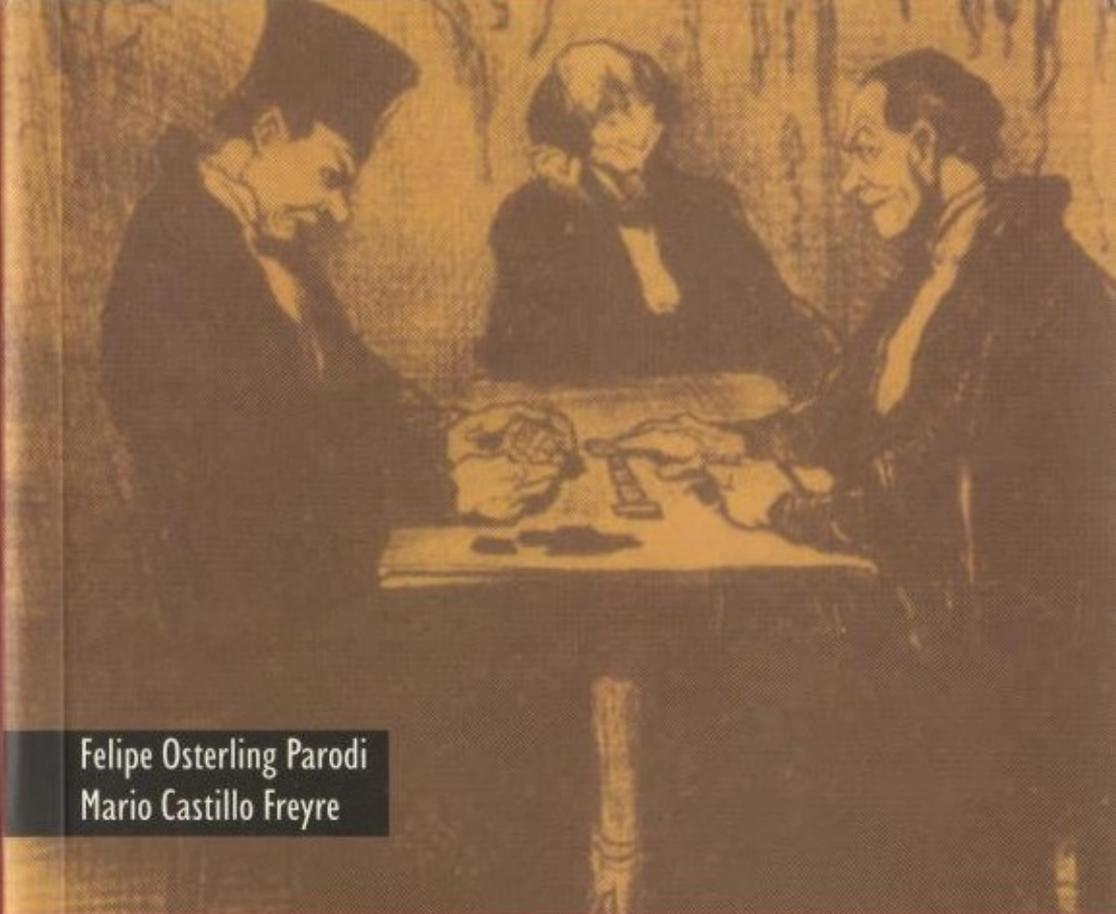


Felipe Osterling Parodi
Mario Castillo Freyre

Tratado de las Obligaciones



Felipe Osterling Parodi
Mario Castillo Freyre

Tratado de las Obligaciones

Vol. XVI
Cuarta Parte
Tomo XV
Biblioteca
PARA LEER
EL CÓDIGO CIVIL

Vol. XVI - Cuarta Parte - Tomo XV Biblioteca PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL



Pontificia Universidad Católica del Perú FONDO EDITORIAL 2003

Felipe Osterling Parodi, abogado y Doctor en Derecho, fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Es profesor principal de esta materia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en las Facultades de Derecho de la Universidad de Lima y Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

Mario Castillo Freyre, abogado y Doctor en Derecho, es profesor de Obligaciones y Contratos en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad de Lima y la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

BIBLIOTECA PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL
VOLUMEN XVI

TRATADO DE LAS OBLIGACIONES

FELIPE OSTERLING PARODI
MARIO CASTILLO FREYRE

TRATADO DE LAS OBLIGACIONES
CUARTA PARTE

TOMO XV

Biblioteca
Para leer el Código Civil
Volumen XVI



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 2003

Tratado de las Obligaciones
Cuarta Parte
Tomo XV

Primera edición: octubre 2003

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Plaza Francia 1164, Cercado, Lima-Perú
Teléfonos: 330-7410 – 330-7411. Telefax: 330-7405
E-mail: feditor@pucp.edu.pe

Cuidado de la edición: Nelly Córdova Núñez
Grabado de cubierta: Honoré Daumier. *Quand le crime ne donne pas*, chez
Aubert, Pl de la Bourse. Les gens de justice. En *Gentes del Foro*.

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores

Derechos reservados

ISBN: 9972-42-605-X
Hecho el depósito legal: 1501052003-5489

Impreso en Perú - Printed in Peru

TOMO XV

CONTENIDO GENERAL

CAPÍTULO TERCERO

Cláusula Penal

6. Concepto de la expresión «cláusula penal»	2471
7. La pena convencional como eventual acto separado	2475
8. El objeto de la cláusula penal	2477
8.1. Posibilidad del objeto	2481
8.2. Licitud del objeto	2482
8.3. Determinación o determinabilidad del objeto	2484
8.4. La patrimonialidad del objeto	2486
8.5. Cláusulas que tienen por objeto una prestación de dar	2487
8.6. Cláusulas que tienen por objeto una prestación de hacer	2490
8.7. Cláusulas que tienen por objeto prestaciones de no hacer	2491
8.8. La estipulación que consista en la pérdida de los plazos acordados	2492
8.9. La estipulación que consiste en la pérdida de derechos, ¿puede ser objeto de la cláusula penal?	2494
8.10. Las amonestaciones al deudor, ¿pueden ser objeto de la cláusula penal?	2496
8.11. La estipulación que consiste en la pérdida de prestaciones satisfechas a raíz de la rescisión o resolución de un contrato, ¿puede ser objeto de la cláusula penal?	2497
8.12. Posibilidad de que la cláusula penal consista en una obligación de objeto plural	2499
8.13. Posibilidad de que la cláusula penal consista en una obligación de tracto sucesivo	2500

8.14. Posibilidad de que el objeto de la cláusula penal sea diferente al objeto de la obligación principal	2501
9. La causa fuente de la cláusula penal	2504
9.1. El contrato como fuente de la cláusula penal	2504
9.2. La voluntad unilateral como fuente de la cláusula penal	2505
9.3. La ley como causa-fuente de la cláusula penal	2512
9.4. La sentencia como causa-fuente de la cláusula penal	2516
10. La causa-fin de la cláusula penal	2517
11. Formalidad de la cláusula penal	2520
12. Los sujetos	2530
12.1. El deudor de la obligación principal como deudor de la cláusula penal	2533
12.2. El acreedor de la obligación principal como deudor de la cláusula penal	2534
12.3. Terceros, ajenos a la obligación principal, como deudores de la cláusula penal. Las relaciones entre la cláusula penal y la fianza	2536
12.4. La cláusula penal y la promesa de la obligación o del hecho de un tercero	2544
13. Pacto y exigencia de cobro de cláusulas penales por parte de mandatarios	2550
13.1. Pacto y exigencia de cobro de cláusulas penales por mandatarios de personas naturales	2550
13.2. Pacto y exigencia de cobro de cláusulas penales por mandatarios de personas jurídicas	2553
14. Beneficiarios del pago de la cláusula penal	2556
15. La expresión de la voluntad	2563
16. Modalidades de la cláusula penal	2567
17. Características de la cláusula penal	2571
17.1. Es una convención accesoria	2571
17.1.1. Consecuencias del principio de accesoriidad de la cláusula penal	2581
17.1.2. Excepciones al principio de accesoriidad de la cláusula penal	2599
17.1.2.1. Cuando el deudor conocía la causal de invalidez al momento de la celebración del acto	2599
17.1.2.2. Cuando se trata de cláusulas penales estipuladas en contratos en los que se venden cosas ajenas	2602

17.1.2.2.1. Contrato nulo	2606
17.1.2.2.2. Contrato anulable	2608
17.1.2.2.3. La anulabilidad de la venta de bien ajeno según el Proyecto de Código Civil de Andrés Bello y los Códigos Civiles que lo tomaron como modelo	2609
17.1.2.2.4. Códigos Civiles que consideran a la venta de bien ajeno como un contrato resoluble	2611
17.1.2.2.5. Códigos Civiles que se abstienen de pronunciarse sobre el tema de la venta de bien ajeno	2613
17.1.2.2.6. Códigos Civiles que consideran a la venta de bien ajeno como contrato rescindible. La singular posición del Código Civil Peruano de 1984	2614
17.1.2.3. Cuando se trata de cláusulas penales estipuladas en contratos celebrados en favor de terceros	2618
17.1.2.4. Cláusulas penales estipuladas en contratos de promesa de la obligación o del hecho de un tercero	2622
17.1.2.5. Cláusulas penales estipuladas para casos en donde eventualmente exista culpa <i>in contrahendo</i>	2627
17.1.2.6. Cláusulas penales estipuladas para casos en donde eventualmente los contratos no lleguen a perfeccionarse	2630
17.1.2.7. Cláusulas penales pactadas para el caso en que la obligación principal resulte nula por falta de capacidad del deudor	2632
17.1.3. Incidencia de la nulidad de la cláusula penal con respecto a la obligación principal	2633
17.1.4. Cesión del crédito principal	2638
17.1.5. Extinción de la obligación principal	2638
17.1.6. Garantías de la obligación principal	2638
17.2. Es una convención condicional	2641
17.3. Es una convención de carácter preventivo	2644
17.4. Es una convención de carácter subsidiario	2645
17.5. Es una convención de carácter aleatorio	2647
18. Criterios clasificatorios de la cláusula penal	2651

18.1. Por su origen: legal y convencional	2651
18.2. Por su inclusión o no en el negocio principal	2652
18.2.1. La cláusula penal como cláusula del negocio principal	2652
18.2.2. La cláusula penal como negocio jurídico separado	2652
18.3. Por su función	2653
18.3.1. Cláusula penal pura	2653
18.3.2. Cláusula penal no pura	2653
18.3.3. Cláusula penal acumulativa	2656
18.3.4. Cláusula penal sustitutiva	2657
18.3.5. Cláusula penal compensatoria	2658
18.3.6. Cláusula penal moratoria	2658
19. Condiciones de aplicación de la cláusula penal	2665
19.1. La existencia de una obligación principal válida	2665
19.2. Validez de la cláusula penal estipulada	2666
20. Requisitos para la exigibilidad de la cláusula penal	2667
20.1. Incumplimiento total o cumplimiento parcial, defectuoso, fuera de tiempo o lugar de la obligación principal	2667
20.2. Constitución en mora del deudor	2670
20.2.1. Las reglas de Kemelmajer de Carlucci	2671
20.2.2. La cláusula penal en las obligaciones de no hacer	2680
20.3. Que el incumplimiento sea imputable al deudor	2685
20.4. La cláusula penal exime al acreedor de la prueba de los daños y perjuicios	2697
20.5. Materias que deben probarse	2702
21. Efectos de la Cláusula Penal	2705
21.1. Efectos en general	2705
21.1.1. Si la cláusula penal fuese compensatoria	2705
21.1.2. Si la cláusula penal fuese moratoria	2711
21.1.3. Acumulación de cláusulas penales moratorias y compensatorias	2715
21.1.4. Acumulación de la cláusula penal y la indemnización de daños y perjuicios	2717
21.1.5. Acumulación de la cláusula penal e intereses	2721
21.1.5.1. Acumulación de la cláusula penal e intereses moratorios	2723
21.1.5.2. Pena e intereses compensatorios	2726
21.1.6. Acumulación de la cláusula penal y las «astreintes»	2727
21.1.7. ¿La cláusula penal devenga intereses?	2737

