjuicio) cuando cobra intereses; basta el hecho del retardo.  
El interés legal se fija en el doce por ciento anual.  
3. Los intereses atrasados no producen interés."  
"531. El interés convencional que exceda del doble del interés legal, será reducido por el juez a dicho interés legal si lo solicitare el deudor."

Colombia (de 1981) —artículos 526, 523 y 524—.<sup>60</sup> El proyecto de Código Civil peruano de 1890 —artículos 1568 y 1569— (infra 5.2.) optaba también por este sistema.

### 3.7. Resarcibilidad del daño ulterior.

Contemplan esta posibilidad, el Código de las Obligaciones suizo —artículos 106 y 161, pá-

rágrafo 2—<sup>61</sup> y los Códigos de Italia (de 1942) —artículos 1382, primer párrafo, y 1224—<sup>62</sup>, Portugal —artículo 811, párrafo 2—<sup>63</sup>, Alemania Federal —artículo 340, segundo párrafo—<sup>64</sup>, España —artículo 1152—<sup>65</sup>, Siria —artículo 226—<sup>66</sup>, El Esbozo de Freitas —artículo 992—<sup>67</sup>, el Anteproyecto Osorio de Código Civil de Bolivia —artículo 767—<sup>68</sup>, el Proyecto de Código Civil del Brasil (de 1975)

60. "526. El juez reducirá equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, o cuando la obligación hubiese sido en parte cumplida."  
Si la deuda es una suma de dinero se aplicarán los artículos 523 y 524.  
"523. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización por lucro cesante está sujeta a las reglas siguientes:  
1. Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario.  
2. El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicio cuando cobra intereses; basta el hecho del retardo.  
El interés legal será el corriente bancario fijado por la autoridad competente.  
3. Los intereses atrasados no producen interés. Con todos aquéllos se capitalizarán desde la fecha de la demanda judicial del acreedor, o por acuerdo posterior al vencimiento, siempre que en uno y otro caso se deban con dieciocho (18) meses de anterioridad, por lo menos."  
"524. Cuando el interés convencional exceda del doble del interés legal, el exceso será absolutamente ineficaz, y en lo demás, si lo solicitare el deudor, el juez lo reducirá al interés legal."
61. "Art. 106.  
1. Quando el danno patito del creditore ecceda l'ammontare degli interessi moratori, il debitore è tenuto a resarcire anche questo danno, in quanto non provi che non gli incombe alcuna colpa.  
2. Se questo maggior danno è anticipatamente valutabile, il giudice può stabilire il risarcimento già nella sentenza sulla pretesa principale".  
"Art. 161. (. . .)  
2. Se il danno eccede l'ammontare della pena, il creditore può richiedere il maggior importo solo in quanto provi la culpa del debitore".
62. "1382. Effetti della clausola penale. La clausola, con cui si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto ad una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore.  
La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno."  
"1224. Danni nelle obbligazioni pecuniarie. Nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di danaro sono dovuti dal giorno della mora gli interessi legali, anche se non erano dovuti precedentemente e anche se il creditore non prova di aver sofferto al cun danno. Se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale, gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura. Al creditore che dimostra di aver subito un danno maggiore spetta l'ulteriore resarcimento. Questo non è dovuto se è stata convenuta la misura degli interessi moratori."
63. "Artigo 811 (Funcionamento da cláusula penal)  
2. O estabelecimento da cláusula penal obsta a que o credor exija indemnização pelo dano excedente, salvo se outra for a convenção das partes".  
(Redacção do Dec. Lei Nº 200-C/80, de 24 de Junho).
64. "340. Si el deudor ha prometido la pena para el caso de que no cumpla su obligación, el acreedor puede exigir la pena en que se ha incurrido en lugar del cumplimiento. Si el acreedor declara al deudor que exige la pena, está excluida la pretensión al cumplimiento. Si corresponde al acreedor una pretensión de indemnización de daños a causa del no cumplimiento, puede exigir la pena en que se ha incurrido como importe mínimo del daño. No está excluido el hacer valer un daño mayor."
65. "1152. En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. (. . .)."
66. "Lorsque le préjudice dépasse le montant des dommages-intérêts conventionnels, le créancier ne peut réclamer une somme supérieure, à moins qu'il ne prouve le dol ou la faute lourde du débiteur."  
(Tomado de: Segré, Tullio, Clause pénale et dommages ultérieurs en droit comparé. En: Revue internationale de droit comparé. Paris, april-juin, 1970, pág. 303).
67. "992. El acreedor no podrá pedir la pena sino cuando el deudor se hubiere constituido en mora, y pidiéndola no tendrá derecho a ninguna otra indemnización de pérdidas e intereses, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente, salvo si en los actos jurídicos se hubiere dispuesto de otro modo."
68. "Artículo 767. Puede pactarse una pena para el caso de incumplimiento de una obligación. Esa pena sustituirá al abono de daños, perjuicios e intereses, a no ser que otra cosa se hubiere convenido expresamente. Si no hay daños ni perjuicios no será exigible."

