

punto de vista de Espín Cánovas⁸² en el sentido de que: "Cualquier solución legislativa debe estar presidida por un criterio para la moderación y para la elevación de la pena. No parece justo que el acreedor pueda exigir el plus de los daños y al deudor se le niegue la moderación de la pena, o viceversa."

En los mismos términos se pronuncia Osterling⁸³: "si se admite la modificación de la cláusula penal, si se introduce en las legislaciones el principio jurídico de su revisión, si se persigue una solución equitativa, que este principio de equidad rija, en igual medida, para el acreedor y para el deudor."

Por tal razón, resulta más adecuada la regla contenida en el segundo párrafo del artículo 1152 del Código francés, —texto introducido por la Ley N° 75-597 de 9 de julio de 1975—, que autoriza al juez a moderar o aumentar la pena convenida, si ella es manifiestamente excesiva o irrisoria, reputándose no escrita toda estipulación contraria.⁸⁴

Cabría objetar, en uno y otro caso, el hecho de proclamar en forma expresa y como regla el principio de la inmutabilidad. En verdad ello carece de sentido, pues la sola circunstancia de admitir la reducción y, en el caso del Código Civil francés, también el aumento de la pena, determinan consagrar en la práctica su relatividad.

Resulta observable igualmente que el juez pueda declarar de oficio la reducción de la pena, como lo establece el Código paraguayo en su ar-

tículo 459 (cuyo antecedente inmediato es el artículo 1227 del Código Civil del Perú de 1936). Es el interés del deudor el que está en juego y sólo a iniciativa suya debe admitirse la intervención del juez para la reducción de la pena.

Opina Kemelmajer de Carlucci⁸⁵ que: "La sentencia judicial que reduce la cláusula por excesiva sin petición de parte supone aceptar como notorios hechos que deben ser probados; priva a las partes de la oportunidad de defenderse ofreciendo prueba en contrario; en suma, vulnera el derecho de defensa en juicio al privar al acreedor del derecho de aportar pruebas sobre la no existencia del exceso o del aprovechamiento."

En el mismo sentido, señala Osterling:⁸⁶ ¿Podría un juez, en estos casos, decidir si la indemnización es excesiva o insuficiente tan solo con criterio de conciencia y sin que se actuaran las pruebas de la existencia o inexistencia de los perjuicios, o de su cuantía? ¿O sería necesario, para que el juez modificara la pena, que se demostrara indubitadamente que el acreedor sufrió perjuicios superiores o inferiores a los pactados? Parece claro que es esta última solución la que debe prevalecer. Hay que reconocer que en algunos pocos casos la simple apreciación judicial, sin necesidad de pruebas, puede conducir al juez que actúe con criterio de conciencia a la convicción de que la pena pactada es excesiva o insuficiente. Pero también hay que reconocer que en la

Por último, en el supuesto de la pena que resultara irrisoria por causas sobrevinientes, consideramos que cabría pretender su reajuste a través de la figura de la excesiva onerosidad de la prestación. Confróntese MOISSET DE ESPANÉS, *Reactualización de las cláusulas penales*. En: *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad Nacional de Córdoba, año XLV, N° 1 y 5, enero-diciembre, 1981, págs. 93-95.

Un análisis crítico sobre los alcances del artículo 656 del Código argentino puede encontrarse en: LEIVA FERNÁNDEZ, Luis y AGÜERO, Rubén *op. cit.*, págs. 2047-2051.

82. Cit. por KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *op. cit.*, págs. 139-140.

83. OSTERLING P., F., *op. cit.*, pág. 23.

84. Sobre la reforma del artículo 1152 del Código Civil francés, señala JORDANO FRAGA (*La responsabilidad contractual*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1987, págs. 344-345):

"Como consecuencia de esta reforma se establece como garantía general el carácter inderogable de la intervención judicial correctora-equitativa, respondiendo así a las dudas creadas en doctrina y jurisprudencia acerca del carácter imperativo o no de la norma que la autorizaba. Además, con gran novedad, se establece el carácter bidireccional de la intervención judicial, dirigida sea hacia cláusulas abusivas por excesivamente onerosas, sea por insuficientemente indemnizatorias. (...) Ahora, como consecuencia de esta reforma (art. 1152-2º, del C. Civ. fr.), la intervención judicial se conecta directamente al carácter abusivo (en un sentido o en otro) de la pena convencional, con independencia del tipo de incumplimiento que determine la responsabilidad del deudor y, por ende, la aplicación de la pena (aunque, claro, será la entidad del incumplimiento el parámetro fundamental de modificación, en su caso, de su importe). (...) Al admitirse también la modificación de las cláusulas penales irrisorias se ha dado respuesta a la práctica de la contratación (fundamentalmente en masa) que, bajo apariencia de penas convencionales, contenía genuinas limitaciones abusivas, dirigidas a defraudar las leyes prohibitivas que imponen límites a la exoneración o limitación de la responsabilidad. En el modo de dar respuesta a estos abusos se ha visto un 'dirigismo contractual' que coloca al juez ante la 'obligación judicial' de restablecer el equilibrio contractual abusivamente roto ..."

85. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *op. cit.*, págs. 127-128.

86. OSTERLING P., Felipe, *op. cit.*, pág. 20-21.

mayoría de los casos las complejas relaciones contractuales, la fisonomía propia de los convenios cuyo cumplimiento se trató de asegurar con una cláusula penal, no permiten al juez pronunciarse sin pruebas. Y si el juez, en estos casos, modifica la pena, se arriesga a cometer una arbitrariedad."

Las razones expuestas, de indudable peso, justifican plenamente que la modificación de la pena opere solo a instancia de parte.

Sin perjuicio de lo expresado en párrafos precedentes, frente al sistema de la inmutabilidad absoluta, la solución de los Códigos mencionados, especialmente la contenida en el Código francés, constituye un indudable avance, con el propósito de evitar los abusos que son inherentes al criterio de inflexibilidad absoluta.

A este respecto es oportuno transcribir la opinión de Castán Tobeñas⁸⁷ quien sostiene lo siguiente: "Hay que confesar que en muchos puntos concede la ley civil un excesivo respeto a las convenciones privadas, en detrimento de la equidad y de las exigencias morales. Nótese que... al amparo de la libertad de contratación y aun de disposiciones concretas del Código, inspiradas en teorías abstractas o tradicionales, caben innumerables abusos y verdaderas injusticias... Las facultades amplias concedidas a los tribunales en materia de préstamos, u operaciones usurarias merecerían ser generalizadas a toda clase de convenciones, para disponer de un medio de reducir obligaciones excesivas o declarar ineficaces cláusulas draconianas, y cortar, en una palabra, los abusos que pueden cometerse a la sombra de la contratación."

4.3. Mutabilidad total.

El sistema de la mutabilidad total es cuestionado severamente pues se considera que el hecho de autorizarse el aumento o reducción de la pena, a solicitud del acreedor o deudor, respectivamente, "parece conspirar contra la seguridad contractual que se buscaba. Si la cláusula penal,... se estipula con el fin de evitar el debate sobre la existencia de los perjuicios y sobre su cuantía, conceder a los jueces la facultad de modificarla significa, en la mayoría de los casos, abrir la controversia sobre la existencia de tales perjuicios y sobre su monto.

Vemos entonces que se sustituye el pacto libremente concertado por las partes —con la misma libertad con la que concertaron la obligación cuyo cumplimiento se trató de asegurar con una cláusula penal— por un juicio complejo y costoso en que se objeta el valor de ese pacto. Pues si la pena debe ser razonablemente proporcional al daño sufrido por el acreedor, a la gravedad de la falta, a los intereses en juego y a la propia situación de las partes, es inevitable que se discuta y pruebe la existencia de los perjuicios y su cuantía."⁸⁸

Es exacto que la cláusula penal cumple una función indemnizatoria, pero no puede desconocerse al mismo tiempo que las partes contratantes no se encuentran realmente en un pie de igualdad que permita afirmar categóricamente que contratan con la misma libertad. La tradicional idea de que existe una paridad jurídica de los contratantes, no puede sostenerse más en nuestros días. Baste referir la difusión que tienen hoy en día los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales de contratación, en los que las partes tienen un poder de negociación desequilibrado y en los que es frecuente que una de ellas se vea obligada por necesidad a adherirse a lo predispuesto por la parte fuerte, pues de lo contrario no podrá acceder a los bienes o servicios que se le ofrecen y que usualmente se encuentran en manos de entes monopólicos.

Como afirma De la Puente y Lavalley,⁸⁹ "la libertad e igualdad jurídicas no concurren necesariamente al lado de la libertad e igualdad económicas, por lo cual se hace necesaria la intervención del legislador para restablecer el equilibrio que las desigualdades de hecho rompieron."

Por ello, el juez debe ser autorizado a intervenir con el objeto de conformar las relaciones obligatorias con los principios de justicia y equidad, limitándose así la autonomía de la voluntad.