21.1.8.	Cláusula penal y depreciación monetaria	2742
21.1.9.	Cláusula penal y resolución	2749
21.2.	Efectos de la cláusula penal en las obligaciones con sujetos plurales	2764
21.2.1.	Unas palabras sobre el Derecho Sucesorio y las obligaciones de sujeto plural	2764
21.2.2.	Estado de indivisión y partición de la masa hereditaria	2765
21.2.3.	Las difíciles relaciones entre el Derecho Sucesorio y el Derecho de Obligaciones en torno a la divisibilidad, indivisibilidad, mancomunidad y solidaridad	2769
21.2.3.1.	Principios aplicables antes de la muerte	2769
21.2.3.2.	Principios aplicables en caso de muerte del deudor o de uno de los codeudores	2769
21.2.3.2.1.	Supuesto en el cual el deudor o un codeudor muere y deja un único heredero	2769
21.2.3.2.2.	Supuesto en el cual el deudor o un codeudor muere y deja más de un heredero	2770
21.2.3.2.2.1.	Si la obligación es divisible y mancomunada	2770
21.2.3.2.2.1.1.	Si se trata de una sucesión intestada	2770
21.2.3.2.2.1.2.	Si se trata de una sucesión testamentaria	2774
21.2.3.2.2.2.	Si la obligación es divisible y solidaria	2777
21.2.3.2.2.2.1.	Si se trata de una sucesión intestada	2777
21.2.3.2.2.2.2.	Si se trata de una sucesión testamentaria	2779
21.2.3.2.2.3.	Si la obligación es indivisible y mancomunada	2780
21.2.3.2.2.3.1.	Si se trata de una sucesión intestada	2780
21.2.3.2.2.3.2.	Si se trata de una sucesión testamentaria	2782
21.2.3.2.2.4.	Si la obligación es indivisible y solidaria	2782
21.2.3.2.2.4.1.	Si se trata de una sucesión intestada	2782
21.2.3.2.2.4.2.	Si se trata de una sucesión testamentaria	2784
21.2.3.3	La obligación frente a la muerte del acreedor o de uno de los acreedores	2784

21.2.3.3.1	Si la obligación es divisible y mancomunada	2792
21.2.3.3.2	Si la obligación es divisible y solidaria	2792
21.2.3.3.3	Si la obligación es indivisible y mancomunada	2793
21.2.3.3.4	Si la obligación es indivisible y solidaria	2793
21.2.4.	Conclusión	2794
21.2.5.	Consideraciones generales sobre las cláusulas penales y las obligaciones con pluralidad de sujeto	2796
21.2.5.1.	Divisibilidad e indivisibilidad de la obligación de la cláusula penal	2804
21.2.5.1.1.	Pluralidad de deudores	2805
21.2.5.1.2.	Pluralidad de acreedores	2811
21.2.5.1.3.	Pluralidad de deudores y de acreedores	2816
21.2.5.2.	Mancomunidad y solidaridad en la cláusula penal	2819
21.2.5.2.1.	Pluralidad de deudores	2819
21.2.5.2.2.	Pluralidad de acreedores	2821
21.2.5.2.3.	Pluralidad de deudores y de acreedores	2823
21.2.5.3.	Derechos de los codeudores no culpables del incumplimiento	2824
22.	Extinción de la cláusula penal	2825
22.1.	Por razón de la obligación principal	2826
22.1.1.	Pago	2827
22.1.1.2.	Pago por consignación	2830
22.1.1.3.	Imputación del pago	2831
22.1.1.4.	Pago con subrogación	2832
22.1.1.5.	Dación en pago	2832
22.1.1.6.	Novación	2832
22.1.1.7.	Compensación	2833
22.1.1.8.	Condonación y renuncia	2834
22.1.1.9.	Consolidación	2835
22.1.1.10.	Transacción	2836
22.1.1.11.	Mutuo disenso	2836
22.1.1.12.	La anulación o declaración de nulidad de la obligación principal	2837
22.1.1.13.	Imposibilidad de pago	2837
22.1.1.14.	Cumplimiento de la condición resolutoria	2837
22.1.1.15.	Cumplimiento del plazo resolutorio	2838
22.1.1.16.	Prescripción y caducidad	2838

22.2. Por razón de la propia cláusula penal	2839
22.2.1. Compensación	2840
22.2.2. Renuncia	2840
22.2.3. Imposibilidad de pago	2841
22.2.4. Muerte del deudor	2842
22.2.5. Prescripción	2843
22.3. Por razón de su conexión con otras instituciones	2843
23. Diferencias entre la cláusula penal y otras figuras e instituciones jurídicas	2844
23.1. Diferencias con las obligaciones alternativas	2845
23.2. Diferencias con las obligaciones facultativas	2849
23.3. Diferencias con las obligaciones condicionales	2852
23.4. Diferencias con el contrato de fianza	2856
23.5. Diferencias con el contrato de seguro	2857
23.6. Diferencias con la prenda	2858
23.7. Diferencias con la indemnización ordinaria de daños y perjuicios	2860
23.8. Diferencias con las cláusulas limitativas de responsabilidad	2862
23.9. Diferencias con las sanciones conminatorias o «astreintes»	2865
23.10. Diferencias con las arras	2866
23.10.1. Diferencias entre la cláusula penal y las arras confirmatorias	2866
23.10.2. Diferencias entre la cláusula penal y las arras de retractación	2868
23.11. Diferencias con los intereses moratorios	2869

6. CONCEPTO DE LA EXPRESIÓN «CLÁUSULA PENAL»

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

En este sentido, Luis Puig Brutau¹⁰⁹ diferencia estas figuras y señala que la cláusula penal es la convención accesoria estipulada como cláusula o pacto de una obligación por la que,¹¹⁰ «se promete realizar una prestación, generalmente pecuniaria, para el caso de que una de las partes no cumpla o cumpla irregularmente lo prometido».

El autor también define «obligación con cláusula penal», como aquella obligación principal cuyo incumplimiento se sanciona con la pena.¹¹¹

¹⁰⁹ PUIG BRUTAU, Luis. *Op. cit.*, p. 43.

¹¹⁰ PUIG PEÑA, Federico. *Op. cit.*, vol. III, tomo IV, p. 18.

¹¹¹ Lete del Río (LEFE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de Obligaciones*, vol. I. Madrid,

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

En esta misma línea de pensamiento, Jesús María Lobato de Blas¹¹² sostiene que la cláusula penal se suele establecer por medio de una disposición del negocio principal, es decir, consiste en una cláusula del negocio de constitución de la relación obligatoria; de ahí que sea conocida usualmente con el nombre de «cláusula penal». En este sentido, señala Albaladejo¹¹³ que «se llama cláusula penal a aquella (*cláusula*) en la que la pena se establece».

Así, para Lobato de Blas la obligación con cláusula penal es la obligación principal garantizada, al igual que Albaladejo,¹¹⁴ quien expresa que se llama «obligación con cláusula penal a la obligación cuyo incumplimiento se sanciona con la pena».

Lobato de Blas precisa que en este tipo de obligaciones existen dos vínculos obligatorios: uno, el de la obligación principal, y otro, el creado por la cláusula penal, si bien de modo accesorio y para el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la primera. Estas expresiones son compartidas por Jorge Eugenio Castañeda,¹¹⁵ quien enseña que la obligación con cláusula penal no es una sola, son dos

1995, p. 143. Citado por ESPÍN ALBA, Isabel. *Op. cit.*, p. 50) coincide con Puig Brutau y considera a la obligación con cláusula penal como aquella cuyo cumplimiento se garantiza mediante la pena.

¹¹² LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, pp. 17-19.

¹¹³ ALBALADEJO, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, vol. I, p. 180.

¹¹⁴ *Idem.*

¹¹⁵ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo I, pp. 175 y 176.

obligaciones: una principal y otra solo aplicable en casos de mora o inejecución de la principal.

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

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

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

Por otra parte, al tener la cláusula penal carácter accesorio (pues no podría existir sin una obligación cuyo cumplimiento resguarde o garantice), hablar de «obligación con cláusula penal» no resulta errado, en la medida que se estará haciendo referencia a aquellas relaciones obligatorias que incluyen una penalidad convenida por las partes.

Si así se quiere consignar, con esta expresión se pone el acento en la obligación principal cuyo cumplimiento se garantiza con la penalidad, y no en la penalidad misma; pero, sin embargo, ello resultará poco relevante, en la medida que ambas tienen una naturaleza indelible. Para efectos del tema que nos ocupa, no interesa hablar de la

obligación —desligada de la cláusula penal—, ni de la cláusula penal —desligada de la obligación principal—.

Por ello, creemos que la nomenclatura adoptada por el Código Civil es acertada. Sin embargo, en el Derecho Peruano, como ya lo indicamos, también se suele emplear la expresión «cláusula penal» como sinónimo de «obligación con cláusula penal». Tal vez resulta una manera más abreviada de hacer alusión a esa materia. Además, con una u otra forma, el intérprete conoce sin dificultad sus alcances.

Por otra parte, la expresión «pena convencional» no es utilizada en el Perú. Aquí, más bien, se suele emplear como equivalente la palabra «penalidad» o «pena».

Cabe señalar que las expresiones a las que hemos hecho referencia parecen haber sido pensadas para el caso en que la pena provenga de un contrato. Sin embargo, también debe considerarse el caso en que ella tuviese su origen en la ley.

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

Para concluir, expresamos nuestra coincidencia con Jorge Eugenio Castañeda, cuando señala que la obligación con cláusula penal, en verdad no es una, sino dos obligaciones; por un lado, tenemos a la obligación cuyo cumplimiento *in natura* es buscado por las partes, en tanto que por otro lado, tenemos a la penalidad pactada, la misma que solo será susceptible de ser reclamada por el acreedor ante el incumplimiento de la obligación principal.

Pero conviene aclarar que esta obligación accesoria de la principal, no es alternativa ni facultativa, tal como será analizado oportunamente, al estudiar las semejanzas y diferencias entre las obligaciones con cláusula penal y otras figuras afines.

7. LA PENA CONVENCIONAL COMO EVENTUAL ACTO SEPARADO

Lobato de Blas manifiesta que nada se opone a la posibilidad de que la «cláusula penal» se establezca no ya como una de las cláusulas del negocio principal que garantiza, sino mediante un negocio separado, aunque, desde luego, directamente relacionado con aquel. Aparece entonces la inadecuación de la denominación usual de «cláusula penal» que, en este sentido, deberá ser sustituida por la más amplia «de pena convencional»; llamándose así «a aquella prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal»,¹¹⁶ y que consiste generalmente en entregar una suma de dinero.¹¹⁷

En consecuencia, precisa Lobato de Blas, la cláusula penal encierra simplemente una pena convencional, recibiendo aquel nombre por el mero hecho de su inclusión generalmente como una cláusula en la documentación de la obligación principal que garantiza, y la cual tendrá la denominación, según los casos, de obligación con cláusula penal o de obligación garantizada con pena convencional.

Por otro lado, a criterio de Palacio Pimentel,¹¹⁸ la cláusula penal también es llamada pena convencional, ya que el autor no encuentra diferencia entre ambas figuras.

¹¹⁶ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. Citado por LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, pp. 18 y 19.

¹¹⁷ ALBALADEJO, Manuel. Citado por LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, p. 19.

¹¹⁸ PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. *Op. cit.*, tomo I, pp. 327 y ss.

Así, la define como la estipulación accesoria añadida a un contrato para asegurar la ejecución de la prestación y por la cual el deudor se somete a pagar una multa o realizar otra prestación en caso de retardo o incumplimiento.

Agrega el referido autor que puede adherirse la cláusula penal al mismo título constitutivo de la obligación principal o, ya posteriormente, por separado.

Pero, a nuestro entender, los argumentos de Lobato de Blas no conducen necesariamente a sostener que es indebida la expresión «cláusula penal», pues aunque se estipule con posterioridad al contrato de donde ha emanado la obligación principal, tal convenio se hará en un contrato cuya cláusula o cláusulas se incluirán con finalidad de pena y, por más que fuere una sola cláusula la que contenga el segundo convenio, la misma no dejará de ser una cláusula penal.

Este es el criterio recogido por el Código Civil Peruano cuando se refiere a las «Obligaciones con cláusula penal» en los artículos 1341 a 1350, que conforman el Capítulo Tercero del Título Noveno denominado «Inejecución de obligaciones».

Sin embargo, admitimos que esta línea de pensamiento podría ser cuestionada, en la medida que cuando hablamos de obligaciones con cláusula penal, hacemos referencia a dos vínculos obligatorios, como ha sido señalado anteriormente: uno, el de la obligación principal; otro, el creado por la cláusula penal, si bien de modo accesorio y para el caso de incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso del primero.

Nuestra posición se ve sustentada por las expresiones de Rosendo Badani,¹¹⁹ quien al respecto manifiesta que «para asegurar mejor el

¹¹⁹ BADANI CHÁVEZ, Rosendo. *Op. cit.*, Primera Parte, p. 115.

cumplimiento de una obligación, puede establecerse que el deudor quedará sometido a una pena determinada, generalmente el pago de una multa, en caso de retardo o de incumplimiento; se dice entonces que la obligación es con cláusula penal».

Por lo demás, no compartimos el razonamiento de Puig Brutau, quien al referirse a la obligación con cláusula penal, como se ha visto anteriormente, la define como una obligación principal cuyo incumplimiento se sanciona con la pena.

Esta perspectiva del tema no resulta adecuada, pues a nuestro entender parecería que la estuviese considerando como un tipo especial de obligación, y sabemos que ello no es así, ya que cualquier obligación puede ser reforzada con estas penalidades; criterio compartido por Larroumet,¹²⁰ quien manifiesta que la cláusula se puede encontrar en los más diversos contratos, tales como el arrendamiento, la venta y el préstamo, entre otros.