—artículo 415—<sup>69</sup> el Proyecto de Código Civil del Brasil (de 1984) —artículo 416—<sup>70</sup> y el Código de Comercio argentino —artículo 189—<sup>71</sup>. Igualmente lo prevén, el Código Civil peruano de 1984 —artículo

los 1324<sup>72</sup> y 1341 (infra 5.4.)— y el proyecto de Código Civil peruano de 1890 —artículo 1572 (infra 5.2.)—<sup>73</sup>.

## 4. APRECIACIÓN CRÍTICA SOBRE LOS DISTINTOS SISTEMAS

### 4.1. Inmutabilidad absoluta.

Este sistema, se sustenta, entre otros argumentos, en los siguientes:

La cláusula penal tiene una función indemnizatoria e importa una determinación antelada de la indemnización de daños y perjuicios. Por consiguiente, carece de sentido que su monto se someta al arbitrio judicial, pues precisamente dicho monto se ha fijado contractualmente para evadir las dificultades que suelen producirse para establecer el monto indemnizatorio en juicio. Esa es su finalidad práctica.

Debe tenerse la seguridad de que la cláusula penal se hará efectiva según lo pactado, pues si se admite su aumento o reducción por decisión judicial se perdería su función compulsoria<sup>74</sup>. No existiría ninguna ventaja particular al pactarla. La situación

sería equivalente a aquella en que no se pactó una cláusula penal, en caso de que las partes se encontraran sometidas al arbitrio judicial.

En cuanto al primer argumento, no puede descartarse que el monto de la penalidad que se haya pactado resulte insuficiente. En tal caso, el acreedor —que no está obligado a probar que ha sufrido daños y perjuicios para reclamar la satisfacción de la pena— se vería burlado en sus derechos, pues no obtendría un resarcimiento acorde con los daños y perjuicios que se le hubieran irrogado. Además, en este supuesto la pena carecería de la fuerza compulsoria que es inherente a su naturaleza. Por el contrario, de ser exagerado su monto, el acreedor obtendría una ventaja desmedida y arbitraria que no se justifica. Por tanto, debe considerarse que la cláusula

69. "Art. 415. Para exigir a pena convencional não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convenionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente."

70. El artículo 416 reproduce textualmente el tenor del artículo 415 del Proyecto de 1975 transcrito en la nota (69) anterior.

71. "Art. 189. Si al contrato de transporte se hubiese agregado una cláusula penal por el no cumplimiento o el retardo en la entrega, podrá siempre pedirse la ejecución del transporte y la pena.

Par tener derecho a la pena pactada, no es necesario acreditar un perjuicio, y el importe de ella podrá deducirse del precio convenido. En el caso en que se probare que el perjuicio inmediato y directo que se haya experimentado, es superior a la pena, se podrá exigir el suplemento.

Si el porteador estuviere exento de responsabilidad, con arreglo a las disposiciones de los artículos 172 y 188, no habrá lugar al pago de la pena."

72. "Artículo 1324. Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios.

Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento."