A este respecto, hacemos nuestro lo que expresa Gounot:⁹⁰ "En materia de contratos no hay más que un principio absoluto: la justicia. La libertad no es más que un medio hacia lo justo; ella se apoya sobre una presunción de justicia."

Como ha señalado el ilustre jurista español Ramón Serrano Suñer:⁹¹ "La Justicia, exigencia de la razón y la moral, es el tema más importante de

87. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*. Tomo III, Madrid, 1958, pág. 352.

88. OSTERLING P., Felipe, *op. cit.*, pág. 20.

89. DE LA PUENTE Y LAVALLEY, Manuel, *Estudios del contrato privado*. Tomo I. Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1983, págs. 61-62.

90. Cit. por DE LA PUENTE Y LAVALLEY, Manuel, *op. cit.*, pág. 63.

91. SERRANO SUÑER, Ramón, *Dictámenes y Recursos de Casación Civil*, Tomo I, EDESA, Madrid, 1985, pág. XVII.

toda sociedad organizada. Tanto en el Estado liberal, como en el Estado socialista o en el totalitario, hablar de la libertad sin justicia es mentir."

En consecuencia, antes que hacer primar la pureza conceptual de una institución que, como resultado de una aplicación inflexible en el marco del sistema de la inmutabilidad absoluta, puede conducir a que se consumen abusos, debe tomarse partido por la justicia y la solidaridad y optar por la solución de la mutabilidad total de la cláusula penal, admitiendo, por consiguiente, tanto su aumento como su disminución a pedido de parte. En este orden de ideas, la carga de la prueba recaerá sobre quien solicite el reajuste: el acreedor, para lograr el incremento, o el deudor, para obtener la reducción.

A este respecto, participamos de la opinión de Gorla⁹², cuando señala que: "La sanción en su determinación y en su aplicación, da lugar. . . a un problema de proporción o de justicia; incluso puede decirse que la justicia constituye la esencia misma de la sanción. De forma que cuando ésta, de manera indirecta o directa, se halla establecido convencionalmente, habrá que tener en cuenta el hecho de que ha sido establecida o aceptada por la libre voluntad de las partes, especialmente del promitente; pero sin llevar esta consideración hasta tal punto que halla que respetar totalmente una sanción convencional que, por su carácter excesivo o por la enorme desproporción en el momento de la aplicación, choque con las más elementales exigencias de la justicia; en función de las mismas consideraciones se justifica plenamente la procedencia del aumento de la pena cuando fuese diminuta.

Debe observarse que la reducción o el aumento ha de proceder sólo en la medida de que exista una ostensible diferencia entre la pena y los daños irrogados. No ha de bastar entonces la mera diferencia. Nótese a este respecto que, los Códigos que

contemplan la reducción o el aumento de la pena o ambos suelen exigir para ello la existencia de un "monto desproporcionado" (Código argentino, artículo 656, segundo párrafo), que la pena sea "manifiestamente excesiva o diminuta" (Código francés, artículo 1152, segundo párrafo), "manifiestamente excesiva" (Código paraguayo, artículo 459), "extraordinariamente alta" (Código alemán, artículo 343, primer párrafo).

En el caso del Código de las Obligaciones suizo, se impone al juez la obligación de reducir la pena "según su prudente criterio."⁹³

Sobre el uso de tal atribución, "recuerda Lafaille que tanto la jurisprudencia alemana como la suiza es parca en el uso de la facultad de reducir las penas a fin de no dejar librada absolutamente a la voluntad de los jueces la eficacia de las cláusulas convencionales. (...) La justificación lógica de lo dicho es palmaria: si las facultades judiciales fueran amplísimas, las penas habrían perdido su razón de ser, y de nada valdría pactarlas; es preferible para las partes someterse a la fijación judicial de los daños y perjuicios y tomar las precauciones necesarias en cuanto a los medios de prueba para acreditarlos..."⁹⁴

Por su parte Staudinger⁹⁵ comenta: "El criterio de si una pena pronunciada es desproporcionadamente elevada, queda a juicio discrecional del Juez. En el ejercicio del derecho de reducción de la pena, el Juez debe considerar todas las circunstancias que le parezcan de importancia, especialmente el interés del acreedor en relación con las circunstancias relativas al tiempo (el tiempo del acuerdo, aquel en que se incurre en la pena, el de la realización de la pena, el de la sentencia), el grado del daño posible y del real, la situación económica de los contratantes y el grado de culpa por parte del deudor."

92. GORLA, Gino, *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico*. Traducción y notas de comparación y adaptación al Derecho español, por José Ferrandis Vilella. Tomo I, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1959, págs. 299-300.

93. Según se ha expresado anteriormente —supra 4.2— es severamente cuestionable que la modificación de la pena se imponga como obligación al juez en el Código de las Obligaciones suizo —artículo 163, párrafo 3—.

94. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *op. cit.*, pág. 109.

95. Cit. por León BARANDIARÁN, *Comentarios al Código Civil Peruano (Derecho de Obligaciones)*. Tomo II. Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1939, pág. 139.

En opinión de: ENNECCERUS: "Si la pena es o no excesivamente elevada, es cuestión a resolver por arbitrio judicial. Para juzgarla se ha de tener en cuenta todo interés legítimo del acreedor y no solo su interés patrimonial. En tanto en cuanto la pena exceda de este interés, se ha de ponderar también la gravedad de la culpa del deudor (en el supuesto de que exista) y la ventaja que le produce el incumplimiento o el cumplimiento no pertinente, como asimismo su situación patrimonial." (ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho de Obligaciones*, tomo segundo, volumen I, undécima revisión por LEHMANN, Heinrich, Traducción de la 35ª edición alemana por PÉREZ GONZÁLEZ Blás y ALGUER José, segunda edición, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1954, págs. 191-192). En el mismo sentido: VON TUHR, *op. cit.*, pág. 242.

¿Y qué ocurriría si solicitada la reducción por el deudor se acreditara que el acreedor no sufrió daño alguno?

En los casos en que el acreedor no hubiera sufrido daño alguno se justifica que el juez suprima la pena. También en este caso, como es obvio, la prueba será de cargo del deudor.

Al respecto, señala Ossorio⁹⁶ que: "Si la pena sirve para sustituir la indemnización de daños y perjuicios, sólo será aplicable cuando existan éstos. De otra manera, la cláusula penal implicaría una lotería a favor del acreedor... los perjuicios tienen que ser reales. De otro modo, ¿por qué satisfacer el resarcimiento de unos perjuicios que no existen? Valga un ejemplo. Una persona se obliga a proporcionar a otra un automóvil determinado día para emprender un viaje o abonarle una suma si no se lo proporciona. Pero da la casualidad de que ese mismo día el presunto viajero ha caído enfermo en cama y no se puede mover. ¿Con qué razón alegará perjuicio y cobrará la cantidad, si la falta del coche no le ha podido ocasionar perturbación alguna?"

El punto de vista de Ossorio es exacto. Con esa perspectiva el Código Civil egipcio⁹⁷ establece lo siguiente en su artículo 224:

"Los daños y perjuicios convencionales no son debidos si el deudor demuestra que el acreedor no ha sufrido ningún perjuicio."

Ahora bien, es usual que la cláusula penal consista en una suma de dinero. Algunas legislaciones (como por ejemplo la alemana —artículo 339—) circunscriben la pena a una cantidad de dinero. Sin embargo, también puede pactarse a título de tal, una prestación de dar distinta de la dineraria, o una de hacer o no hacer. En dichos casos y de tener tales prestaciones el carácter de indivisibles, ¿cómo operaría la reducción o el aumento?

Osterling,⁹⁸ refiriéndose al supuesto de reducción, sugiere que el juez "tendría que sustituir la prestación de la cláusula penal por dinero, y reducir la suma resultante en forma equitativa."

La solución propuesta no parece adecuada. En el caso de reducción de la pena, consideramos que tratándose de prestaciones indivisibles, lo procedente sería que el acreedor reembolsara al deudor el

valor del exceso al que no tiene derecho. De este modo se guardaría fidelidad a la cláusula penal pactada. A su turno, tratándose del aumento, corresponderá que el deudor satisfaga en dinero el mayor monto a que tiene derecho el acreedor, por encima del valor de la prestación en que consiste la cláusula penal.

4.4. Mutabilidad parcial.

Comentando el artículo 343 del Código alemán, Staudinger⁹⁹ señala: "El B.G.B. ha concedido, distinguiéndose del Derecho Común, en el artículo 343, una facultad especial al Juez, la de rebajar la pena; pero, desde luego, en la confianza de que no se haga un empleo impropio o abusivo de dicha facultad, de suerte que no haya que temer que el precepto pueda servir de estímulo a la deslealtad comercial. El objeto principal del precepto es impedir un abuso de la llamada libertad contractual, con miras de explotar usurariamente a la parte económicamente más débil..."