8. EL OBJETO DE LA CLÁUSULA PENAL

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

En este sentido, Jorge Joaquín Llambías¹²¹ sostiene que siendo evidente que la obligación penal es una clase abstracta de obligaciones, esta se regirá por los principios que gobiernan el género (la obliga-

¹²⁰ LARROUMET, Christian. *Op. cit.*, vol. II, p. 111.

¹²¹ LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, *Obligaciones*, tomo I, p. 436.

ción) a que pertenece. De ahí que el objeto de la pena deba ser posible, determinable, susceptible de apreciación pecuniaria y legítimo.¹²²

Bajo similar perspectiva, Jorge Bustamante Alsina¹²³ afirma que el objeto de la cláusula penal debe reunir todos los requisitos esenciales y de validez que corresponden a todo objeto de obligación en general. Como consecuencia, señala que debe ser posible, determinable, susceptible de apreciación pecuniaria y lícito.

Asimismo, Jesús María Lobato De Blas¹²⁴ expresa que el objeto de la cláusula penal habría de estar limitado, naturalmente, por las condiciones generales que ha de reunir toda prestación, a saber: posibilidad, licitud, determinación y patrimonialidad, siendo, en consecuencia, la problemática de los caracteres de su objeto, la misma que la general del objeto de las obligaciones.

Aída Kemelmajer de Carlucci,¹²⁵ corroborando esos conceptos, manifiesta que el objeto de la cláusula penal, como toda prestación, debe ser posible, patrimonialmente valorable (aunque el interés del acreedor no lo sea), determinable y lícito.

De acuerdo con esta línea de pensamiento, Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas¹²⁶ afirman que son aplicables al objeto de la cláusula penal los requisitos de validez que se disponen sobre el objeto de los actos jurídicos, vale decir, que debe consistir en cosas que

¹²² Respecto a este último requisito, referente a la legitimidad del objeto de la cláusula penal, el autor recuerda que es un principio relacionado con el tema de la inmutabilidad de la cláusula penal y que, por consiguiente, es discutido especialmente cuando el monto de la pena es enteramente desproporcionado al daño efectivo sufrido por el acreedor.

¹²³ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Op. cit.*, p. 174.

¹²⁴ LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, p. 133.

¹²⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 35.

¹²⁶ CAZEAUX, PEDRO N. Y FÉLIX A. TRIGO REPRESAS. *Op. cit.*, tomo I, p. 249.

estén en el comercio o no prohibidas o en hechos posibles, no prohibidos, que no sean contrarios al orden público ni a las buenas costumbres y que no afecten derechos de terceros. En suma, concluyen dichos autores, debe tratarse de un objeto lícito.

Nosotros compartimos la doctrina citada en torno al objeto de la cláusula penal, pero hacemos hincapié, además, que ella podría consistir en obligaciones de no hacer.

De lo expresado llegamos a la conclusión de que la penalidad convenida puede consistir en obligaciones cuyo objeto sea de cualquier naturaleza. Dicho en otras palabras, no tendría por qué haber correspondencia entre la naturaleza del objeto de la obligación principal y la naturaleza del objeto de la cláusula penal.

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

No está de más recordar que aunque la obligación principal y la penalidad fuesen de la misma naturaleza (por ejemplo, prestaciones de dar), sus objetos podrían ser absolutamente diversos.

Sería el caso de una obligación principal que consistiese en dar un automóvil y cuya penalidad, en caso de incumplimiento, consistiera en pagar al acreedor la suma de 80,000 dólares americanos.

Asimismo, conviene tener presente lo previsto por el artículo 140, inciso 2,¹²⁷ del Código Civil Peruano, precepto que al referirse al

¹²⁷ Artículo 140.- «El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

acto jurídico expresa que el mismo consiste en la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, y que requiere para su validez contar con un objeto física y jurídicamente posible, así como por el artículo 219, inciso 3,¹²⁸ del mismo cuerpo legal, norma que establece que el acto jurídico es nulo cuando su objeto sea física o jurídicamente imposible o cuando este fuese indeterminable.

Tomando en consideración lo expuesto, podemos afirmar, interpretando *contrario sensu* las reglas citadas, que la cláusula penal, al ser un acto jurídico válido, debe contar, como manifiesta Lobato De Blas,¹²⁹ con un objeto física y jurídicamente posible, que además haya sido determinado, o sea susceptible de determinación posterior.

-
1. Agente capaz.
 2. Objeto física y jurídicamente posible.
 3. Fin lícito.
 4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad».

¹²⁸ Artículo 219.- «El acto jurídico es nulo:

1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.
3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
4. Cuando su fin sea ilícito.
5. Cuando adolezca de simulación absoluta.
6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
7. Cuando la ley lo declara nulo.
8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa».

¹²⁹ LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, pp. 27-30. Este autor concibe la cláusula penal como un negocio jurídico autónomo con causa jurídica propia, entendiendo esta última como «causa final», concretamente como fin práctico del contrato. En tal sentido, Lobato de Blas manifiesta que el acuerdo de donde surge la cláusula penal no se substantia en una voluntad concorde de conseguir el fin práctico apuntado en el contrato. Se prueba esto, de un lado, con el hecho de que la cláusula penal puede acompañar a cualquier contrato y no solo a uno determinado, y de otro lado, con la invariabilidad del contenido de la cláusula penal frente a la mutación del contrato principal.

A continuación analizaremos en detalle las condiciones generales más importantes que ha de reunir el objeto de la cláusula penal, pero recordando que es de aplicación al tema, como antes lo vimos, el régimen general del objeto de las obligaciones.

8.1. Posibilidad del objeto

Con relación a esta materia, Kemelmajer de Carlucci¹³⁰ expresa que la posibilidad del objeto aparece claramente en los textos romanos. Tenemos al Digesto (D., 45, I *de unbonem obligationibus*, 97 pr., Celso), en donde se aprecia la expresión: «Si yo hubiera estipulado así, ¿comparecerás?, si no comparecieres, ¿darás un hipocentauro?, sea igual que si hubiera estipulado solo ¿comparecerás?».

En nuestra opinión, el primer requisito del objeto, la posibilidad, proviene del principio de que «nadie puede estar obligado a lo imposible», criterio recogido en nuestra legislación por el artículo 140 del Código Civil, antes citado.

Como manifestamos en la Primera Parte de este Tratado, en palabras de René Demogue «La obligación debe tener un objeto que por material que sea, no solo debe referirse a una cosa o a un derecho existente o que debiera existir, sino que debe presentar una utilidad para el acreedor».

Nosotros, como lo expresamos, estamos en aptitud en este caso de sustituir la palabra «utilidad», empleada por Demogue, por la palabra «posibilidad»; ello, con el propósito de llegar al mismo fin.

Concluye el referido autor citando las palabras de Trimarchi, quien sostiene que «para la cláusula penal, la función jurídica típica, entendida como síntesis de los efectos jurídicos típicos del esquema negocial, consiste en la previsión normativa, es decir, en la prestación determinada a que el deudor está obligado, caso de no observancia de un comportamiento debido».

¹³⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 35 y 36.

También es pertinente referirnos a la imposibilidad de hecho o de derecho. Será de hecho cuando es la acción en sí, a que se está obligando el deudor, la que resulta imposible (por ejemplo, conseguir para su venta caballos con alas). Es de derecho cuando, siendo físicamente posible, está prohibida por ley (por ejemplo, vender un bien público como la Plaza San Martín de Lima); o cuando el medio empleado no es el previsto por la ley para obtener el fin deseado (por ejemplo, adoptar mediante un contrato). Los dos casos suponen una imposibilidad que impide el surgimiento de la obligación.

En este sentido, podemos concluir que el objeto de la cláusula penal se encuentra limitado, naturalmente, por las condiciones generales que ha de reunir toda prestación, debiendo ser física y jurídicamente posible (de acuerdo con lo previsto por los artículos 140, inciso 2, y 219, inciso 3, del Código Civil).

Sobre el particular, remitimos al lector a las opiniones vertidas a propósito de nuestro análisis de la posibilidad del objeto de la obligación en el Código Civil.¹³¹

8.2. *Licitud del objeto*

En nuestro concepto, como lo señaláramos oportunamente,¹³² el requisito de licitud del objeto de las obligaciones se refiere a que la conducta en que consiste la prestación no debe encontrarse prohibida por la ley, ni ser contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, por ejemplo, no sería exigible ni jurídicamente tutelada la obligación de dar cien kilogramos de cocaína para su comercialización ilegal el día de hoy, o una obligación consistente en ejecutar un secuestro o un asesinato.

¹³¹ OSTERLING PARODI, Felipe y MARIO CASTILLO FREYRE. *Op. cit.*, Primera Parte, tomo I, pp. 145-147.

¹³² *Ibidem*, pp. 147 y 148.

Bajo esta línea de pensamiento, teniendo en cuenta la penalidad conminatoria o compulsiva de la cláusula penal, es de suma importancia tratar el carácter de la licitud de su objeto, ya que, como bien lo concibe Kemelmajer de Carlucci,¹³³ «siendo antijurídico que una persona sea coaccionada por medios ilícitos, la cláusula, para ser válida, debe ser lícita en sí misma».

Esta solución, precisa dicha autora, reconoce honda raigambre en la tradición española que prohibía pactar como pena la propia persona o la propiedad de todos los bienes.

Y agrega que no pueden pactarse cláusulas penales de tal naturaleza que interfieran en el campo relativo al Derecho Penal, del cual el Estado se ha reservado el monopolio. Por ejemplo, no puede estipularse que ante el incumplimiento de determinada prestación el deudor se someta a la misma pena prevista por el Código Penal para el delito de homicidio. En este sentido, a juicio de la referida profesora, es pertinente recordar la nulidad de la cláusula penal impuesta por Shylock, el mercader de Venecia. En efecto, el prestamista tenía derecho a una libra de carne si Antonia no pagaba el mutuo. Esta sanción, expresa Kemelmajer de Carlucci, contraria a los medios propios del Derecho Civil, supone introducirse en el campo punitivo reservado al Estado.

Como consecuencia de lo expuesto, concluye expresando que la cláusula penal tampoco puede ser el medio para evitar la aplicación de sanciones impuestas por razones de orden público.

Por nuestra parte, recordamos que el principio de licitud del objeto se encuentra regido genéricamente por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, precepto que dispone: «Es nulo el acto

¹³³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*

jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres». Además, el caso también se halla previsto por los artículos 140, inciso 3, y 219, inciso 4, del propio Código.

Finalizamos manifestando que sobre este tema nos hemos ocupado en extenso al comentar la licitud del objeto de las obligaciones, materia a la cual remitimos al lector.¹³⁴

8.3. Determinación o determinabilidad del objeto

Como señaláramos anteriormente, el objeto de la cláusula penal se ciñe a los principios que rigen el objeto de las obligaciones en general. En este sentido, la pena deberá contener los caracteres esenciales que ha de reunir toda prestación.

Por consiguiente, el objeto de la cláusula penal deberá cumplir con el requisito de determinación o de determinabilidad inherente al objeto de las obligaciones.

En este orden de ideas, toda prestación, como objeto de la obligación, debe ser determinada o determinable. En caso contrario, el acreedor podría exigir a su deudor cualquier prestación y lo mismo podría hacer el deudor al tiempo del cumplimiento, con lo cual la función de satisfacer un interés tutelado sería absolutamente irrelevante.

Como ha sido dicho por nosotros en ocasión anterior, existen tres criterios para determinar la prestación. El primero, el más común, consiste en que las partes la pacten de común acuerdo. Otra forma posible es sobre la base de elementos objetivos (por ejemplo, acordar que el precio de un bien se establezca en función al valor en bolsa o al valor en el mercado, en determinado lugar y día, conforme lo pre-

¹³⁴ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Op. cit.*, Primera Parte, tomo I, pp. 147 y 148.

vé el artículo 1545¹³⁵ del Código Civil). Y, finalmente, a partir de elementos subjetivos (por ejemplo, la elección de la prestación, en las obligaciones de dar bienes inciertos, por un tercero ajeno a la relación jurídica, según lo establece el artículo 1143,¹³⁶ segundo párrafo, del Código Civil).

Lo expuesto se aplica —como se ha indicado al iniciar este tema— a la determinación o determinabilidad de la prestación emanada de la obligación penal.

Corroborando lo dicho, resulta pertinente señalar, por último, siguiendo a Magazzu,¹³⁷ que no es aceptada en doctrina la opinión según la cual es necesario, excepcionalmente, en la cláusula penal, la determinación propiamente dicha de su objeto, no siendo suficiente la simple determinabilidad del mismo. Una determinación sucesiva, convenida antes o después del incumplimiento —continúa diciendo Magazzu— es, por el contrario, posible y no resulta incompatible con la esencial función sancionatoria de la cláusula. Añade que interesa, sin embargo, que en el momento de la estipulación de la cláusula sea previsto, al menos, el modo en que debe convenirse la posterior determinación, modo mediante el cual se concreta y especifica la

¹³⁵ El artículo 1545 del Código Civil Peruano expresa que «Es también válida la compraventa si se conviene que el precio sea el que tuviere el bien en bolsa o mercado, en determinado lugar y día».