73. De acuerdo con Alterini (La inmutabilidad relativa de la cláusula penal (luego de la ley 17711). En: Revista del Notariado. Julio-agosto, 1970, año LXXIII, Nº 712, Buenos Aires, págs. 1003-1004), en el caso del Código Civil argentino, la indemnización del daño ulterior, "procede cuando, por acuerdo de partes (art. 1197 del Código Civil), se atribuye a la pena carácter de suma 'a cuenta' del monto efectivo de la indemnización. . . ; o cuando las partes han 'estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal' (art. 659 in fine del Cód. Civil), lo que implica la posibilidad de reclamar, aparte de la cláusula penal compensatoria, los daños por el incumplimiento de aquélla."

74. Sobre los alcances y limitaciones de la función compulsiva, cfse.: LEIVA FERNÁNDEZ, Luis y AGÜERO Rubén, Incidencia de la reforma introducida por la Ley 17711 al principio de la inmutabilidad en la cláusula penal (Art. 656, Código Civil). En: Revista del Notariado, noviembre-diciembre, 1971, año LXXV, Nº 720, Buenos Aires, págs. 2046-2047. Igualmente, Alterini, Atilio Aníbal, *op. cit.*, págs. 984-985.

la penal constituye una fijación anticipada de la indemnización, pero sujeta a ajuste.

En cuanto al segundo, debe apreciarse, que si el deudor pretende la reducción de la pena, la carga de la prueba recaerá sobre él, situación que no se da en los casos en que no se ha previsto la existencia de una pena contractual.

El sistema de la inmutabilidad según lo aprecia acertadamente Osterling<sup>75</sup>, "se presta a abusos. Y los abusos pueden ser de cualquiera de las partes, tanto del acreedor como del deudor. Es cierto, en efecto, que la cláusula penal puede utilizarse para imponer una indemnización arbitraria. Pero también es cierto que esta indemnización puede ser arbitraria tanto para el deudor, quien se vería obligado a pagar en exceso, como para el acreedor, quien podría no ver satisfechos los perjuicios que realmente sufrió. El cumplimiento riguroso de la cláusula penal, en ciertos casos, puede realmente convertir a la justicia en instrumento para consagrar una iniquidad."

Partiendo del principio de la autonomía de la voluntad, concebido en términos absolutos, exagerados, y, por tanto, otorgando primacía absoluta a lo acordado por las partes, a la fuerza vinculatoria de los pactos, podía explicarse el hecho de descartar el arbitrio judicial. No debe pasarse por alto que los Códigos inspirados en el Código Napoleón —de corte excesivamente individualista— han proclamado como regla el concepto de que el contrato es ley entre las partes que lo han celebrado, debiendo excluirse en consecuencia, toda intromisión, sea del juez o del legislador. En este orden de ideas, la pena pactada debe cumplirse estrictamente por gravosa que pueda ser para el deudor o por insuficiente que pueda resultar para el acreedor.

A pesar de lo expresado, los Mazeaud<sup>76</sup> señalan lo siguiente, en cuanto a la pena insuficiente, comentando el texto original del artículo 1152 del Código Napoleón: "... cuando la suma alzada convenida, que se denomina pena, resulte inferior al daño efectivamente realizado, la cláusula tropieza con los mismos obstáculos que una convención de exoneración parcial; de modo especial no puede permitirse al responsable eludir la reparación integral del daño causado por su culpa intencional, o por su culpa lata

o por daños a la persona. Fuera de esos casos la cláusula penal tiene como efecto obligar al responsable del pago de toda la pena, pero sólo al de la pena, sea cual sea la magnitud del daño, del que la víctima no tiene que probar ni la cuantía ni siquiera la existencia."

No obstante la fuerza de la argumentación transcripta, cuyo sentido compartimos, no puede negarse que ella choca con el texto expreso y categórico del artículo 1152 del Código Napoleón en su redacción original (antes de la modificación de 1975), según el cual: "Cuando la convención establece que quien deje de cumplirla pagará una cierta suma de dinero a título de daños e intereses, no podrá concederse a la otra parte una suma mayor ni menor." Por ello, en opinión de Mourlon:<sup>77</sup> "El acreedor obtendrá siempre, pero sólo la suma estipulada. Los jueces no pueden bajo ningún pretexto fijar una suma mayor ni menor."