No obstante ser loables los propósitos indicados, el sistema de la mutabilidad parcial es severamente cuestionable, desde que sólo admite la reducción de la pena y no su aumento.

Como expresa Osterling,¹⁰⁰ el sistema "parece tener su origen en el supuesto erróneo de que es siempre el deudor la parte más débil de la relación jurídica, y que merece, por tanto, tutela especial. Este concepto, propio de relaciones de otra naturaleza, debe ser proscrito de las legislaciones vigentes, 'sobre todo en países nuevos y cosmopolitas, donde es necesario reforzar ciertos conceptos éticos y de convivencia'. El legislador parece haber olvidado que es deudor el empresario importante que se obliga a suministrar mercaderías; o el contratista que se obliga a construir una obra; o el dueño de medios de locomoción que se obliga a trasladar personas o mercaderías; o en fin, todo aquel que está obligado al cumplimiento de una prestación. Desde este punto de vista, no es posible suponer que el deudor sea la parte más débil en la relación jurídica. El deudor, en los casos propuestos, sería la parte más poderosa, sobre todo cuando goza de un monopolio."

96. OSSORIO, Ángel, *op. cit.*, pág. 352. La parte final del artículo 767 del Anteproyecto de Código Civil boliviano de Ossorio establece: "Si no hay daños y perjuicios (la pena) no será exigible."

97. Cit. por GORLA Gino, *op. cit.*, pág. 294.

98. OSTERLING P., Felipe, *op. cit.*, pág. 23.

99. Cit. por León BARANDIARÁN, *op. cit.*, pág. 137.

100. OSTERLING P., Felipe, *op. cit.*, pág. 22.

Los conceptos reproducidos son correctos y evidencian que la fórmula de la mutabilidad parcial es inequitativa. El trato debe ser igual tanto para el deudor como para el acreedor.

4.5. Límite legal.

El sistema del límite legal implica que se fije un tope máximo a la cláusula penal, el cual no puede superarse, y que corresponde al valor de la prestación principal o incluso uno inferior.

"En función de este límite y aun cuando en principio no debe admitirse la intervención judicial respecto de la determinación del quantum de la pena, los jueces pueden intervenir en éste, reduciendo las penas que están por encima del límite dado y, en ciertos casos, apreciando cuál sea ese límite."¹⁰¹

El establecimiento de topes máximos legales para la cláusula penal no resulta aconsejable, pues de ese modo la pena pierde su carácter de compulsoriedad, dado que no incita al deudor a cumplir, y también se ve frustrada su función indemnizatoria, dado que no necesariamente cubrirá los daños y perjuicios que efectivamente haya sufrido el acreedor en exceso del valor de la prestación principal, si este fuera el límite legalmente establecido.

Como aprecia con exactitud Mosset Iturraspe,¹⁰² refiriéndose a la función punitiva o compulsoria de la cláusula penal: "Es claro que para cumplir cabalmente esta función, para ser en verdad 'cláusula penal' su monto debe superar en mucho el valor de la prestación cumplida."

Comentando el artículo 1843 del Código Civil de México D.F., que opta precisamente por el sistema del límite legal, expresa Borja Soriano:¹⁰³ "Puede decirse que aquí se considera la pena como el cumplimiento por equivalencia de la obligación misma, sustituyendo a la indemnización compensatoria y en este concepto, lógico es que no se pueda exigir por la vía indirecta más que lo exigible por la directa."

Tal consideración es, sin embargo, equivocada por cuanto la magnitud de los daños y perjuicios ocasionados al acreedor puede ser largamente superior al valor de la prestación cuyo cumplimiento busca asegurar la cláusula penal.

El sistema del límite, en los términos recogidos por los Códigos Civiles costarricense y mexicano, y en el Código de Comercio colombiano, desalienta el uso de la cláusula penal, pues al no admitirse el incremento de su cuantía, el acreedor obviará estipularla y optará por la valuación judicial de los daños y perjuicios. En todo caso, hará uso de ella sólo cuando estime anticipadamente que los daños y perjuicios que puede sufrir como consecuencia del incumplimiento total del deudor no serán superiores al valor de la prestación principal. Tal estimación, empero, siempre será insegura, pues puede haberse dejado de considerar algún daño, incluso de carácter previsible.

Quienes propugnan la tesis del límite legal, aceptan la relatividad del sistema desde que reconocen que la regla debe reconocer excepciones. Así por ejemplo, "cuando el deudor pretendiera burlar las responsabilidades procedentes del dolo o de la culpa inexcusable."¹⁰⁴ Y se agrega: "Por lo demás, el acreedor deberá tener el derecho, en todos los casos en que se incumpla la obligación por dolo del deudor, a pedir la revisión de la pena, sea ésta simbólica o no."¹⁰⁵

Como es de verse, aun en el sistema del límite legal, no es posible sustraerse a la eventualidad de que se promueva una acción judicial en la que se discutan los alcances de la cláusula penal.

Cabe agregar otra objeción al sistema del límite legal, que se suscita cuando no es preciso el valor de la prestación principal cuyo cumplimiento se busca asegurar con la pena, y por ello no resulta sencillo definir con certeza y confiabilidad si ésta se encuentra o no encuadrada dentro del límite legal, lo que puede ocurrir, por ejemplo, en contratos con prestación a cargo de una sola parte (donación, suministro gratuito, por ejemplo), en contratos con prestaciones recíprocas en que una de ellas no tiene por objeto una suma de dinero (permuta, por ejemplo) o en obligaciones con prestaciones de valor indeterminado o inapreciable (situación a la que se refiere el segundo párrafo del artículo 1544 del Código chileno, entre otros).

101. PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, pág. 238.

102. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *op. cit.*, pág. 78.

103. BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, tomo I, Edit. Porrúa, México, pág. 105.

104. OSTERLING P., Felipe, *op. cit.*, pág. 25.

105. OSTERLING P., Felipe, *op. cit.*, pág. 26.

Los problemas se acrecientan si aún tratándose de un contrato con prestaciones recíprocas en que una de las prestaciones tiene por objeto una cantidad de dinero (compraventa, locación de servicios, obra, por ejemplo), la cláusula penal está constituida por una prestación de dar un bien cierto o por una de hacer o no hacer.

Producido el incumplimiento total, ¿puede descartarse acaso que en esos supuestos el deudor no podrá cuestionar la pena alegando que es excesiva dada la fragilidad de los cálculos efectuados para su fijación? Difinitivamente ello no será posible, siendo entonces inevitable someterse al arbitrio judicial, que es lo que teóricamente se deseaba evitar. Como consecuencia de ello, puede incluso llegar a comprobarse que la pena es diminuta, no obstante lo cual no procederá su aumento.

En este orden de ideas, resultan fundadas las objeciones que formula Continentino¹⁰⁶, al comentar el artículo 920 del Código Brasileño: "Resulta de este dispositivo que para ser aplicable la pena, se hace indispensable estimar previamente su valor, a fin de determinar si ella sobrepasa la obligación principal. Tal evaluación, sin una base cierta, resultante de cálculos a base de una precariedad notoria, cuya solución puede ser inevitablemente arbitraria, además de suprimir una de las ventajas de la pena, cual es la fijación previa extrajudicial de la indemnización, dificulta en vez de simplificar el proceso de liquidación de las pérdidas y daños".

No convenimos por ello con lo que afirma Osterling¹⁰⁷: "Y no se diga que existen dificultades para determinar, comparativamente, los valores de la obligación principal y de la cláusula penal. Más dificultades, por cierto, existen para valorizar los perjuicios. Y, por lo demás, la contraprestación de la obligación principal, al igual que la cláusula penal, es generalmente en dinero, reduciéndose el problema a una simple apreciación de dos cifras —contraprestación y cláusula penal— preestablecidas por las partes. En los demás casos un peritaje determinará con relativa sencillez el valor de las prestaciones estipuladas".

Si la contraprestación consiste en la entrega de una suma de dinero —lo que no constituye necesariamente la regla—, del mismo modo que la pena, efectivamente no existirán mayores problemas. Pero

basta que una u otra consista en una prestación de dar bienes ciertos o en una de hacer o de no hacer, entre otros casos, para que surjan las dificultades, que son reales y no supuestas. Y si bien, con la intervención de peritos, podrán ser definidos los valores correspondientes, ello importará, las más de las veces, la intervención judicial.

Participamos por todas estas consideraciones de la opinión de Ossorio,¹⁰⁸ al comentar el artículo 3003 del Proyecto Toro del Código Civil boliviano, que es incluso más restrictivo que los Códigos mexicano y costarricense en el supuesto del incumplimiento total, pues limita la cláusula penal a la mitad del valor estimado de la obligación principal: "El sentido humano de la propuesta es muy loable, pero determinar a priori la cuantía de la multa, puede cambiar por completo el trato y convertirle en una obligación potestativa del deudor... Mucho mejor es dejar que los interesados pacten libremente lo que gusten y atribuir al juez la potestad de moderar lo excesivo" (o acrecentar lo diminuto, a solicitud de parte —agregamos nosotros—).