¹³⁶ El artículo 1143 del Código Civil Peruano prescribe que «En las obligaciones de dar bienes determinados sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso. Si la elección corresponde al deudor, debe escoger bienes de calidad no inferior a la media. Si la elección corresponde al acreedor, debe escoger bienes de calidad no superior a la media. Si la elección corresponde a un tercero, debe escoger bienes de calidad media».

¹³⁷ MAGAZZU. *Clausola Penale*. En *Enciclopedia del Diritto*. Milano, 1960, p. 291. Citado por LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, pp. 133 y 134.

voluntad de las partes. Solo en el caso de que no fuese así, la cláusula sería nula porque faltaría totalmente o no se lograría el acuerdo sobre el objeto.

A modo de conclusión, citamos la opinión de Lobato De Blas,¹³⁸ quien compartiendo el pensamiento de Magazzu, manifiesta que la problemática de los caracteres del objeto de la pena convencional es la misma que la general del objeto de las obligaciones.

8.4. La patrimonialidad del objeto

Definitivamente es la patrimonialidad el requisito más complejo de todos los señalados, a tal punto que existen profundas divergencias en la doctrina sobre el concepto de patrimonialidad de la prestación o si este debe ser considerado como exigencia esencial.

Como señalamos oportunamente, en la legislación peruana la patrimonialidad de la prestación no es requerida directamente por ninguna norma relativa al Derecho de Obligaciones. Pero a partir de una interpretación sistemática, en especial de la parte relativa a los contratos, la fuente más importante de las obligaciones, concluimos que la patrimonialidad debe estar presente en la prestación. Por consiguiente, siendo de aplicación al objeto de la cláusula penal los requisitos esenciales que ha de reunir toda prestación, como objeto de las obligaciones en general, afirmamos que la patrimonialidad será una característica básica de la cláusula penal.

Como regla general, recordaremos que la patrimonialidad no se define únicamente por una valuación monetaria, o por una contraprestación, o por un correctivo, o por un interés subjetivo, sino por la prestación en sí, objetivamente considerada.

¹³⁸ LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, p. 134.

Será el orden jurídico y social, de un tiempo y espacio específicos, encarnado por el juez, el que determinará cuándo una conducta justifica un sacrificio económico para lograr la satisfacción de un interés, que es justamente lo que constituye la patrimonialidad de la prestación; condición esencial que, como lo hemos sostenido con anterioridad, debe estar presente en el objeto de la cláusula penal.

Sobre el particular, remitimos al lector a las opiniones vertidas a propósito de nuestro análisis del tema de la patrimonialidad de la prestación en el Código Civil.¹³⁹

8.5. Cláusulas que tienen por objeto una prestación de dar

Kemelmajer de Carlucci¹⁴⁰ expresa, refiriéndose a la cláusula penal, que «Lo común es que se trate de sumas de dinero. En muchas definiciones, incluso, así se lo hace constar». La profesora argentina recuerda las palabras de Mainz,¹⁴¹ quien al respecto señala que

En el derecho romano la *stipulatio poenae* tenía regularmente por objeto una cantidad de dinero (*pecunia certa*), cuyo pago era perseguido de manera expedita por medio de la *condictio certi*, no encontrándose ningún ejemplo en que tuviera por objeto una prestación distinta; no obstante ello, algunos textos lo colocan como una eventualidad posible.

A nuestro modo de ver, la realidad impone que la inmensa mayoría de las cláusulas penales tienen por objeto el dar uno o más bienes, en la medida que con ellos el acreedor busca obtener el cumplimiento sustitutorio de la prestación incumplida o la indemnización de la

¹³⁹ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Op. cit.*, Primera Parte, tomo I, pp. 164 y 165.

¹⁴⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 38.

¹⁴¹ MAINZ, Karl. *Curso de Derecho Romano*. Traducido por Antonio J. Pou, tomo II, p. 448. Barcelona: Editorial Malinas, 1887. Citado por: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 39.

mora en el pago. Vale decir, que la cláusula penal nos sitúa frente al fenómeno del incumplimiento de la obligación; por tanto, en tales circunstancias el acreedor buscará pactar —en función del incumplimiento— un modo lo suficientemente eficaz como para garantizarle que sí logrará que la penalidad resulte, dentro de lo posible, susceptible de un fácil y adecuado cumplimiento o ejecución forzosa.

Así, resultaría ilusorio que un acreedor pacte que su deudor cumplirá una penalidad de hacer o de no hacer *intuitu personae*.

Es obvio que en ambos supuestos, antes de estar asegurando un cumplimiento indemnizatorio, dicho acreedor se estará situando frente a dos prestaciones de imposible cumplimiento ante la reticencia del deudor, pues en ninguno de los dos casos cabría intentar el cumplimiento forzoso de las penalidades, ya que para ello sería necesario emplear violencia contra la persona del deudor.

En otras palabras, el acreedor se habría colocado en un «callejón sin salida» al tratar de asegurarse penalidades que en la práctica resultan verdaderamente inútiles.

Por otra parte, añade Kemelmajer de Carlucci que las sumas de dinero pactadas como penalidades, excepcionalmente pueden estar en poder del acreedor, como sería el caso, por ejemplo, cuando se pacta que el incumplimiento por parte de la compradora dará derecho a la vendedora a resolver el contrato con la retención de las sumas (o cierto porcentaje de ellas) entregadas a cuenta del precio hasta el momento del incumplimiento.

Esto es perfectamente válido en el Derecho Peruano, pero siempre deberá tenerse en consideración lo establecido por el artículo 1346 del Código Civil, respecto a la posibilidad de que el deudor solicite judicialmente la reducción de la pena, por considerarla manifiestamente excesiva o por haberse cumplido parcial o irregularmente la obligación.

También indica Kemelmajer de Carlucci que no existe razón alguna para negar a esta penalidad el carácter de una cláusula penal; tanto es así que la jurisprudencia argentina ha distinguido acertadamente entre la licitud de la facultad de resolver y el exceso que puede suponer el ejercicio del derecho de hacer propia la cláusula penal estipulada, cuando las sumas pagadas alcanzan un notable porcentaje del precio. Pero, a juicio nuestro y como fue dicho en su oportunidad, no debe confundirse la resolución de los contratos con la cláusula penal.

Por lo demás, remitimos al lector a lo expresado en el punto relativo a la eventual función resolutoria de la cláusula penal.

Bajo esta línea de pensamiento, Sanz Viola¹⁴² considera que en los supuestos más normales, la cláusula penal consiste en una prestación pecuniaria: la entrega de una suma de dinero. Añade que puede tratarse de prestación única o de prestaciones periódicas, escalonadas y progresivas; pudiendo tener, a su vez, una cláusula de estabilización (pacto valorista).

Con base en lo expresado anteriormente, podemos agregar que ello es cierto y que tal situación es así en virtud de que el pago en numerario es el más útil o eficaz para los intereses del acreedor.

Si la prestación principal consistía en algo distinto al dinero, será evidente que no cualquier prestación sustituirá satisfactoriamente a la principal.

Es claro por eso que la sustitución de la prestación principal por otra, hallará su principal correspondencia en el dinero (total, ¿a quién no le es útil una suma de dinero, y más aún si ella es de monto considerable?).

¹⁴² SANZ VIOLA, Ana María. *Op. cit.*, p. 66.

Por su parte, Dávila González¹⁴³ resalta la necesidad de que la pena convencional sea pecuniaria, ya que en otro caso ante el eventual incumplimiento de la obligación penal se plantearía de nuevo el problema de la fijación del monto indemnizatorio.

Nosotros disentimos de dichas expresiones, ya que no por el hecho de que la penalidad no consista en dinero, ella carecerá de determinación. Sería el caso, por ejemplo, en que la penalidad consistiese en dar una joya determinada. Aquí, obviamente, no habría indeterminación alguna.

8.6. Cláusulas que tienen por objeto una prestación de hacer

Al respecto, Kemelmajer de Carlucci¹⁴⁴ manifiesta que cuando la cláusula penal tiene por objeto una suma de dinero es cuando adquiere eficacia práctica en su máxima expresión, cumpliendo en forma efectiva no solo su finalidad compulsiva, sino también la de liquidar realmente los daños y perjuicios.

Pero ello no significa —precisa la profesora argentina—, que no sea posible pactar cualquier otra prestación de dar, e incluso una de hacer. En este último caso, pueden surgir algunas dificultades prácticas, porque si el deudor no cumple la obligación principal, y para hacer efectivo el hacer es necesario ejercer violencia sobre la persona del deudor, será necesaria una nueva evaluación —ahora judicial— de la prestación de hacer pactada.

En tal sentido, Kemelmajer de Carlucci afirma que ahí se ve debilitada la función indemnizatoria de la cláusula penal.

Pero estos inconvenientes —agrega— no significan que conceptualmente deba negársele carácter de cláusula penal.

¹⁴³ Citado por SANZ VIOLA, Ana María. *Op. cit.*, p. 248.

¹⁴⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 39 y 40.

Por nuestra parte, y de acuerdo a lo que hemos expresado oportunamente, consideramos que es claro que las penalidades que consistan en un hacer perderán lo que sí tienen las de dar; sobre todo si para su cumplimiento resultase necesario emplear violencia contra la persona del deudor, caso en el cual la penalidad, en la práctica, devendría en inútil, por ser inejecutable.

8.7. *Cláusulas que tienen por objeto prestaciones de no hacer*

Con relación a este tema, Kemelmajer de Carlucci¹⁴⁵ sostiene que algunos autores señalan que no es posible estipular como pena una prestación negativa. Sin embargo, la jurista argentina coincide con Gatica Pacheco,¹⁴⁶ quien afirma que aunque estas cláusulas provoquen los mismos inconvenientes prácticos que se generan en las obligaciones con penalidades de hacer, ello no significa que no puedan ser pactadas como pena.

A raíz de lo expuesto, Kemelmajer de Carlucci¹⁴⁷ manifiesta que será válida, por ejemplo, la cláusula por la cual el comprador se obliga a pagar el precio en el término máximo de 30 días, bajo sanción de que si demora la prestación, se compromete a no ejercer cierta actividad comercial por determinado número de años, en un radio circunscrito de la ciudad.

Por nuestra parte, compartimos lo expresado, pues no encontramos inconveniente que se estipule como objeto de la cláusula penal una prestación de no hacer.

Sin embargo, coincidimos en señalar que de todas las penalidades, las de no hacer serán aquellas que revestirán una mayor dificultad

¹⁴⁵ *Idem.*

¹⁴⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 41.

¹⁴⁷ *Idem.*

para su ejecución forzosa, pues en su gran mayoría implicarán la necesidad de emplear violencia contra la persona del deudor, y ello está vedado por el Derecho.

8.8. La estipulación que consista en la pérdida de los plazos acordados

Algunos autores se preguntan si podría ser objeto de cláusula penal una estipulación que consista en la pérdida de los plazos acordados.

El problema se encuentra estrechamente vinculado a la función que desempeña la cláusula penal.

Los autores que sostienen que la obligación penal sí podría tener como objeto la pérdida de plazos acordados, fundamentan su línea de pensamiento —como señala Kemelmajer de Carlucci¹⁴⁸ en la función exclusivamente coactiva o punitiva que cumpliría la cláusula penal pura. En este sentido, la pérdida de los plazos acordados podría constituir el objeto de la cláusula penal. Efectivamente, según esta posición doctrinaria, la caducidad de plazos representaría una verdadera penalidad, pues se manifestaría claramente la función conminatoria o compulsiva de la misma.

Lo expresado podría ser fácilmente constatado en la realidad, ya que el deudor, incitado por la posible pérdida de los términos concedidos para el cumplimiento, tomará todas las medidas a su alcance para que dicho incumplimiento no se produzca. Entonces, constreñido el deudor por tal eventualidad, temerá la sanción estipulada.

¹⁴⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 41 y 42. Von Thur (VON THUR, Andreas. *Op. cit.*, tomo II, párrafo 86, p. 237), como luego veremos, comparte lo expresado por la profesora argentina, pues sostiene que «el vencimiento anticipado de deudas» no tiene estructura obligacional.

Kemelmajer de Carlucci,¹⁴⁹ luego de recoger el principal fundamento que sirve de sustento a la posición expuesta, considera que la estipulación que consiste en la pérdida de plazos acordados no podría ser objeto de la obligación penal, sino que simplemente representaría una cláusula de caducidad de plazos, cuyo régimen es absolutamente disímil.

Asimismo, la profesora argentina manifiesta que admitiendo que la cláusula penal cumple una función ambivalente, es decir, no solo posee un carácter compulsivo, sino también un carácter indemnizatorio, no puede considerarse que la caducidad de los plazos constituya el contenido de una obligación penal. Y agrega que en la caducidad de plazos no se advierte cómo se estiman preventivamente los daños y perjuicios. Además, tal caducidad no excluye la acción de daños y perjuicios derivados del incumplimiento, pudiendo el acreedor reclamar, además del vencimiento del término, los perjuicios reales.