La fórmula de la inmutabilidad se presta a manejos inequitativos. Es frecuente que se critiquen sus alcances por considerar que es muy severa para el deudor, a quien erróneamente se le considera la parte débil de la relación obligacional. Se pierde de vista que, en muchas ocasiones, el deudor es la parte más poderosa y precisamente, en función de su preponderancia en el vínculo obligacional, logra imponer cláusulas penales poco significativas en previsión de incumplimientos posteriores.

La inmutabilidad de la pena pasa por alto estas circunstancias en homenaje a un errado concepto de la inflexibilidad de los pactos y por temor a la intervención judicial.

Así lo demuestran las siguientes expresiones de Pissanelli:<sup>78</sup>

"El principio que informa asimismo toda esta parte del proyecto es aquel de la libertad dejada a los contratantes para regular sus obligaciones del modo que mejor entiendan, sin dar facultad al juez para modificar su voluntad so pretexto de equidad (art. 1123). La primera consecuencia del citado principio es que si las partes han establecido una cláusula penal para el caso de inejecución y retardo en el cumplimiento de la obligación, el juez no podrá reducirla so pretexto de ser ella excesiva. Admitir que el juez pueda variar las condiciones del contrato, es

75. OSTERLING PARODI, Felipe, Inmutabilidad de la cláusula penal. En: *Derecho. Órgano de la Facultad de Derecho*, N° XXIV. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1965, pág. 13-14.

76. MAZEAUD, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho Civil*. Parte II, volumen II, Buenos Aires, 1960, pág. 441.

77. Cit. por KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *op. cit.*, pág. 87.

78. Cit. por PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, pág. 237.

querer subrogar su voluntad al consentimiento de los contrayentes, y es una contradicción manifiesta a la regla proclamada por todos los códigos de que 'los contratos celebrados legalmente tienen fuerza de ley entre las partes que los han contraído' (art. 1230)."

Nada permite excluir, pues que en un régimen legislativo en que impera la inmutabilidad, el contrato se convierta en un medio de opresión, de imposición, de una parte sobre otra.

#### 4.2. Inmutabilidad relativa (parcial y total).

Es interesante observar que los Códigos de Francia y Argentina que siguen esta tendencia, antes de las reformas introducidas en 1975 y 1968, respectivamente, constituían ejemplos de legislaciones que optaban por la inmutabilidad absoluta de la pena<sup>79</sup>. En el mismo caso se encuentran los Códigos de Paraguay y de Italia con la diferencia de que, en ambos, el cambio se ha producido al derogarse los Códigos vigentes en esos países antes de 1987 y 1942, respectivamente.

Precisa aclararse sin embargo, que difieren las soluciones de los Códigos argentino y paraguayo, por un lado, y del Código francés, por el otro. En efecto, mientras los primeros admiten exclusivamente la reducción de la pena, (inmutabilidad relativa parcial), el segundo contempla también la posibilidad de aumentarla en caso de ser diminuta (inmutabilidad relativa total).

En cuanto al Código italiano, si bien éste contempla sólo la reducción de la pena (artículo 1384), admite que se pueda pactar la resarcibilidad del daño ulterior (artículo 1382 in fine), con lo cual el acreedor puede obtener un monto indemnizatorio superior al correspondiente a la cláusula penal. En este caso, el deudor está obligado a pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.

La solución de los Códigos argentino<sup>80</sup> y paraguayo es criticable, pues no contempla la posibilidad del aumento de la cláusula penal.<sup>81</sup> Participamos del

79. Sin embargo, como indican LEIVA FERNÁNDEZ y AGÜERO. *op. cit.*, pág. 2047: "Antes de la reforma efectuada por la ley 17.711 al Código Civil, el artículo 656 único precepto legal, referido a la inmutabilidad de la cláusula penal se mantenía inalterable en la posición enunciada por Vélez. No obstante ello, la jurisprudencia gran modificadora no tardó en relativizar el precepto mentado. . . y la doctrina también se inclinó en tal sentido. . .".