4.6. Sistema mixto.

En este caso se presenta la combinación de varios de los sistemas evaluados con anterioridad.

Así, por ejemplo, en el caso de los Códigos ecuatoriano (art. 1587), chileno (art. 1544), colombiano (art. 1601) y salvadoreño (art. 1415), se contemplan los sistemas del límite legal y de la mutabilidad parcial. Ocurre lo mismo en el caso del Código portugués (artículos. 812 párrafo 1, 935 y 1146 párrafos 2 y 3).

El Código brasileño (arts. 920 y 927) adhiere a los sistemas de la inmutabilidad y del límite legal.

Los proyectos brasileños de 1975 (arts. 411 y 412) y 1984 (arts. 412 y 413), por su parte, combinan los sistemas del límite legal y de la mutabilidad relativa.

Sin perjuicio de hacer extensivos al sistema mixto en sus diversas modalidades los comentarios formulados anteriormente al ocuparnos de cada sistema en particular, deseamos referirnos a algunos Códigos que siguen el sistema mixto, en razón de los debates que han originado los artículos que se ocupan del tema en estudio.

106. Cit. por LEÓN BARANDIARÁN, José, *op. cit.*, pág. 139.

107. OSTERLING P., Felipe, *op. cit.*, págs. 24-25.

108. OSSORIO, Ángel, *op. cit.*, pág. 355.

El Código brasileño señala en sus artículos 920 y 927 lo siguiente:

Artículo 920: El valor de la conminación impuesta por la cláusula penal no puede exceder el de la obligación principal.

Artículo 927: Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio.

El deudor no puede eximirse de cumplirla, a pretexto de ser excesiva.

Sobre estas dos reglas se comenta que es difícil precisar sus alcances, pues aparecen como contradictorias al establecer, de un lado, la tesis de la inmutabilidad (art. 927, segundo párrafo) y, del otro, la del límite legal (art. 920).

"Ambas disposiciones configuran una evidente incoherencia, puesto que ellas, al menos aparentemente, han sancionado, cada una por su lado, dos doctrinas opuestas e inconciliables. En efecto, si el deudor, como determina el art. 927, no puede eximirse de cumplir la pena so pretexto de ser excesiva, debe concluirse —si sirve para algo la lógica— que la pena podrá tener cualquier valor, aun por encima del valor de la obligación principal."¹⁰⁹

Creemos, sin embargo, que es posible lograr una conciliación entre ambas normas: el segundo párrafo del artículo 927 debe entenderse aplicable en tanto la medida de la cláusula penal no exceda de la cuantía de la prestación principal.¹¹⁰ Si la cláusula penal excede el límite, su monto debe atemperarse por el juez.¹¹¹

Resulta de interés observar que, en los proyectos de nuevo Código Civil brasileño de 1975 y 1984, se ha suprimido el segundo párrafo del artículo 927 citado. Sin embargo, ambos textos, además de mantener el artículo 920, contemplan la reducción de la pena cuando fuera manifiestamente excesiva y, por otra parte, admiten la indemnización del daño ulterior.

Se parte entonces del supuesto de que el acreedor puede imponer una pena exagerada, si

bien dentro del límite fijado por la ley, en cuyo caso el juez está facultado para reducirla.

Debe hacerse notar, empero, que, desde el momento en que el acreedor puede obtener un mayor monto indemnizatorio —en la medida de que haya pactado el resarcimiento del daño ulterior— carece de sentido establecer un tope para la cláusula penal.

El caso del Código chileno, que ha servido de antecedente a los Códigos salvadoreño, ecuatoriano y colombiano, es singular, pues fija un límite a la cláusula penal que excede el valor de la prestación principal. Es preciso indicar, sin embargo, que el texto del artículo 1544, en el que se contempla esa solución, ha originado serias dudas debido a su redacción.

El artículo 1544 en cuestión establece lo siguiente:

"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 máximo del interés que es permitido estipular.

En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme."

De acuerdo con el texto transcrito, el artículo se refiere a tres situaciones:

- La de los contratos conmutativos (compraventa, por ejemplo).
- La del mutuo.
- La de los contratos que generan obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

109. PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, pág. 241.

110. "La contradicción aparentemente inexplicable que acabamos de señalar tiene un origen perfectamente claro desde el punto de vista histórico. CLOVIS BEVILACQUA, autor del primitivo Proyecto de Código, consecuente con su propio sistema, no incluyó en el articulado de esta sección ninguna disposición que estableciera que el valor de conminación de la pena no puede exceder el valor de la obligación principal y, por el contrario, sentó el principio opuesto diciendo que 'el deudor no puede eximirse de cumplir la pena bajo (sic) el fundamento de que es excesiva'. Pero la Comisión Revisora del Proyecto de BEVILACQUA, presidida por el Ministro de Justicia, incluyó inconsultamente dentro del articulado y bajo el número 1067, este artículo: 'El valor de la cláusula penal no debe exceder el valor de la obligación principal, o de los daños y perjuicios emergentes de la inejecución'. De estas dos disposiciones y luego de un proceso que no corresponde aclarar acá, salieron los actuales arts. 920 y 927 del Código Civil brasileño" (PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, págs. 241-242).

111. Sobre las diversas posiciones que ha suscitado la aparente contradicción entre los artículos 920 y 927, segundo párrafo, del Código Civil brasileño, cfse. PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, pág. 242.

Acerca de la primera, Alessandri¹¹² indica que: "Todo lo que exceda del duplo, el deudor tiene derecho a pedir al juez que lo rebaje, y aunque el acreedor exija la pena o exija la obligación principal, en ningún caso podrá recibir más del duplo de la obligación principal. La frase 'incluyéndose ésta en él', es decir, incluyéndose la obligación principal en el duplo, ha dado origen a ciertas dificultades. Algunos creen que lo que este artículo permite que se estipule, es que el acreedor tenga derecho a exigir además de la obligación principal una cantidad a título de pena igual al doble de la obligación principal, es decir, puede el acreedor exigir a título de pena, tres veces la obligación principal. Esta interpretación no cuadra dentro de los términos del artículo 1544... porque este artículo dice que se podrá pedir que se rebaje de la pena todo lo que exceda al duplo de la obligación principal, incluyéndose ésta en él, es decir, incluyéndose la obligación principal en el duplo. ¿Qué quiere decir esta reducción? que la pena debe formarse por la obligación principal y por otra cantidad... que equivalga al duplo de la obligación principal, o sea, el acreedor sólo tiene derecho a una cantidad en total al doble de la obligación principal, pero no a la obligación principal multiplicada por tres..."

En el mismo sentido, Fueyo Laneri¹¹³ expresa: "... el acreedor recibe en total, lo principal multiplicado por dos, pero no por tres."

En consecuencia, la pena no debe exceder del doble de la obligación principal. Esta parece ser efectivamente la interpretación correcta, "a pesar de la redacción sibilina del inciso 1) del artículo que comentamos (especialmente en su última parte que dice '... incluyéndose ésta en él')."¹¹⁴

Sin perjuicio de lo expresado, se mantienen las objeciones formuladas anteriormente al sistema del límite legal, pues si bien se conserva la función compulsoria de la pena para el caso de incumplimiento total, no necesariamente el duplo del valor de la prestación principal asegura al acreedor una indemnización integral por los daños y perjuicios que

se le hubieran irrogado realmente. Puede darse igualmente el caso de que requiriéndose el cumplimiento de la pena, ésta se encuentre dentro del límite del duplo y, sin embargo, resulte excesiva en relación con los daños y perjuicios efectivamente ocasionados al acreedor. El Código chileno no ha previsto la reducción de la pena en tal hipótesis, lo que resulta severamente cuestionable.

Respecto del segundo párrafo del artículo 1544, la cláusula penal para el caso del mutuo deberá establecerse en función del límite legal de la tasa de interés. El artículo 2206 del Código chileno expresa que si no lo limitara la ley y excediera "en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención", será reducido por el juez a dicho interés corriente.

Finalmente, en cuanto al tercer párrafo, como explica Alessandri,¹¹⁵ "no ha podido la ley fijar un máximo hasta el cual pueda llegar la pena, y de ahí que haya dejado entregado a la prudencia del juez rebajar la pena, cuando según las circunstancias parezca enorme... Pongamos un ejemplo en el que tiene aplicación el inciso final del artículo 1544: Un empresario contrata a un actor para que dé representaciones en un teatro determinado, con prohibición de representar en otro, y en caso de violar la prohibición incurrirá en una multa de cien pesos, y el actor ganará según el contrato mil pesos mensuales. Aquí el juez rebajará la pena..."