Nosotros compartimos el pensamiento de Kemelmajer de Carlucci, en el extremo que la pena convencional cumple esencialmente una función ambivalente, es decir, que tiene carácter compulsivo y también indemnizatorio. Es más, como lo hemos manifestado en su oportunidad, la cláusula penal cumple, en rigor, una función polivalente.

Sin embargo, estimamos que el tema de pérdida de los plazos sí constituiría un supuesto digno de ser considerado como una penalidad.

Es evidente que a un deudor no le dará lo mismo tener que cumplir con una o con varias prestaciones en diversos plazos, aún no acaecidos, que tener que cumplir con la prestación o las prestaciones pendientes de inmediato.

¹⁴⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*

El tema puede ser apreciado claramente desde la perspectiva patrimonial, en la medida que el uso del dinero o de cualquier otro bien en manos del deudor, por un lapso más considerable, le redituará beneficios de los que carecería si se tuviera que desprender de esos mismos bienes en plazos anticipados.

Por ello, consideramos que la estipulación que consiste en la pérdida de plazos acordados, sí podría ser objeto de la cláusula penal.

8.9. La estipulación que consiste en la pérdida de derechos, ¿puede ser objeto de la cláusula penal?

No hay acuerdo en la doctrina sobre si la cláusula penal puede consistir en la pérdida de algunos derechos otorgados por la convención. En este sentido, Kemelmajer de Carlucci¹⁵⁰ señala como ejemplo, que en un contrato de locación se pacte que la falta de pago de las rentas adeudadas producirá la pérdida del derecho al uso del patio y el jardín del inmueble ocupado, o que la falta de pago de los aranceles hará perder la calidad de asociado al afiliado de una asociación, etc.

Asimismo, la jurista argentina expresa que la doctrina que se pronuncia proclive a considerar estas estipulaciones como objeto de la cláusula penal, es aquella que da preeminencia a la función compulsiva de la misma.

Bajo esta perspectiva, Kemelmajer de Carlucci recoge el pensamiento de Soler Aleu,¹⁵¹ quien ha sostenido que este tipo de estipulaciones convencionales son verdaderas cláusulas penales, y no caducidades. Además, dicho autor agrega:

¹⁵⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 42.

¿Cuál es la esencia jurídica de estas cláusulas llamadas de caducidad? No son cláusulas de caducidad, sino cláusulas penales, porque para que se den aquéllas es necesario el factor tiempo o plazo que en éstas está ausente.

Según Kemelmajer de Carlucci, Soler Aleu confunde la «caducidad» con «plazos de caducidad», por lo que al no existir transcurso del tiempo, para él no hay caducidad sino cláusula penal.

Por su parte Borda,¹⁵² siguiendo la línea de pensamiento de Soler Aleu, señala que la pérdida o caducidad de un derecho que el contrato reconocía al deudor, puede ser objeto de la cláusula penal. Da como ejemplo el caso que en un contrato de compraventa de inmuebles por mensualidades se estableciese la pérdida para el comprador de las mejoras que se hubieren introducido en el mismo, de atrasarse en el pago regular de las cuotas.

De otro lado, Kemelmajer de Carlucci¹⁵³ comparte el criterio mayoritario adoptado por la doctrina, que entiende que el instituto de la caducidad (de la cual los términos de caducidad son una especie) tiene — pese a las dificultades en su conceptualización— perfiles propios. En consecuencia, precisa que «estas cláusulas por las cuales se extinguen derechos o se impide que nazcan, integra el género de las sanciones civiles, pero no son típicamente cláusulas penales».

Von Thur,¹⁵⁴ manifiesta que no es objeto de la obligación penal aquella desventaja a que se somete el deudor en caso de incumpli-

¹⁵¹ SOLER ALEU, A. *El nuevo contrato de seguro*, p. 195. Buenos Aires, 1970. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 42 y 43.

¹⁵² BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 170.

¹⁵³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 43.

¹⁵⁴ VON THUR, Andreas. *Op. cit.*, tomo II, p. 237. Citado por LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit., Obligaciones*, tomo I, pp. 404 y 405.

miento, como es la caducidad de derechos, por carecer la misma de estructura obligacional. Además, agrega el citado autor, que «aunque sea lícito estipular cláusulas con ese alcance, no constituirían verdaderas cláusulas penales que, por definición, son obligaciones accesorias».

No obstante ello, y a pesar de revestir naturaleza jurídica diferente, la pérdida de algún derecho cumplirá con más de una de las funciones propias de la cláusula penal. Estimamos que las características de la figura bajo estudio se asemejan tanto a las de la cláusula penal, que se trataría de una institución digna de ser asimilada en el futuro dentro de los posibles objetos de las cláusulas penales.

Ahora bien, resulta evidente que este paso requeriría de un consenso, en la medida que la doctrina, mayoritariamente, rechaza el carácter de penalidad de estas pérdidas de derechos.

Pensamos que admitirlas en nuestros días, significaría desnaturalizar el concepto contemporáneo de la cláusula penal. Pero tal vez en el futuro la respuesta afirmativa se imponga.

Consideramos, en fin, que la estipulación que consiste en la pérdida de derechos del deudor frente al incumplimiento por parte de este de la obligación principal, no podría ser objeto de cláusula penal, por no tener estructura obligacional. Las cláusulas penales, por definición —como expresamos al tratar el concepto de cláusula penal—, son verdaderas obligaciones accesorias.

8.10. Las amonestaciones al deudor, ¿pueden ser objeto de la cláusula penal?

Por otra parte, es pertinente analizar el caso de las amonestaciones al deudor para determinar si pueden o no constituir objeto de una cláusula penal.

En este sentido, Kemelmajer de Carlucci,¹⁵⁵ en criterio que compartimos, afirma que no pueden ser consideradas cláusulas penales típicas ni atípicas, las amonestaciones al deudor, debido a que «se exige que el contenido de la cláusula penal sea cualquiera que pueda ser objeto de las obligaciones, de allí que sólo pueda consistir en un dar, un hacer o un no hacer».

Pero en doctrina existe la posición contraria, sostenida por un autor alemán, Harad Horschitz,¹⁵⁶ quien admite este tipo de cláusulas como afectantes a los derechos de la personalidad del deudor y, por tal razón, la considera una pena contractual atípica.

A criterio nuestro, la «pena contractual atípica» de Horschitz pone en evidencia el carácter o la naturaleza jurídica de estas «sanciones». Es claro que, en estricto, ellas no serán cláusulas penales, si bien podrían ser «penalizaciones atípicas», en el sentido amplio mas no jurídico de la expresión.

8.11. *La estipulación que consiste en la pérdida de prestaciones satisfechas a raíz de la rescisión o resolución de un contrato, ¿puede ser objeto de la cláusula penal?*

Es importante determinar si la estipulación que consiste en la pérdida de prestaciones satisfechas por el deudor, a raíz de la rescisión o la resolución del contrato, podría constituir o no objeto de la cláusula penal.

Para absolver dicha interrogante, es necesario revisar la posición de la doctrina frente a este tema.

¹⁵⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 43.

¹⁵⁶ HORSCHITZ, Harad. Citado por SANTOS BRIZ, Jaime. *Derecho de Obligaciones. Derecho Civil*, tomo III, p. 90. *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1973. Citado, a su vez, por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 43.

La tesis mayoritaria de los autores consultados coincide en afirmar que tal estipulación sí podría ser objeto de la pena convencional.

Von Thur¹⁵⁷ expresa que la pérdida de prestaciones satisfechas, a raíz de la rescisión o resolución de un contrato, por pacto comisorio, podría revestir carácter de cláusula penal, dado que tiene estructura obligacional porque equivale al pago de ellas que se hubiese pactado a favor del acreedor. Para ese supuesto —afirma el citado autor—, evidentemente lo mismo da decir que se pierden las cuotas pagadas, o autorizar al acreedor (que debe devolverlas como consecuencia de la disolución de la obligación, porque quedarían como pagos sin causa) a percibir como indemnización por el fracaso de la operación, el mismo importe de tales cuotas.

Bajo esta línea de pensamiento, Sanz Viola¹⁵⁸ manifiesta que el caso de resolución de la venta a plazos por falta de pago de los plazos vencidos con retención por el acreedor de parte del precio pagado, aunque no es propiamente un supuesto de cláusula penal, permite la aplicación analógica de las normas legales referentes a la misma.

Por su parte, Albaladejo,¹⁵⁹ adoptando la posición mayoritaria de la doctrina con relación al tema bajo estudio, expresa que

[...] la pena puede consistir en cumplir una obligación que se impone para el supuesto en que no se cumple la obligación principal (aquella cuyo incumplimiento se sanciona con la pena), como sería el caso de si no entrega la obra el día fijado, pagará cien por cada día de retraso, pero la pena también puede consistir en cosa distinta de cumplir una obligación penal, como en el ejemplo de si, vendiendo algo a plazos, las partes

¹⁵⁷ VON THUR, Andreas. *Op. cit.*, tomo II, p. 237. Citado por LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, *Obligaciones*, tomo I, p. 436.

¹⁵⁸ SANZ VIOLA, Ana María. *Op. cit.*, p. 67.

¹⁵⁹ ALBALADEJO, Manuel. *Op. cit.*, vol. II, tomo II, pp. 250 y 251.

acuerdan que, dejando de pagarse alguno, el contrato se resuelva perdiendo el comprador, como pena por el impago, los plazos ya abonados.

Al compartir la posición asumida por Von Thur y Albaladejo, consideramos que la estipulación que consiste en la pérdida de prestaciones satisfechas, a raíz de la rescisión o resolución de un contrato por pacto comisorio, sí puede ser objeto de una cláusula penal, ya que tiene estructura obligacional.

En tal sentido opinamos que sí se trata de una cláusula penal, habida cuenta de que al tener por efecto la pérdida de un derecho de devolución de una prestación ya cumplida parcialmente, se estaría dejando de ejecutar un efecto natural de la rescisión o resolución contractuales.

Si las partes lo hubiesen pactado, entonces ello produciría los efectos de un acuerdo destinado a la no ejecución de una relación obligatoria. En los hechos, se trataría de una cláusula penal de no hacer, pero de aquellas que sí tendrían considerable eficacia, pues su objeto ya se encontraría en poder del acreedor que se vio perjudicado por el incumplimiento del deudor.

8.12. Posibilidad de que la cláusula penal consista en una obligación de objeto plural

Como bien manifiesta Kemelmajer de Carlucci,¹⁶⁰ no existe inconveniente en que el objeto de la cláusula penal consista en prestaciones conjuntas o disjuntas (conjuntivas, alternativas o facultativas). En este sentido, la profesora argentina recuerda un caso resuelto por la jurisprudencia francesa en el cual «una sociedad de socorros mutuos había establecido en sus estatutos que si alguno de los miembros de

¹⁶⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 44.

la sociedad faltaba a las exequias de otro asociado, sin poder justificar debidamente su inasistencia, debía una pena, la cual consistía, a su elección, en el pago de cierta suma de dinero o en retirarse de la sociedad».

Por nuestra parte podemos agregar que ello resultaría factible dentro del marco del ordenamiento jurídico peruano. Para tal efecto, remitimos al lector a lo expresado con ocasión de nuestro tratamiento de las obligaciones conjuntivas, alternativas y facultativas, consideraciones que resultan de plena aplicación a las cláusulas penales.

8.13. Posibilidad de que la cláusula penal consista en una obligación de tracto sucesivo

Agrega Kemelmajer de Carlucci que no existe inconveniente para que la cláusula penal pueda consistir en una obligación de tracto sucesivo, precisando, sin embargo, que la solución es clara en el caso de las penas moratorias, pero si se trata de una sanción compensatoria, será necesario establecer un límite temporal. Lo contrario, añade, traduciría una tendencia a la perpetuidad, contraria a la esencia del vínculo obligacional, el mismo que nace para morir.

Para dar mayor claridad a sus argumentos, la profesora argentina señala como ejemplo un caso en el que se pactara que la falta de cumplimiento de la obligación principal determinara la obligación del deudor de pagar mil dólares diarios. Bajo esta perspectiva, Kemelmajer de Carlucci se formula una serie de interrogantes: «¿hasta cuándo debe el deudor esta cantidad?; ¿hasta que el acreedor muera?; ¿es acaso una obligación *intuitu personae* que se extingue con la muerte?».

A modo de conclusión, expresa que estas dificultades nos llevan a sostener que en la cláusula penal compensatoria de tracto sucesivo debe estipularse expresa o tácitamente un plazo resolutorio.

Compartiendo esta misma línea argumentativa, Sanz Viola¹⁶¹ manifiesta que «el objeto de la obligación penal puede estar constituido por una prestación única o por prestaciones periódicas, escalonadas o progresivas».