Confróntese sobre la misma cuestión: ALTERINI, A. A., *op. cit.*, págs. 990, 991 y REZZÓNICO, Luis María, *La inmutabilidad de la cláusula penal y la inejecución dolosa de la obligación, La ley*, tomo 126, abril-junio, 1967, págs. 990-991. y REZZÓNICO, Luis María, *La inmutabilidad de la cláusula penal y la inejecución dolosa de la obligación, La ley*, tomo 126, abril-junio, 1967, págs. 208, 209.

80. Debe hacerse notar que el agregado al artículo 656 del Código Civil argentino dispuesto por la Ley 17.711 exige, para la reducción de la pena, la confluencia, de dos elementos, uno objetivo —constituido por el monto desproporcionado de la pena— y otro subjetivo —que estará dado por el abusivo aprovechamiento de la situación del deudor—. La solución es original y vincula la cláusula penal a la lesión, regulada en el artículo 954 —según el nuevo texto introducido por la Ley 17.711— del mismo Código. (Cfse. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *La lesión y el nuevo artículo 954*, pág. 121-123, y ALTERINI, Atilio A., *op. cit.*, págs. 1007-1008).

81. Sin embargo, la doctrina argentina, no obstante el texto de los artículos 655 y 656 del Código de Vélez, admite algunas excepciones en el caso de cláusulas penales insuficientes: cuando el incumplimiento del deudor es doloso y cuando la cláusula penal fuera inicialmente ínfima o irrisoria o resultara así posteriormente como consecuencia de la depreciación monetaria. Acerca del incumplimiento doloso del deudor cfse. KEMELMAJER, *op. cit.*, págs. 140 a 156, y MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Medios compulsivos en Derecho Privado*, EDIAR Sociedad Anónima, Buenos Aires, 1978, pág. 104 y REZZÓNICO Luis María, *op. cit.*, págs. 201-212.

Participamos de la opinión de Mosset Iturraspe (*op. cit.*, págs. 98 y 104) en el sentido de que "una cláusula que imponga una pena exigua o de poco monto no constituye en rigor, una 'cláusula penal', puesto que lejos de reforzar y asegurar el cumplimiento de la principal, invita a incumplir, con la intención de liberarse con un sacrificio mínimo" y que en tal caso "estamos frente a una obligación de cumplimiento facultativo, que el deudor cumple si quiere. Con base en estas razones puede llegarse a la nulidad." En efecto, el pacto no tendría otro objeto que el de encubrir una cláusula limitativa de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable, cuya nulidad está sancionada por la ley.

En opinión de Moisset De Espanés, la cuestión acerca de la llamada cláusula penal ínfima, "debe enfocarse desde otro ángulo, coordinando el artículo 656 con el 954, y recordando que técnicamente las llamadas acciones de 'reducción' son el sinónimo de acciones de 'modificación', y comprenden tanto la disminución de prestaciones excesivas, como el aumento de prestaciones exiguas, es decir ambas formas de restablecer el equilibrio. En los países cuyas leyes solo hablan de 'reducción', la doctrina se ha esforzado por demostrar cuál es el verdadero alcance de la acción, y que el vocablo 'reducción' no debe ser interpretado con estrictez gramatical, sino que tiene un sentido técnico equivalente al de 'modificación' de la prestación, que borre la desproporción sea porque disminuye lo que hay en exceso (cobrando menos, o restituyendo lo que se había pagado de más), sea porque se estipula un suplemento y se paga la diferencia. Analizada la cuestión de 'reducción' que consagra el artículo 656 a la luz del significado técnico que se le acuerda en el Derecho Comparado, y concordada con lo que dispone el artículo 954 para los actos lesivos, que son 'modificados' o 'reajustados', parece claro que el juez tendría facultades para revisar las cláusulas penales, siempre que presenten un desequilibrio excesivo —sea en más, sea en menos— y que se reúnan también en el caso concreto los elementos subjetivos del acto lesivo, es decir la inferioridad de una parte y la explotación o aprovechamiento de la otra." (MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *op. cit.*, págs. 133-134).