Meza Barros¹¹⁶ menciona que "se ha fallado que era excesiva la pena estipulada entre un abogado y su cliente, en que éste se obligaba a pagarle la mitad de su cuota hereditaria en caso de revocar el poder que tenía conferido el primero."

El problema se suscita en el supuesto de que la pena resulte irrisoria, pues el Código chileno no ha franqueado al juez, en tal caso la posibilidad de aumentar la pena.

Como puede apreciarse, la solución mixta recogida por el Código chileno, no escapa a las objeciones que con anterioridad formuláramos a los sistemas del límite legal y de la mutabilidad parcial.

112. Cit. por CÚNEO MACCHIAVELLO, Andrés, *Curso de Obligaciones*, Santiago, 1970, pág. 368.

113. FUEYO LANERI, Fernando, *Derecho Civil de las Obligaciones*, volumen I, Santiago de Chile, 1958, pág. 360.

En opinión de MEZA BARROS, "... la pena será excesiva si excede del duplo de la obligación principal, incluyéndose esta obligación en dicho duplo. En suma, la pena y la obligación principal, en conjunto, no pueden exceder del doble de la segunda." (MEZA BARROS, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones*. Sexta edición, editorial jurídica de Chile, Santiago, 1979, pág. 317).

114. PEIRANO, F., J., *op. cit.*, pág. 239.

115. Cit. por CÚNEO MACCHIAVELLO, Andrés, *op. cit.*, pág. 369.

116. MEZA BARROS, Ramón, *op. cit.*, pág. 318.

4.7. Resarcibilidad del daño ulterior.

Existen legislaciones en las que la cláusula penal constituye importe mínimo del daño. En esa hipótesis, "el efecto limitativo de la cláusula penal no opera; y el perjudicado por el incumplimiento puede (previa prueba) obtener el total resarcimiento."¹¹⁷

De allí que al pacto que se estipula con ese objeto, se le conozca también con la denominación de pacto de resarcimiento integral.

De este modo, el acreedor puede obtener un monto indemnizatorio acorde con los daños y perjuicios que efectivamente se le han irrogado.¹¹⁸

Como es evidente, la indemnización del daño ulterior no descarta la intervención judicial. El acreedor estará obligado a probar el monto de los daños y perjuicios que excedan el valor de la cláusula penal pactada. Por consiguiente, de acreditarse los mayores daños, la penalidad se computará como parte de la indemnización total.

Esta figura constituye un remedio a la ausencia de norma que establezca la posibilidad de que el juez aumente la pena a solicitud del acreedor. Como tal aparece, entre otros Códigos en el italiano (art. 1382), portugués (arts. 811, párrafo 2, y 935) y alemán (art. 340), así como en el Código de Comercio argentino (art. 189) y en el Código de las Obligaciones suizo (arts. 106 y 161, párrafo 2).

Debe hacerse notar que en los Códigos alemán, suizo, argentino (Código de Comercio) y sirio, la resarcibilidad del daño ulterior procede sin que tenga que haberse pactado ello en forma previa, solución que aparece como la más adecuada a fin de asegurar al acreedor que los daños y perjuicios que le hayan sido irrogados sean resarcidos completamente.

Es observable, sin embargo, el hecho de que el Código de las Obligaciones suizo obligue al acreedor, para que pueda obtener un mayor resarcimiento, que prueba la culpa del deudor. No se aprecia una justificación suficiente para ello.

Expresa Von Tuhr¹¹⁹, al comentar dicho Código, lo siguiente: "Generalmente, la pena convencional se calculará con la amplitud necesaria para que rebase o a lo menos cubra los daños originados al acreedor. Pero si, a pesar de ello, los daños probados exceden de la cuantía de la pena convencional, el acreedor podrá, según el artículo 161, ap. 2, exigir que se le cubra la cuantía del daño (del mismo modo que según el artículo 106 puede reclamar la indemnización del daño en aquello en que exceda la cuantía de los intereses moratorios), mas para ello, desviándose de los principios generales que rigen la infracción de los contratos, deberá probar que existe una culpa del deudor. Esta regla probatoria no corresponde a la finalidad de la pena convencional, que tiende a favorecer la posición del acreedor y no debiera dificultar la consecución de la indemnización íntegra que le corresponde".

A diferencia de los Códigos citados, el pacto anticipado admitiendo la procedencia de un reclamo de mayores daños y perjuicios, sí se exige en el caso de los otros Códigos y Proyectos de Códigos mencionados en el punto 3.7. anterior.

El hecho de aceptarse legislativamente la indemnización del daño ulterior, excluye cualquier cuestionamiento respecto de la posibilidad de que se atribuya al juez en forma directa la facultad de aumentar la pena cuando fuere diminuta.

4.8. Conclusión.

De la evaluación efectuada de los diversos sistemas existentes en torno a la mutabilidad e inmutabilidad de la cláusula penal, y por las razones expuestas oportunamente, debemos expresar que nos inclinamos por el sistema de la mutabilidad absoluta.

Tal solución no constituye un atentado contra la seguridad del comercio jurídico. Por el contrario, busca equilibrar, con criterio de justicia, los intereses del acreedor y del deudor¹²⁰.

117. MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, pág. 446.

118. "En la doctrina italiana... se destaca que no era previsto en el Código de 1865; se apunta que obedece a la imposibilidad en que muchas veces se encuentran las partes de prever la entidad del daño que puede originarse en el incumplimiento. Relazione Nº 95." (MOSSET ITURRASPE, Jorge, *op. cit.*, pág. 79). Confróntese SEGRÉ, TULLIO, *op. cit.*, págs. 299-311.

119. VON TUHR, Andreas, *Tratado de las Obligaciones*. Traducido del alemán y concordado por W. Roces. Tomo 2. Primera edición. Madrid, Editorial Reus, S.A., 1934, pág. 241.

120. Es sugerente lo que proponen Leiva Fernández y Agüero (*op. cit.*, págs. 2054-2058), en el sentido de atribuir mérito ejecutivo al instrumento que contiene una cláusula penal. En opinión de los autores citados (*op. cit.*, pág. 2055): "De esta manera el acreedor obtiene ventajas decisivas para lograr el cobro inmediato de su crédito. Esa ventaja temporal es una de las dos motivaciones que determinaron al acreedor a pactar la cláusula. Esa ventaja temporal también se obtiene demandando mediante la vía ejecutiva. La otra motivación que ayuda al acreedor a determinarse en favor de pactar la pena es la falta de necesidad de probar la causa determinan-

Es preciso poner de relieve el hecho de que son pocos los Códigos que mantienen la tesis de la inmutabilidad absoluta de la pena, posición en que se encuentra en franca retirada. Como lo hace notar Kemelmajer de Carlucci,¹²¹ "ha caído uno de los más firmes baluartes en materia de inmutabilidad absoluta", con la modificación de los artículos 1152 y 1231 del Código Civil francés por la Ley Nº 75-597 de 9 de julio de 1975.

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

Sin perjuicio de lo expresado, no podemos dejar de preguntarnos si no tiene razón Paludi¹²² cuando señala "si, en realidad, no nos encontramos ante una figura jurídica que ha perdido vigencia y que respondía más a los fines de un derecho más acorde con otras épocas que a los de un derecho más actualizado. (. . .) Una concepción individualista y con fuerte preponderancia del principio de la 'autonomía de la voluntad', es lógico que nutra el contenido de las reglas jurídicas que gobiernan una socie-

dad de neto corte individualista. Pero esa concepción plasmada en normas jurídicas no va a servir de igual forma para regir una sociedad basada en otras formas de vida que protegen mucho más los intereses colectivos que los individuales ya que, poco a poco, se verá superada por esas pautas sociales que marcan un rumbo diferente del sistema jurídico. (. . .) De tal manera entonces las figuras jurídicas que fueron inspiradas en órdenes sociales diferentes y que respondían a necesidades de otras épocas, van a verse desubicadas con la realidad social nueva y van a necesitar, en algunos casos, un reacondicionamiento, una reforma que les permita seguir siendo útiles a los fines perseguidos por una sociedad que se mueve con pautas diferentes; y en otros, no alcanzará ese reacondicionamiento y deberán ser eliminadas porque de lo contrario caerán en el 'desuetudo'. (. . .) Esto es lo que ocurre con la cláusula penal y su inmutabilidad. Al quitársele este último efecto, y tratar de reacondicionarla o adaptarla a una sociedad con valores diferentes, pierde toda su eficacia y carece de sentido jurídico su utilización".

5. LA MUTABILIDAD E INMUTABILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL EN LA LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA

5.1. El Código Civil de 1852.

El Código Civil de 1852, inspirándose en el Código Napoleón, sancionó como regla la inmutabilidad absoluta de la pena.

El artículo 1301 establecía los alcances de la cláusula penal en los términos siguientes:

"Puede celebrarse el contrato con cláusula penal, esto es, con obligación de pagar cierta cantidad en los casos de demora, o falta de cumplimiento."