Por nuestra parte, coincidimos con el parecer de Kemelmajer de Carlucci en el sentido que no habría problema en considerar que la cláusula penal consista en una obligación de ejecución periódica o de tracto sucesivo, siempre y cuando se trate de cláusulas penales de naturaleza moratoria.

Sin embargo, no compartimos el criterio de la profesora argentina en lo que respecta al ejemplo propuesto, pues en él no se trata de una cláusula penal compensatoria, sino moratoria; y, como tal, su devengamiento podría tener carácter indefinido, si nunca se llegase a cumplir con la prestación adeudada y el deudor continuase en mora (con todo lo que ello implica).

Creemos que no habría obstáculo conceptual alguno para que ello suceda y discrepamos de que en estas cláusulas penales siempre deba establecerse un plazo resolutorio.

8.14. Posibilidad de que el objeto de la cláusula penal sea diferente al objeto de la obligación principal

Kemelmajer de Carlucci¹⁶² afirma que

en el caso de las penas compensatorias, gran parte de la doctrina exige que el objeto de la cláusula penal consista en una prestación diferente de lo que conforma la principal, ya que sería irrelevante estipular, por ejemplo, que si no entrega el caballo Centella en determinada fecha, deba dar

¹⁶¹ SANZ VIOLA, Ana María. *Op. cit.*, p. 66.

¹⁶² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 37 y 38.

ese mismo cuerpo cierto. En ese caso, la pena sería prácticamente inútil o mejor dicho, inexistente.

Por otro lado, Peirano Facio¹⁶³ se muestra contrario a los conceptos señalados, esgrimiendo los siguientes argumentos:

- a) No existe prohibición legal que impida la validez de una cláusula así pactada;
- b) La utilidad es palmaria en aquellos casos en que se ha pactado la acumulación de la cláusula en el cumplimiento de lo principal; y
- c) Aun cuando no se haya pactado la acumulación, el acreedor puede tener interés en el cumplimiento de la pena, y no en el (cumplimiento) de lo principal, porque el régimen al que está sometido el pago de la primera no es el mismo que el de la segunda.

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci, sosteniendo, como ya lo expresamos, una línea de pensamiento distinta a la del profesor uruguayo, busca dar respuesta a cada uno de sus argumentos. Por ello afirma, respecto al primer razonamiento, que la inexistencia de norma prohibitiva no asegura su utilidad.

Respondiendo al segundo argumento, indica que la afirmación es válida para los casos en que se han pactado prestaciones fungibles. Por ejemplo, Juan se obliga a entregar mil toneladas de trigo de determinada calidad, y si no cumple, se obliga a dar mil toneladas de idéntico producto acumulándose a las primeras. Sin embargo, Kemelmajer de Carlucci agrega que este razonamiento pierde eficacia cuando se trata de prestaciones no fungibles, como es el caso de quien se obliga a transferir un inmueble, bajo la pena de que si no lo transfi-

¹⁶³ PEIRANO FACIO, Jorge. *La cláusula penal*. Montevideo: Editorial Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1964, p. 133. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 37 y 38.

riese debe hacer tradición del mismo inmueble, porque en este caso la acumulación sería impensable.

Finalmente, con relación al tercer argumento de Peirano Facio, Kemelmajer de Carlucci expresa que respecto del sistema de la indivisibilidad no se alcanza a advertir la utilidad, en tanto y en cuanto consistiendo en el mismo objeto, siempre que la cláusula penal no fuere indivisible, lo será la principal. Pero, para el supuesto de la solidaridad de la pena y mancomunidad de la principal, resulta exacta la crítica. En efecto, Kemelmajer de Carlucci concluye sosteniendo que el acreedor tiene en ese caso interés en optar por la cláusula penal, a fin de beneficiarse con los efectos de la solidaridad.

Por nuestra parte, consideramos que la legislación nacional no prohíbe la validez del objeto de una cláusula penal que consista en una prestación idéntica a la que conforma la obligación principal, con las limitaciones que luego señalamos.

En el caso de las penas compensatorias una estipulación de este tipo resultaría en la práctica irrelevante e inútil. Esto es claro, pues bastaría con formularnos la pregunta de si la pena consistiera en lo mismo que la prestación principal incumplida, entonces cuál sería la diferencia para el acreedor si se encontrara exigiendo como penalidad algo que no pudo lograr obtener en calidad de obligación principal.

Por otra parte, coincidimos con las afirmaciones de Peirano Facio y Kemelmajer de Carlucci respecto a la utilidad que conlleva pactar el objeto de una cláusula penal, idéntico al objeto de la obligación principal, en aquellos casos en que se ha acordado la acumulación de la cláusula con el cumplimiento de lo principal. Principalmente hacemos referencia a aquellas situaciones en que se ha pactado prestaciones de bienes fungibles o de bienes inciertos. Es obvio que si se tratara de bienes ciertos, ello resultaría físicamente imposible, pues sería impensable la acumulación de un bien único e irrepetible consigo mismo.

Además, si las penalidades tuvieran carácter moratorio, no existiría problema para considerar la acumulación de la pena con la prestación principal. Ello, naturalmente, en la medida en que la obligación principal y la penalidad no consistieran en bienes o prestaciones de carácter único e irrepetible, sino que fuesen fungibles o inciertos, vale decir, que en los hechos se pudieran dar, a la vez, la obligación principal y la cláusula penal.

9. LA CAUSA FUENTE DE LA CLÁUSULA PENAL

La doctrina en general admite que la cláusula penal pueda tener como causa —fuente o título— el contrato o la convención del que forma parte. Sin embargo, los autores disienten en si esta es la única fuente, o si, por el contrario, puede nacer de la voluntad unilateral, de la ley o, incluso, de sentencia judicial.

A continuación, analizaremos cada uno de los supuestos mencionados.

9.1. El contrato como fuente de la cláusula penal

Desde luego, la fuente por excelencia de la cláusula penal es el acuerdo de las partes, es decir, el contrato.

En este sentido, manifiesta Lobato de Blas¹⁶⁴ que en la mayor parte de los supuestos, la penalidad estará integrada en una cláusula del negocio principal que garantiza (de ahí su nombre), pero no puede olvidarse, como se ha señalado, que ella puede ser constituida mediante negocio separado, lo que pone más claramente de relieve —si cabe aún— su origen contractual.

¹⁶⁴ LORATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, p. 145.

Bajo esta misma óptica, Kemelmajer de Carlucci¹⁶⁵ expresa que «la propia palabra 'cláusula' motiva —gramaticalmente— a sostener que la convención es su única fuente, porque la cláusula es la unidad elemental del contenido de la voluntad negocial».

Asimismo, Llambías,¹⁶⁶ respecto a la causa fuente de la cláusula penal, sostiene que esta tiene como causa o título, el contrato del que forma parte; como su nombre lo indica, es una cláusula del contrato.

Es evidente que las cláusulas penales emanan fundamentalmente de los contratos. De ahí su nombre. No obstante ello, y sin perjuicio de lo que analizaremos a continuación, resultaría irrelevante seguir las denominando así si su causa fuente fuera distinta.

9.2. *La voluntad unilateral como fuente de la cláusula penal*

La generalidad de los autores admite que las cláusulas penales puedan incluirse en actos creadores de obligaciones que no sean contratos, aunque en tales casos —como bien expresa Busso, citando palabras de Windscheid—¹⁶⁷ la designación «pena convencional» (o «cláusula penal», en el caso peruano) no es del todo exacta; pero lo importante es que le son aplicables los mismos principios jurídicos.

En este sentido, Kemelmajer de Carlucci,¹⁶⁸ quien al igual que nosotros admite a la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, no encuentra impedimento en sostener que la cláusula pueda emanar de actos jurídicos *inter vivos* unilaterales.

¹⁶⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 44 y 45.

¹⁶⁶ LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, *Obligaciones*, tomo I, p. 434.

¹⁶⁷ WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle Pandette*, tomo II, p. 121. Traducido por Fadda y Bensa. Torino: Editorial Unione Tip., 1930. Citado por Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 453.

¹⁶⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 46.

Esta posición —indica la profesora argentina— ha recibido acogida jurisprudencial en un interesante caso fallado por la Cámara Nacional Civil, Sala F: «El reconocimiento de su mora y el compromiso de pagar una suma mensual hasta el cumplimiento de la obligación que el vendedor asumió en una carta dirigida al contratante, no constituye una oferta que requiera aceptación para su perfeccionamiento, sino una obligación unilateral y voluntariamente asumida con el carácter de cláusula penal».

Siguiendo este mismo razonamiento, Demogue¹⁶⁹ afirma que quienes aceptan la posibilidad de crear obligaciones por acto unilateral, admiten que puedan establecerse penas en ese tipo de disposiciones: por ejemplo, documentos al portador, legados, renunciaciones de derechos que el beneficiario no podría aceptar sin cargar con la eventualidad de tener que cumplir la pena, etc.

Pérez González y Alguer¹⁷⁰ comparten lo expresado, al señalar que

[...] también puede constituirse una obligación de igual índole —que la cláusula penal— en virtud de promesa unilateral, siempre que semejante promesa sea válida, por ejemplo, mediante documento al portador, lo mismo que por legado.

Por su parte Busso,¹⁷¹ en posición contraria, considera que en realidad un particular no podría unilateralmente imponer a otro una pena, porque nadie tiene un poder jurídico punitivo o disciplinario de derecho privado que le permita producir por su sola voluntad ese efecto jurídico. Agrega el famoso profesor argentino que las

¹⁶⁹ DEMOGUE, René. *Traité des Obligations en Général*. *Op. cit.*, tomo VI, n.º 452. Citado por BUSSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 453.

¹⁷⁰ PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en las anotaciones a ENNECCERUS, Ludwig, Theodor KIPP y Martín WOLFF. *Op. cit.* Citados por: LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, p. 146.

¹⁷¹ BUSSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 453.

penas de los actos unilaterales, al igual que las obligaciones principales que dichos actos creen, son siempre efectos jurídicos que solo tienen virtualidad cuando están sustentados por la concordancia de dos voluntades.

Por nuestra parte, no encontramos inconvenientes teóricos ni prácticos para entender que las penalidades también pueden ser impuestas por actos de voluntad unilateral generadores de obligaciones.

Para ello, bastaría con citar un ejemplo.

Una persona otorga testamento. En él establece un legado en favor de un eventual legatario determinado. Muerto el testador y conocido el contenido de su declaración de última voluntad, el legatario decide convertirse en tal, aceptando el legado. Dicho legado consiste en la propiedad de un inmueble muy valioso. Pero él se halla con la imposición de un cargo, el mismo que consiste en que el legatario acepte colocar todos los días un ramo de rosas rojas sobre la tumba de la madre del causante-testador.

En el testamento también se incluyó una disposición a través de la cual el causante establecía que por cada día que el legatario no cumpliera con poner las citadas flores, debería cumplir con pagar a una institución de caridad la suma de cien dólares de los Estados Unidos de América.

Dentro de tal orden de ideas, y como ha sido dicho por nosotros desde el inicio de nuestro Tratado, gran parte de la doctrina coincide en señalar que no encuentra inconveniente en considerar al testamento como causa-fuente de obligaciones, y esa misma doctrina lo considera causa-fuente de cláusulas penales.

En este sentido, Vittorio Polacco¹⁷² expresa que no hay ningún obstáculo en denominar cláusula penal a la estipulación por la cual el testador impone al heredero una obligación accesoria en el supuesto de no cumplir con los legados impuestos.

Bajo esta línea de pensamiento, Aubry y Rau¹⁷³ manifiestan que «aunque lo normal es que la cláusula penal provenga de un contrato, parece no haber objeción para que esté contenida en un testamento, como sería el caso de cuando el testador impone al heredero una multa a favor del legatario, si no efectúa la entrega del legado en un determinado lapso, como en el ejemplo desarrollado por nosotros».

En este mismo orden de ideas, Demogue¹⁷⁴ señala que la cláusula penal puede tener su fuente en todos los actos creadores de obligaciones, aunque no sean contratos. En tal sentido, se aceptarían las multas incluidas en las disposiciones de última voluntad: en los testamentos y en las particiones hechas por ascendientes.

Otro autor que trata con precisión el tema es Trimarchi.¹⁷⁵ Este jurista considera que entre las penas de Derecho Privado se encuen-

¹⁷² POLACCO, Vittorio. *Le Obbligazioni nel Diritto Civile Italiano*. 2ª Edición. Roma: Editorial Athenoem, 1915, p. 134. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 45.

¹⁷³ AUBRY, C. y RAU, C. *Op. cit.*, tomo IV, p. 113. Citados por LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, p. 434.

¹⁷⁴ DEMOGUE, René. *Op. cit.*, tomo VI, p. 452. Citado por BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Op. cit.*, p. 173. Por su parte, Bernhard Windscheid (WINDSCHEID, Bernhard. *Op. cit.*, tomo II, p. 121. Citado por BUSSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 453) comparte lo expresado por este autor, ya que indica que las multas incluidas en las disposiciones de última voluntad: los testamentos, pueden considerarse como cláusulas penales. En pocas palabras, Windscheid afirma que el testamento puede ser causa-fuente de una obligación penal.