Como puede apreciarse, el Código contemplaba que la cláusula penal consistiera sólo en una suma de dinero.

El artículo 1275 establecía por su parte:

"Si se estipuló el pago de cierta cantidad por daños e intereses, para el caso de no cumplirse el contrato, deberá observarse lo pactado."

En consecuencia, la cláusula penal era inmodificable, sin importar que su monto fuera insuficiente o excesivo.

5.2. El Proyecto de Código Civil de 1890.

El 2 de mayo de 1891, el doctor Juan Luna, presidente de la Comisión Revisora de los Códigos en Materia Civil, presentó al Ministro de Estado en el

te de su demanda. Esa irrelevancia en la producción de la prueba de la causa también se obtiene actuando dentro del marco del proceso ejecutivo ya que el título ejecutivo tiene la causa en sí mismo. Dicho de otra manera, se prueba a sí mismo." La propuesta es del mayor interés y digna de tomarse en consideración. Significa una reorientación de la función compulsoria de la cláusula penal que entendemos, obviamente, sin perjuicio de que pueda reducirse la pena cuando fuese excesiva o aumentarse cuando fuere diminuta.

121. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *op. cit.*, pág. 146.

122. PALUDI, Osvaldo C., *op. cit.*, pág. 584.

Despacho de Justicia, Culto, Instrucción y Beneficencia, el Proyecto de Código Civil elaborado por dicha Comisión. Ésta era integrada, además, por los doctores Simón Gregorio Paredes, José Jorje Loayza, Manuel Santos Pasapera y Francisco Mariano Fernández.¹²³

Este texto, tan poco divulgado, regulaba extensamente y en forma orgánica las obligaciones con cláusula penal entre los artículos 1562 y 1580.

El artículo 1562 definía la cláusula penal de la siguiente manera:

"Cuando, a fin de asegurar el cumplimiento de una obligación se impone al obligado, por vía de pena, una carga o multa para el caso de no realizar, o de sólo retardar aquel cumplimiento, se dice que hay en la obligación cláusula penal."

La cláusula penal debía "consistir necesariamente en el pago de cantidad de dinero, o en otra prestación cualquiera que, conforme a este Código, pueda ser objeto de obligación" (artículo 1563).

Se superaba de este modo la limitación de los artículos 1275 y 1301 del Código de 1852, que establecían que la cláusula penal debía estar constituida por una suma de dinero en forma exclusiva.

Pero la variación más relevante se presentaba en los artículos 1568, 1569 y 1572. El artículo 1568 señala:

"Cuando la obligación tiene por objeto entregar cantidad determinada y la pena consiste en otra cantidad también determinada, no puede ésta exceder del duplo de aquélla."

Se establecía así un límite legal a la cláusula penal, tomando como fuente de inspiración el artículo 1544, primer párrafo, del Código chileno.

El artículo 1569, tomando como antecedente el artículo 1544, segundo y cuarto párrafos, del mismo Código, indicaba:

"Si la obligación es de valor indeterminado, y excesiva la pena estipulada, puede el deudor, caso de incurrir en ella, pedir al Juez que la reduzca prudencialmente."

Por último, el artículo 1572 contemplaba la posibilidad de que el acreedor pudiera obtener un mayor monto indemnizatorio, si la cláusula penal resultaba insuficiente, previendo así la indemnización del daño ulterior:

"En las obligaciones con cláusula penal, no hay lugar a indemnización de daños y perjuicios, cuando el deudor incurre en mora, y el acreedor sólo tiene derecho para exigir la

aplicación de la pena estipulada, aunque pruebe que ella no es suficiente indemnización, salvo pacto diverso o contrario."

En consecuencia, el Proyecto de 1890 optaba por establecer un tope máximo a la cláusula penal en ciertos casos (artículo 1568); admitía la posibilidad de reducirla en otros (artículo 1569); y, finalmente, preveía la resarcibilidad del daño ulterior (artículo 1572).

5.3. La Comisión Reformadora de 1922. El Código de 1936.

Por Decreto Supremo de 26 de agosto de 1922, se crea la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852. El doctor Manuel Augusto Olaechea fue el autor de la ponencia relativa al Derecho de Obligaciones. El Anteproyecto de la Sección Segunda del Libro Quinto, dedicada a las obligaciones y sus modalidades, fue presentado a la Comisión en la 129 sesión celebrada el 28 de octubre de 1925.¹²⁴

El Anteproyecto contemplaba en primer término, la modificación equitativa de la pena "cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor" (artículo 179).

El artículo 181 agregaba:

"Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio.

El deudor no puede eximirse de cumplirla, bajo pretexto de ser excesiva."

El texto del artículo había sido tomado del artículo 927 del Código Civil brasileño, si bien el doctor Olaechea también citaba como antecedente el artículo 690 del Código argentino, siendo la referencia correcta el artículo 656 de ese cuerpo legal.

Finalmente, el artículo 186 establecía:

"El valor de la pena impuesta en la cláusula penal no puede exceder al de la obligación principal".

El artículo 920 del Código brasileño constituía la fuente inmediata del artículo transcripto. El doctor Olaechea, comentando el precepto indicaba:

"Este artículo tiende a conservar el espíritu de la Ley N° 2760 contra el agio y la usura, ley que restringe la libertad de las partes por razones de carácter social."¹²⁵

En la fundamentación del articulado sobre las obligaciones con cláusula penal, el doctor Olaechea explicaba lo siguiente:

"Se discute acerca del excesivo rigorismo de la cláusula penal, cuando la desproporción existente entre el valor eco-

123. Proyecto de Código Civil para la República del Perú. Lima, Imprenta de J. Francisco Solís, 1890.

124. Actas de sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano. Quinto fascículo, segunda edición. Lima, 1928, págs. 118 a 151.

125. Actas, pág. 141.

nómico de la prestación y la pena pactada es resaltante; y también sobre el derecho del acreedor para solicitar la agravación de la penalidad estipulada, cuando interviene a su favor una razón análoga pero inversa. Sobre el particular se observan varias tendencias legislativas. El sistema francés sancionado por el Código Napoleón, reconoce la soberanía de las partes para fijar la amplitud de la pena convencional; y aunque el artículo 1231 del precitado Código contempla un caso de mitigación de la pena, esa ley no contradice, y antes bien confirma, el principio general definido por el artículo 1226, pues dicho artículo se refiere a la hipótesis de cumplimiento parcial de la obligación por el deudor, cuando la deficiente ejecución del compromiso aporte alguna ventaja al acreedor. Otros Códigos, como el alemán (artículo 343) y el suizo de las obligaciones (artículo 161), facultan al juez para reducir equitativamente las penas excesivas. El Código del Brasil (artículo 920) estatuye simplemente que el valor económico de la pena no puede nunca sobrepasar al de la obligación principal.

El anteproyecto adopta la fórmula brasileña, que es ecléctica. Esta fórmula intermedia pone a salvo la función primaria de la cláusula penal cuyo doble fin jurídico es impedir la arbitrariedad judicial y suprimir las dificultades procesales de carácter probatorio sobre la estimación de los daños y perjuicios. Al propio tiempo, esta fórmula reprime el abuso, eliminando el riesgo frecuente de que las estipulaciones contractuales puedan ser en algún caso fuente de enriquecimiento injusto para alguna de las partes. Yo estimo que la solución suizo-alemana, que rechazo, sería de una peligrosidad alarmante en un medio jurídico-social tan imperfecto y mediocre como el nuestro.¹²⁶

Los artículos 181 y 186 del anteproyecto fueron aprobados por la Comisión Reformadora. En el texto del segundo anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil, los preceptos aparecen, con numeración distinta, como artículos 172 y 177, respectivamente.¹²⁷

El 7 de marzo de 1936 es presentado el Proyecto de Código Civil por los miembros sobrevivientes de la Comisión Reformadora, doctores Alfredo Solf y Muro, Manuel Augusto Olaechea y Pedro M. Oliveira.¹²⁸

El Proyecto reproduce los preceptos citados en los artículos 1214 y 1217, en los términos siguientes:

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

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

Por Ley Nº 8305 de 2 de junio de 1936 se autoriza al Poder Ejecutivo para promulgar el Proyecto

de Código Civil referido, "introduciendo las reformas que estime convenientes, de acuerdo con la Comisión que designe el Congreso Constituyente..."

La Comisión Revisora nombrada en ejecución de la Ley Nº 8305 introdujo modificaciones a ambos artículos a propuesta del doctor Francisco R. Lanatta, en la sesión del 6 de agosto de 1936.

Como resultado de tales modificaciones, los textos, que pasaron a la versión definitiva del Código Civil con el mismo contenido y numeración, quedaron redactados así:

"Artículo 1224. Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio."

"Artículo 1227. El juez reducirá equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor."

Cabe hacer notar que, conforme al tenor del artículo 1227, el juez estaba obligado a reducir equitativamente la pena cuando fuera manifiestamente excesiva. No quedaba entonces a su arbitrio decidir su reducción o no cuando fuese ostensiblemente excesiva. La ley le imponía la obligación de hacerlo así.

En relación con el artículo 1227, el doctor Olaechea se limitó sólo a indicar lo siguiente en la Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil:

"Se suele controvertir sobre el rigorismo de la cláusula penal cuando la desproporción entre el valor económico de la obligación y la pena pactada es resaltante, y sobre la facultad inversa del acreedor para pedir la agravación de la pena cuando interviene en su favor una razón análoga. Sobre el particular se observan varias tendencias. El sistema consagrado por el Código francés reconoce la soberanía de las partes para fijar la amplitud de la pena convencional; y aunque el artículo 1231 del precitado Código contempla un caso de mitigación de la pena, esta ley no contradice el principio general, pues se refiere a la hipótesis del cumplimiento parcial, cuando la deficiente ejecución aportó alguna ventaja al acreedor. Otros Códigos, como el alemán y el suizo, facultan al juez para reducir equitativamente las penas excesivas. El Código del Brasil estatuye que el valor económico de la pena no debe exceder nunca al de la obligación principal. El Proyecto establece que el juez puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, o cuando la obligación hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor."¹²⁹

126. Actas, págs. 139-140.

127. Comisión Reformadora del Código Civil. Segundo anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú. Imprenta Minerva. Lima, 1926, págs. 27-28.

128. Proyecto de Código Civil. Lima, Librería e Imprenta Gil, S.A., 1936.

129. Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil. Gil S.A. Editores. Lima, s.f., págs. 21-22.

Comentando los alcances del artículo 1227 del Código de 1936, expresaba León Barandiarán:

"En realidad con la facultad otorgada al juez, de reducir la pena, ya se ha vulnerado el principio de utilidad que la cláusula tiene: fijar anteladamente los daños y perjuicios. Se sacrifica esta conveniencia en aras de un imperativo de equidad, permitiéndose la reducción. Bien. Pero no se debe ir más allá. De otro modo, la *stipulatio poenae* quedará expuesta a ser rezagada como una de existencia precaria y de fortuita eficacia."¹³⁰

Para concluir con la referencia al Código de 1936, debe agregarse que dicho cuerpo legal reiteraba la solución de la reducción de oficio de la pena en su artículo 1426:

"En la venta a crédito es válido el pacto por el cual el vendedor se reserva la propiedad de la cosa vendida hasta que el precio sea totalmente pagado, aunque la cosa hubiere sido entregada al comprador. Si el precio debiera ser pagado en cuotas sucesivas, los contratantes estipularán la parte de precio recibida que el vendedor puede hacer suya como indemnización de perjuicios en caso de rescindirse la venta por no haberse pagado totalmente el precio. Empero, corresponde al juez, según las circunstancias, reducir la amplitud de la indemnización estipulada.

Este artículo es aplicable a todos los contratos en que se entrega una cosa bajo pacto de adquirir la propiedad después de pagadas todas las cuotas estipuladas."

5.4. La reforma del Código Civil de 1936. El Código Civil de 1984.

Por Decreto Supremo N° 95 de 1 de marzo de 1965, siendo ministro de justicia el doctor Carlos Fernández Sessarego, "se establece una Comisión que se encargará del estudio y revisión del Código Civil, con el objeto de proponer las enmiendas que justifiquen las deficiencias advertidas durante la vigencia de dicho cuerpo de leyes."

En el seno de dicha Comisión, el doctor Jorge Vega García fue encargado de preparar la ponencia relativa al Derecho de Obligaciones.¹³¹

En la ponencia indicada se establecía lo siguiente:

"Artículo 73. La cláusula por la que se convenga que, en caso de incumplimiento o de retardo en el cumplimiento, uno de los contratantes quedará obligado a efectuar determinada prestación, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a la prestación prometida, si no se hubiera convenido la resarcibilidad del daño ulterior.

La pena se debe independientemente del daño."

El precepto propuesto determinaba los efectos de la cláusula penal, la que podía consistir en cualquier tipo de prestación y preveía la indemnización del daño ulterior.

"Artículo 77. El juez reducirá equitativamente la pena cuando sea manifestamente excesiva, o en caso de cumplimiento irregular o parcial, aceptado por el acreedor.

El acreedor no tendrá derecho a un resarcimiento más elevado, aunque pruebe que el convenido es insuficiente, salvo que establezca la culpa del deudor."

El primer párrafo del artículo reproducía el artículo 1227 del Código de 1936, con el agregado de la frase final —"aceptado por el acreedor"— que aclara el sentido del precepto en cuanto se refiere al cumplimiento irregular o parcial.

El segundo párrafo del artículo 77, que permite al acreedor que se aumente la cuantía de la cláusula penal, se inspira en el segundo párrafo del artículo 161 del Código de las Obligaciones suizo y merece las mismas objeciones que dicho precepto.

Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 73 que se refiere a la resarcibilidad del daño ulterior, el segundo párrafo del artículo 77 debía entenderse aplicable sólo de haberse pactado tal circunstancia. De lo contrario, no habría constituido ventaja alguna prever la indemnización del daño ulterior.

Fallecido el doctor Vega García, el doctor Felipe Osterling Parodi asume el encargo de preparar el anteproyecto de articulado relativo al Derecho de Obligaciones.

130. LEÓN BARANDIARÁN, José, *op. cit.*, pág. 136.

Es interesante mencionar que este autor admitía la procedencia del pacto de indemnización del daño ulterior, no obstante que el código no se refería a ello en forma expresa "... las partes pueden también convenir explícitamente que el acreedor se reserve el derecho de reclamar una indemnización suplementaria, si la pena no satisface el perjuicio sufrido y tal convenio tendrá eficacia" (pág. 139). Participamos de esta opinión. No existiendo prohibición, nada impedía efectivamente pactar la resarcibilidad del daño ulterior en el marco del Código Civil de 1936.

Cornejo, por su parte, expresaba lo siguiente acerca del artículo 1227 del Código de 1936: "Desde el punto de vista social, la nueva fórmula es equitativa, porque elimina el peligro de la usura, pero convierte a la magistratura en legisladora e inviste al juez de una facultad que no podrá ejercitar debidamente ya que la apreciación de los daños y perjuicios, tiene mucho de subjetivo y sólo los interesados podrían hacerla con acierto. La cláusula penal suprime la prueba sobre el monto del perjuicio: no queda, pues, para determinarlo sino el arbitrio del juez" (CORNEJO, Ángel Gustavo, *Código Civil, Exposición sistemática y comentario*. Tomo I, 1939, pág. 194).

131. De las obligaciones y de sus modalidades y efectos. Anteproyecto del doctor Jorge Vega García. En: *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1980, págs. 135-166.

En una primera versión, que corresponde a diciembre de 1977,¹³² encontramos acerca del tema los siguientes preceptos:

"Artículo 81. La cláusula por la que se conviene 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 la devolución de la contraprestación, salvo que se hubiera pactado 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."

El artículo se inspiraba en el segundo párrafo del artículo 340 del Código Civil alemán y en la primera parte del artículo 1382 del Código Civil italiano.

"Artículo 86. El monto de la cláusula penal no puede ser superior a la mitad del valor de la prestación incumplida.

Si la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, su monto no puede ser superior a la cuarta parte del valor de la prestación.

En las obligaciones de pagar sumas de dinero, el monto de la cláusula penal no puede exceder al interés máximo permitido por la ley."

En la exposición de motivos del anteproyecto se comenta lo siguiente sobre este artículo:

"... el proyecto se ha inclinado por el sistema propuesto por la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852 — luego modificado por la Comisión Revisora— que, siguiendo la doctrina del artículo 920 del Código del Brasil, establecía que la cláusula penal no podía ser modificada por el juez, por considerarla excesiva o diminuta, pero que su valor no podía, en ningún caso, exceder al de la obligación principal. Es esta misma doctrina brasileña la acogida, entre otras legislaciones, por el artículo 1843 del Código mejicano y por el artículo 1601 del Código colombiano.

La Comisión se ha inclinado por una fórmula similar a la consignada en el proyecto de Código Civil, que dio origen al Código vigente, debido a que la inmutabilidad de la pena, limitada en su valor, concilia la autonomía de la voluntad con los principios de equidad y de justicia que deben presidir toda convención.

Esta fórmula permite al acreedor usar la cláusula penal con todas sus ventajas, cuando considera que los perjuicios que sufrirá por su incumplimiento no sobrepasarán el valor del límite señalado por la ley. En caso contrario, tiene el derecho de convenir el resarcimiento del daño ulterior, pero sin el riesgo de que se modifique la cláusula penal. Tal daño ulterior, deberá, desde luego, ser probado.