¹⁷⁵ TRIMARCHI, Michele. *La clausola penale*. Milano: Editorial Giuffrè. 1954 pp. 154-160. Citado por LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, pp. 146-148.

tran también «las disposiciones testamentarias a título de pena», que son aquellas

disposiciones con las cuales el testador se propone ejercer una presión psicológica a su heredero o legatario, para animarles al cumplimiento de una particular voluntad expresada por el mismo, bajo pena de una determinada desventaja patrimonial, en el caso de transgredir la voluntad antedicha.¹⁷⁶

¹⁷⁶ Al ser muy amplia la definición anotada, según Trimarchi, parece conveniente distinguir y considerar por separado las hipótesis donde el comportamiento condicionante sea necesario (jurídicamente relevante), y las hipótesis donde, en cambio, el comportamiento sea debido. Concluye el citado autor, señalando que estos dos tipos de disposiciones no pueden entrar en la misma categoría, y que únicamente se puede y se debe hablar de disposiciones testamentarias *poenae nomine* solo con relación a las disposiciones testamentarias donde la eficacia del supuesto de hecho concreto esté subordinada a la falta de verificación de un comportamiento por parte de un sujeto que está obligado a él.

Añade Trimarchi, por otra parte, que las disposiciones testamentarias a título de pena pueden provocar efectos jurídicos constitutivos, modificatorios o extintivos, según se cree una situación jurídica nueva o se modifique cualitativa o cuantitativamente, subjetiva u objetivamente, una preexistente situación jurídica, o bien se extinga esta.

Desde luego, agrega el autor, en cada uno de los casos, existirá una voluntad dirigida al establecimiento de una sanción positiva, apta para lograr el fin querido.

Esta intención de castigo puede unirse a la voluntad de beneficiar a un sujeto distinto de aquel que sufre la pena, siendo en este caso el estipulante y el beneficiario de la disposición, sujetos diferentes.

Adicionalmente, Trimarchi expresa que la disposición puede adquirir aspectos y perfiles diversos, según se mire desde el punto de vista del antedicho supuesto, o desde el punto de vista del eventual beneficiario de la disposición penal. El primer punto de vista no es susceptible de suprimirse, por la misma estructura de la disposición penal que presupone el comportamiento (a cuya violación va subordinada la cláusula del heredero o del legatario), e igualmente (de forma expresa, tácita e implícita) la existencia de un legado o de un *modus* (como determinación accesoria de otra disposición). Al respecto, precisa Trimarchi que el testamento, en sentido material, no se puede limitar a una disposición testamentaria a título de pena, pues esta no puede subsistir sola, sin otra disposición que la justifique.

Finalmente, el profesor citado concluye que desde el segundo punto de vista señalado, la concurrencia entre la voluntad de punir y la voluntad de beneficiar no se tra-

Por su parte, Lobato de Blas,¹⁷⁷ compartiendo el pensamiento de Trimarchi, manifiesta que

[...] considerando conjuntamente las disposiciones a título de pena, hay que admitir que en ellas existe una función jurídica estrictamente punitiva; siendo así la naturaleza y, sobre todo, la función de las disposiciones testamentarias a título de pena, debe admitirse, sin lugar a dudas, que constituyen verdaderas penas de Derecho Privado. La vinculación entre la obligación principal y la sanción en caso de incumplimiento son características típicas tanto de las penas privadas como de las disposiciones testamentarias a título de pena.

De otro lado, existe un importante sector de la doctrina que niega que las penas impuestas por el causante en un testamento constituyan cláusulas penales.

Entre estos autores se ubica Llambías,¹⁷⁸ quien afirma que si la cláusula penal está contenida en un testamento, solo tiene apariencia de tal, pues en verdad constituye un cargo impuesto al heredero subordinado a la condición negativa de que no cumpla el legado, o no lo cumpla en tiempo propio.

Piola,¹⁷⁹ siguiendo la misma línea argumentativa, expresa que la estipulación por la cual el testador impone al heredero una obligación accesorias, en el supuesto de no cumplir con los legados impues-

duce en conflicto alguno, considerándose que, en tal supuesto, la finalidad de beneficiar se encaje en forma subordinada y accesorias.

¹⁷⁷ LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, p. 148.

¹⁷⁸ LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I. p. 435. Por su parte, Guillermo A. Borda (BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 167) comparte lo expresado por Llambías, pues considera que existe un cargo resolutorio y no una cláusula penal, en los casos en que el testador dispone que si el legatario no cumple con el cargo establecido a favor de un tercero, perderá el beneficio.

¹⁷⁹ PIOLA, Giuseppe. «Clausola Penale», p. 366. *Digesto Italiano*. Segunda Parte, vol. VII, Torino, 1897-1902. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 45.

tos, no constituye una cláusula penal sino una modalidad de la institución hereditaria que se rige por reglas propias. Para otros, como Gatica Pacheco,¹⁸⁰

sólo cuando el heredero acepta la asignación que se le ofrece, se configura la cláusula penal, por lo que ésta no habría nacido por la sola voluntad del testador, sino por la concurrencia de dos voluntades (la del causante y la del heredero o legatario).

Finalmente, con mayor rigor lógico, dice Busso¹⁸¹ que en realidad tales «sanciones testamentarias» no son cláusulas penales. Recuerda el citado profesor, que estas cumplen una función indemnizatoria, la cual es característica de las mismas. En cambio, aquellas no tienen por objeto reparar daños y perjuicios, razón por la cual deben ser interpretadas en función de las normas regulatorias del cargo y solo subsidiariamente, a falta de disposición expresa, aplicar por analogía las disposiciones sobre cláusula penal.

A nuestro entender, y como ya lo manifestamos, las penas impuestas por el causante en un testamento sí constituyen cláusulas penales. Ello, a pesar de que las sanciones testamentarias no tienen por finalidad obtener la reparación de un perjuicio en el patrimonio del causante. En consecuencia, si bien es cierto que no cumplen la función indemnizatoria que es una de las características de las cláusulas penales, sí cumplen con la función compulsiva, que también las caracteriza.

A modo de conclusión, reiteramos que la voluntad unilateral sí puede ser causa-fuente de una obligación penal. En este sentido, so-

¹⁸⁰ GATICA PACHECO, Sergio. *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1959, p. 240. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 45.

¹⁸¹ BUSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 453.

mos del parecer que si es factible que los particulares den nacimiento a obligaciones, también lo será que un particular pueda, unilateralmente, imponer a otro una pena.

Esto porque no obstante que nadie tiene un poder jurídico punitivo o disciplinario de derecho privado que le permita producir por su sola voluntad ese efecto jurídico, el cual solo tiene virtualidad —como expresa Busso— cuando está sustentado por la concordancia de dos voluntades, para que surtan efectos los actos nacidos de la voluntad unilateral se requiere que el eventual beneficiario de los mismos manifieste su asentimiento para obtener dichos efectos.

Por ello, coincidimos con Piola en el extremo de que para que origine efectos una cláusula penal fruto de un acto unilateral, resultará absolutamente necesario que el deudor de la penalidad (la contraparte) manifieste su voluntad de convertirse en tal (en deudor), al haber aceptado las condiciones impuestas por el disponente de la cláusula penal, ya sea por acto unilateral *inter vivos* o *mortis causa*.

9.3. La ley como causa-fuente de la cláusula penal

Resulta preciso determinar si la ley puede ser o no causa-fuente de una obligación penal.

Para algunos autores —como Von Thur—,¹⁸² no hay razón conceptual en negar carácter de cláusula penal a las sanciones fijadas por las leyes para los casos de incumplimiento de obligaciones de origen legal, ni tampoco a las indemnizaciones legalmente tarifadas, porque

¹⁸² VON THUR, Andreas. *Op. cit.*, tomo II, p. 236. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 49. Esta parece ser la opinión de Colmo (COLMO, Alfredo. *De Las Obligaciones en General*, p. 165. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1961) y de Busso (BUSSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 454), con relación a las indemnizaciones tarifadas.

ellas entrañan, en el fondo, una interpretación de la voluntad de las partes.

En esta línea de pensamiento, Lobato de Blas¹⁸³ expresa que «aun cuando pudiera parecer extraño que una figura denominada 'pena convencional' pueda nacer de algo ajeno a la voluntad de las partes, no cabe duda alguna de la posibilidad de su origen legal».

Bajo esta perspectiva, Busso¹⁸⁴ manifiesta que, a veces, es la misma ley la que impone ciertas formas de indemnización que pueden equipararse a las cláusulas penales. «Es lo que ocurre, por ejemplo, en materia de transportes terrestres, con la disposición del artículo 88 del Código de Comercio, que fija las multas en que incurre el porteador en caso de retardo». Añade el profesor argentino, que al defi-

¹⁸³ LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, pp. 144 y 145. El citado autor fundamenta su análisis en las disposiciones de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de España, del 12 de enero de 1973, la cual preceptúa en su artículo 148, numeral 2, sobre los Planes Individuales de Mejora, que: «Estos contratos quedarán sujetos al ordenamiento jurídico-administrativo, siéndoles de aplicación lo establecido en el artículo 18 de la Ley de Contratos del Estado, y concordantes de su Reglamento, y en ellos se incluirá una cláusula penal, aplicable en los supuestos de incumplimiento, cuya cuantía no podrá ser superior al costo de las obras, mejoras y trabajos que hayan dejado de realizarse y que como sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios se exigirá en función de la entidad del incumplimiento de que se trate». (Las letras cursivas son nuestras).

¹⁸⁴ BUSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 454. También el autor manifiesta que pueden constituir cláusulas penales ciertos recargos que contienen las leyes fiscales cuando el contribuyente no paga la cuota en tiempo oportuno. Respecto a esto último, Kemelmajer de Carlucci (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 49) expresa que alguna jurisprudencia ha llegado a asimilar los recargos proporcionales al tiempo de demora a una pena moratoria, cuando considera que «la multa en materia de impuestos es un accesorio de los mismos, y si bien emana de la ley es equiparada a una cláusula penal que tiene por objeto el cumplimiento de la prestación y prefijar los daños». Finalmente, Busso indica que son usuales las cláusulas penales en las leyes administrativas que reglamentan la concesión de servicios públicos.

nir la naturaleza de esa norma, la Corte Suprema de su país expresa lo siguiente:

Es una cláusula penal que la ley establece por sí misma, en parte para excitar la actividad de la administración ferroviaria, y en parte para liquidar en forma rápida y fácil las numerosas pequeñas controversias que, en caso contrario, surgirían dando lugar a una infinidad de litigios incompatibles con el interés del comercio y con el regular funcionamiento de la economía ferroviaria.

Por otro lado, encontramos cierto sector de la doctrina que niega que la ley pueda ser causa-fuente de una obligación penal.

Siguiendo esta posición, Kemelmajer de Carlucci¹⁸⁵ afirma que este tipo de indemnizaciones legalmente tarifadas tienen una naturaleza muy distinta de la cláusula penal. Tanto es así que, como indica con acierto De Cupis,¹⁸⁶ presentan el carácter de inmutabilidad absoluta, es decir, los jueces no pueden reducirlas ni ampliarlas. En cambio, precisa Kemelmajer de Carlucci, las cláusulas penales son inmutables solo relativamente.

Además, respecto de este tema, la profesora citada considera que si bien el Estado es soberano para imponer sanciones civiles contra quienes incumplen obligaciones de origen legal, estas por su fuente y su carácter de necesidad, en cuanto a la imposición, no pueden asimilarse a las cláusulas penales, que se caracterizan por ser voluntarias. Añade, asimismo, que «las cláusulas penales nacen de la voluntad, y en este sentido pueden ser catalogadas de arbitrarias o accidentales».

Concluye dicha jurista señalando que las sanciones legales integran el acto con independencia de la voluntad de las partes. Por eso,

¹⁸⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 49 y 50.

¹⁸⁶ DE CUPIS, Adriano. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 49 y 50.

precisa que tampoco aquí procede la facultad de reducir los montos fijados legalmente, salvo que la ley se declare inconstitucional por ser violatoria del derecho de propiedad.

Creemos conveniente recordar las palabras de Gatica Pacheco,¹⁸⁷ quien respecto a lo señalado por Kemelmajer de Carlucci manifiesta que

[...] todo lo dicho no obsta para que sanciones legales y cláusulas penales, en algunos aspectos generales, estén sujetas a los mismos principios generales por ser ambas especies del género común (sanción civil).

Nosotros disentimos del pensamiento de Kemelmajer de Carlucci, porque consideramos que la ley sí puede ser causa-fuente de una obligación penal, ya que esta última, al igual que cualquier otra obligación, perfectamente puede nacer de la voluntad humana o de la ley.

Debemos agregar que no observamos razón alguna para debatir sobre el tema, en la medida que los tres argumentos que se aducen para negar la naturaleza de «cláusulas penales» a las penalidades impuestas por la ley, realmente carecen de sustento.