La Comisión reconoce que en esta materia es difícil encontrar soluciones cabalmente idóneas. Por ello utiliza una fórmula intermedia, cuyo único fin es restringir el principio absoluto de la autonomía de la voluntad. La limitación propuesta preserva la existencia de una institución destinada a fomentar el contenido ético de las relaciones contractuales, constituyendo, simultáneamente, un freno a las pretensiones inmoderadas del acreedor."¹³³

No obstante la explicación que antecede, debe hacerse notar que el artículo 866 transcrito se aparta del texto del artículo 920 del Código del Brasil y también, por tanto del texto del Proyecto de la Comisión Reformadora del Código de 1852, pues no limita la cuantía de la cláusula penal al valor de la prestación incumplida, sino a la mitad de dicho valor, agregándose que si la cláusula penal se ha estipulado para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, su monto no puede exceder a la cuarta parte del valor de la prestación.

Obsérvese la similitud entre el primer párrafo del artículo 86 propuesto y el artículo 3003 del Proyecto Toro de Código Civil boliviano, así como entre el segundo párrafo del artículo 86 y la segunda parte del artículo 712 del Código Civil de Costa Rica.

"Artículo 87. El juez sólo podrá reducir la pena en caso de cumplimiento irregular o parcial, aceptado por el acreedor, o cuando ella exceda los límites señalados por el artículo 86."

Como consecuencia de este precepto, salvo en los casos contemplados en él, el juez no se encontraba facultado para reducir la pena.

En un segundo anteproyecto de agosto de 1979¹³⁴ aparecen los siguientes preceptos:

"Artículo 196. 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."

Según puede apreciarse, el texto reproduce con ligeras variantes el artículo 81 del anteproyecto anterior.

"Artículo 201. El monto de la cláusula penal no puede ser superior a la mitad del valor de la prestación incumplida.

Si la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, su monto no puede ser superior a la cuarta parte del valor de la prestación.

En las obligaciones de pagar sumas de dinero, el monto de la cláusula penal no puede exceder al monto del interés máximo fijado por el Banco Central de Reserva del Perú.

Es nulo el exceso pactado sobre los límites señalados en este artículo."

Además de reproducir el artículo 86 del anteproyecto de 1977 con algunas modificaciones, se agrega un párrafo, el cuarto, por el cual se sanciona con

132. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Ponencias de Obligaciones y Contratos (Parte general), diciembre de 1977, págs. 20-21.

133. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Ponencias de obligaciones y contratos (Parte General), diciembre de 1977, págs. 100-101.

134. De las obligaciones y de sus modalidades y efectos. Anteproyecto del doctor Felipe Osterling Parodi. En: *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, Tomo II, págs. 167 a 201.

nulidad el exceso pactado sobre los límites previstos en el artículo.

"Artículo 202. El juez sólo podrá reducir la pena en caso de cumplimiento irregular o parcial aceptado por el acreedor."

Como es de verse, se suprime la facultad de reducción de la pena que contemplaba el artículo 87 del anteproyecto de 1977, cuando aquélla excediese los límites del artículo 86, como lógica consecuencia de resultar nulo cualquier exceso acordado con respecto a tales límites.

En el Proyecto de Código Civil de julio de 1980¹³⁵ los preceptos comentados aparecen como artículos 1359, 1364 y 1365, respectivamente con la siguiente redacción:

"Artículo 1359. 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."

"Artículo 1364. El monto de la cláusula penal no puede ser superior a la mitad del valor de la prestación incumplida.

Si la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, su monto no puede ser superior a la cuarta parte del valor de la prestación.

En las obligaciones de pagar sumas de dinero, el monto de la cláusula penal no puede exceder al monto del interés convencional máximo fijado por el Banco Central de Reserva del Perú.

Es nulo el exceso pactado sobre los límites señalados en este artículo."

"Artículo 1365. El juez sólo podrá reducir la pena en caso de cumplimiento irregular o parcial aceptado por el acreedor."

Mediante Ley Nº 23403 de 13 de mayo de 1982, el Poder Ejecutivo es facultado para promulgar mediante decreto legislativo el Código Civil cuyo proyecto había preparado la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil de 1936 creada por el Decreto Supremo Nº 95 de 1 de marzo de 1965. "Para este efecto, una Comisión Revisora que se conforma con 3 Senadores designados por el Se-

nado, 3 Diputados designados por la Cámara de Diputados y 3 Abogados designados por el Ministerio de Justicia, introducirá las reformas que considere pertinentes, con audiencia de la Comisión que elaboró el proyecto." (Artículo 1 de la Ley Nº 23403).

La Comisión Revisora dio a publicidad en febrero de 1984 un Proyecto de Código Civil.¹³⁶ En relación con el tema en estudio introdujo sustanciales modificaciones.

Así, en primer término, el artículo 1308 del indicado proyecto expresaba:

"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."

Como puede observarse, la posibilidad de obtener una indemnización suplementaria, pactando la resarcibilidad del daño ulterior, era eliminada del texto.

Por otra parte, el artículo 1313 establecía lo siguiente:

"El juez puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor."

El texto se inspiraba en el artículo 1227 del Código Civil de 1936.

Sin embargo, difería de éste en cuanto no imponía al juez la obligación de reducir la pena cuando fuese manifiestamente excesiva, sino que simplemente le facultaba para ello. Empero, el texto no aclaraba si tal facultad podía ejercerla el juez por propia iniciativa o sólo a solicitud del deudor.

La versión final del Proyecto, que una vez aprobado se convirtió en Código, contiene las siguientes reglas:

"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."

135. Proyecto de Código Civil. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Lima, 1980. Edición oficial.

136. Proyecto de Código Civil aprobado por la Comisión Revisora. Separatas del Diario Oficial El Peruano, 15 a 21 de febrero de 1984. Con anterioridad a la publicación del Proyecto referido, mediante memorando de 22 de diciembre de 1983, el doctor Felipe Osterling Parodi, en compañía del autor de estas líneas, sugirieron a la Comisión Revisora, como redacción para el primer párrafo del artículo 1364 del Proyecto de Código Civil de julio de 1980: "El monto de la cláusula penal no puede ser superior al valor de la prestación incumplida". Como puede apreciarse, el texto tenía como fuente de inspiración el artículo 920 del Código Civil del Brasil. Posteriormente, mediante memorando de 3 de enero de 1984, comentando el artículo 1365 de una versión del Proyecto de Código Civil no divulgada públicamente, que corresponde al artículo 1313 del Proyecto de febrero de 1984, señalábamos lo siguiente: "Así como se ha considerado oportuno otorgar al juez la facultad de que reduzca la pena por ser manifiestamente excesiva, es justo que igualmente pueda aumentarla equitativamente cuando fuese manifiestamente diminuta."

El artículo transcrito reproduce el artículo 1359 del Proyecto de 1980 y contempla la posibilidad de pactar la indemnización del daño ulterior.

"Artículo 1346. El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida."

El precepto tiene su antecedente en el artículo 1313 del Proyecto de la Comisión Revisora de febrero de 1984. Se advierte, sin embargo, un agregado: que la reducción de la cláusula penal debe efectuarse a solicitud del deudor. Obviamente, la carga de la prueba recaerá sobre él, lo que supone que el deudor deberá acreditar efectivamente que la pena es excesiva.

Cabe objetar, sin embargo, que se brinde un mismo tratamiento a los casos en que la cláusula penal es manifiestamente excesiva y aquellos otros en que la obligación principal hubiese sido cumplida parcial o irregularmente, con anuencia del acreedor.

En estos últimos, la reducción debe proceder siempre y no se justifica que deba mediar solicitud del deudor para su reducción. Por ello, hubiera sido deseable que los dos supuestos que contempla el artículo hubieran sido tratados por separado a fin de evitar dudas sobre los alcances de la regla.

Habría sido aconsejable igualmente, incluir en el artículo 1346 una indicación semejante a la que contienen los textos vigentes de los artículos 1231 del Código francés y 812, párrafo 1 del Código Portugués que descartan la validez de toda estipulación que excluya la posibilidad de que el deudor pueda pedir la reducción de la pena.

Empero, no obstante no indicarlo así el texto del artículo 1346, consideramos que toda renuncia antelada sería nula. Como expresa Mosset Iturraspe: "... estando de por medio un orden público de protección, es inadmisibles la renuncia por anticipado, expresada por lo común en el mismo contrato que incorpora la cláusula ..." ¹³⁷

137. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *op. cit.*, pág. 112. En idéntico sentido se pronuncia Von Tuhr (*op. cit.*, págs. 242-243): "El derecho de reducción de la pena convencional tiende a proteger la personalidad del deudor y, por tanto, como Derecho imperativo que es; (artículo 19, y ap. 2º) no puede excluirse de antemano por renuncia del deudor, del mismo modo que no puede renunciarse válidamente a hacer valer los vicios de la voluntad. . ." Cfse. igualmente: Alterini, A.A., *op. cit.*, págs. 999-1000.