En primer término, si bien es cierto que la denominación «cláusula penal» indica o denota claramente un origen contractual o convencional, ello no constituiría un obstáculo lo suficientemente sólido como para que nos encontremos impedidos de denominar «cláusula penal» o «penalidad» o «pena» a aquellas penas impuestas por la ley. Se trata de un episódico problema de nomenclatura. Es, pues, algo de forma mas no de fondo.

Luego, se señala que para la existencia de la cláusula penal es necesaria la presencia de la voluntad de las partes, indicándose que en la

¹⁸⁷ GATICA PACHECO, Sergio. *Op. cit.*, p. 240. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 50.

ley no podrá estar presente esa voluntad. Resulta evidente que en una penalidad impuesta por la ley no estará presente la voluntad humana; pero ello es obvio, pues ahí la única voluntad que interesa es la única que podrá existir: la de la propia norma legal.

Negar el carácter de penalidad por el hecho de que no existe presencia de la voluntad humana, equivaldría a asignar al concepto de cláusula penal una esencia contractual apriorística, la misma que no se deduce de su concepto ni de su naturaleza.

Y, finalmente, no admitir el carácter de cláusula penal a las penalidades impuestas por la ley, por el hecho de que ellas no sean susceptibles de reducirse a solicitud del deudor (en el caso peruano por las razones que señala el artículo 1346 del Código Civil), no implica que tal situación devenga en determinante de su naturaleza jurídica.

Lo único que podría derivarse de tal hecho es la conclusión de que en torno a la mutabilidad o inmutabilidad de la cláusula penal, existiría un régimen paralelo con respecto a las penalidades de origen convencional. Esto y nada más.

9.4. La sentencia como causa-fuente de la cláusula penal

Afirma Windscheid¹⁸⁸ que la cláusula penal puede ser también impuesta por el juez, y aunque reconoce que no constituye específicamente una relación contractual, sostiene que no existen impedimentos en aplicarle la normativa del instituto bajo estudio.

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci¹⁸⁹ —en posición contraria a la expresada por Windscheid— señala que la postura del autor ale-

¹⁸⁸ WINDSCHEID, Bernhard. *Op. cit.*, tomo II, p. 121. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 50.

¹⁸⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 50 y 51.

mán implica un desplazamiento de los principios relativos al Derecho de Obligaciones hacia otras zonas del Derecho.

En opinión nuestra una sentencia judicial no puede ser causafuente de una obligación penal, ya que en estos casos la cláusula penal no nace de una resolución judicial. Los magistrados, simplemente, imponen las penalidades que corresponde aplicar, ya sea que estas hubieran tenido su origen en la voluntad humana o en la ley.

10. LA CAUSA-FIN DE LA CLÁUSULA PENAL

En torno de este tema, es pertinente determinar si la cláusula penal posee o no una causa-fin distinta de la del acto principal, cuyo cumplimiento asegura.

Dentro de tal orden de ideas, Trimarchi¹⁹⁰ señala que este elemento estructural «es la piedra de toque a fin de determinar la autonomía conceptual de la cláusula penal».

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

¹⁹⁰ TRIMARCHI, Michele. *Op. cit.*, p. 26. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 51.

A veces ambas causas-fines —añade el jurista italiano—, se hallan en situación de complemento, pero otras pueden presentarse en relación de mutua «indiferencia».

Concluye Trimarchi indicando que, incluso en algunas oportunidades, es la propia cláusula penal la que impide el cumplimiento del fin previsto en el negocio principal.

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

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci¹⁹¹ —respecto a lo expuesto por Trimarchi— manifiesta que «para quienes sostienen que la cláusula penal no es sino una simple liquidación anticipada de los daños y perjuicios, es evidente que ella no tiene una causa final específica, sino que siempre se identifica con la de la convención principal».

Sin embargo, la profesora argentina agrega que tanto para ella, como para el Derecho Argentino, la cláusula penal cumple una función ambivalente, es decir, tiene una finalidad compulsiva e indemnizatoria, por lo que apareciendo *ab initio* la primera, la existencia de la causa final propia parece innegable.

A nuestro parecer, y como lo hemos expresado oportunamente, la penalidad cumple un fin múltiple.

Dentro de esa finalidad diversa, ella, por un lado, tiene carácter compulsivo, ya que se pacta para reforzar el cumplimiento de la obligación principal; y por otro, tiene carácter indemnizatorio, pues

¹⁹¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 51 y 52.

constituye una liquidación anticipada de los daños y perjuicios ante el incumplimiento por el deudor de la obligación principal.

En este sentido, consideramos que la cláusula penal, desde la óptica de su función compulsiva, posee una causa-final propia, distinta de la del negocio principal cuyo incumplimiento sanciona. Por ejemplo, si tomamos el contrato de compraventa como acto principal, podremos percibir que la causa-final del mismo, que es la transferencia de la propiedad de un bien a cambio del pago de un precio —finalidad que se encuentra prevista por el artículo 1529¹⁹² del Código Civil—, difiere de la función que desempeña la obligación penal.

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

A modo de conclusión, anotamos que a nuestro criterio, el Código Civil de 1984, con respecto a la función que cumple la cláusula penal, sigue la línea de pensamiento antes esbozada. En efecto, dicho cuerpo normativo, en su artículo 1341, recoge la finalidad plural que desempeña la pena. Por lo expuesto podemos afirmar que nuestra le-

¹⁹² El artículo 1529 del Código Civil Peruano de 1984 preceptúa lo siguiente: «Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero».

gislación civil otorga a la cláusula penal una finalidad propia específica, distinta a la de la obligación u obligaciones principales.

11. FORMALIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

Al abordar el tema de la formalidad de la cláusula penal nos estamos refiriendo, como precisa Diez-Picazo,¹⁹³ a «un conjunto de solemnidades exteriores que son consideradas como un necesario vínculo de expresión de la voluntad contractual, la cual debe quedar exteriormente revestida de ellas con el fin de que alcance plena validez y eficacia jurídica».

En este sentido, Busso¹⁹⁴ expresa que en el campo de la pena convencional impera la libertad de formas y de fórmulas. Es decir, la cláusula penal no requiere ninguna formalidad especial, así como tampoco de fórmulas sacramentales. Es más, agrega el profesor argentino, «no es menester que se hable literalmente de pena o multa: basta con que sea clara la intención de las partes en el sentido de fijar una determinada prestación indemnizatoria para el caso de retardo o incumplimiento».

En la misma línea de pensamiento, Lobato de Blas¹⁹⁵ señala que «la cláusula penal, en sí misma considerada, no exige requisitos especiales para su constitución, si bien su establecimiento ha de constar con claridad».

Igual opinión comparte Mosset Iturraspe,¹⁹⁶ quien afirma que «la cláusula es no formal, no requiere solemnidad prevista por la ley».

¹⁹³ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. «El sentido histórico del Derecho Civil». p. 171. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Noviembre 1959. Citado por LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, pp. 134 y 135.

¹⁹⁴ BUSSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 454.

¹⁹⁵ LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, pp. 139 y 140.

¹⁹⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge. «La cláusula penal». *Revista del Notariado*, n.º 755, 1977, p. 1229. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 52 y 53.

Habiendo libertad de formas, podría convenirse por cualquier medio, incluso verbalmente.

Por nuestra parte opinamos que debe quedar en claro que la formalidad y los formulismos relativos a la cláusula penal, son dos temas distintos.

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

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

En lo que respecta al contenido de la cláusula penal, la ley no establece fórmulas sacramentales, vale decir, determinadas expresiones que necesariamente deban utilizarse para tal efecto.

No obstante ello, consideramos que la cláusula penal necesariamente deberá pactarse de manera expresa —como en su oportunidad lo señalamos—, pues las penalidades no pueden inferirse tácitamente, dada la injusticia que representaría su imposición cuando su propio origen resultara dudoso o incierto.

En tal sentido, es importante que las partes sean lo suficientemente claras al expresar en qué consiste la penalidad, porque el Derecho de Obligaciones se basa en que tanto deudor como acreedor conozcan con exactitud en qué consiste aquello que se va a cumplir.

Por lo expuesto, es evidente que la cláusula penal debe ser determinada, o al menos determinable, es decir, susceptible de determina-

ción ulterior, sin que para dicha determinación resulte necesario que intervengan las partes contratantes, como en ocasión anterior lo hemos estudiado.

Pero, partiendo de la premisa de que exista el pacto de penalidad y que el mismo fuese válido, debemos insistir que los alcances de la pena también deben ser determinados o claramente determinables.

Nos estamos refiriendo, desde luego, no a la existencia de la penalidad, sino a su monto o cuantía.

Al igual que con su propia existencia, no se puede ser ambiguo en cuanto a los alcances o cuantía de la penalidad. Aquí siempre resultará necesario efectuar una interpretación de carácter restrictivo, por la natural primacía de un criterio de equidad, de acuerdo con conceptos antes desarrollados.

Por otro lado, como expresa Kemelmajer de Carlucci,¹⁹⁷

El Derecho italiano plantea solución distinta a la expuesta, en torno a la formalidad que debe cumplir la cláusula penal. El Código Civil Italiano de 1942 en sus artículos 1341 y 1342 dispone que «las condiciones generales del contrato establecidas por uno de los contratantes serán eficaces respecto del otro si en el momento de la conclusión del contrato éste las ha conocido o hubiera debido conocerlas usando la diligencia ordinaria. En todo caso no tendrá efecto, si no fuesen específicamente aprobadas por escrito las condiciones que establezcan a favor del que las ha impuesto, limitaciones de responsabilidad, facultades de rescindir el contrato o suspender su ejecución, o sancionen a cargo del otro contratante caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones con terceros, prórroga o renovación tácita del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones a la competencia de la autoridad judicial».

¹⁹⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 53.

La profesora citada añade que dicho cuerpo normativo prescribe que

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

En este orden de ideas, Andrea Magazzu,¹⁹⁸ considera que siempre que la cláusula penal se inserta entre las condiciones generales del contrato o que haya sido incluida en formularios, requerirá la forma escrita.

Más explícitamente, Trimarchi¹⁹⁹ entiende que en el caso de cláusulas insertas en formulario es menester distinguir si ellas están impuestas a favor del deudor de la obligación principal o del acreedor. Solo en este último caso, precisa el citado autor, se requiere la forma escrita, pues no se puede imponer al deudor una pena, si específicamente no resulta su efectiva participación (mediante la aprobación por escrito) en la formación del consentimiento.

Por nuestra parte, y con relación a la formalidad de las cláusulas penales que estén comprendidas en contratos por adhesión o celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación, esa formalidad será —como disposiciones accesorias que son las cláusulas penales— la misma de los contratos que integren.

Precisamos que el Código Civil Peruano otorga a este tema una amplia regulación entre sus artículos 1390 y 1401. Nosotros no va-

¹⁹⁸ MAGAZZU, Andrea. «Clausola Penale». En *Enciclopedia del Diritto*. 1960, tomo VII, p. 192. Cita de KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 53.

¹⁹⁹ TRIMARCHI, Michele. *Op. cit.*, p. 139. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 53 y 54.

mos a ingresar a esta materia porque ella es de orden específicamente contractual.

Ahora bien, un problema en torno a la forma que debe adoptar la pena convencional radica, como expresa Lobato de Blas,²⁰⁰ en el hecho de si la cláusula penal debe estar sujeta o no a las mismas formalidades previstas para la obligación principal. Ello como consecuencia de considerarse a la pena convencional en su relación con la convención principal que garantiza.

El aspecto señalado se refiere —como indica Lobato de Blas— al supuesto de una cláusula penal considerada no como integrante de un negocio principal, sino como un negocio separado, es decir, que su constitución se haya realizado con posterioridad al que originó la obligación principal y en un documento independiente. El dilema que aquí se plantea es el determinar si en el documento en el que se estipula la cláusula penal han de concurrir o no las mismas formalidades que en el otorgamiento de aquel en que se pactó la obligación principal. Asimismo, este problema podría presentarse —como bien lo hace notar Kemelmajer de Carlucci—²⁰¹ aun cuando habiéndose estipulado en el mismo instrumento, la pena exija, por su naturaleza, una forma más rigurosa que la de la obligación principal.

En este sentido, un grupo minoritario de autores propugna la no sujeción de la pena convencional a las formalidades de la obligación principal, cuyo cumplimiento garantiza.

Peirano Facio,²⁰² principal representante de este parecer, se ha pronunciado por el principio de «la independencia de las formas»,

²⁰⁰ LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, p. 136.

²⁰¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 52.

²⁰² PEIRANO FACIO, Jorge. *Op. cit.*, p. 118. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 52 y 53.

fundado no solo en la carencia de una norma legal que obligue a seguir la forma de la principal, sino también en algunos antecedentes de Derecho antiguo.

Además —agrega el autor citado— la regla de que lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal es solo en razón de la «existencia» (si una es nula, también lo es la otra) y no en razón de la «naturaleza», porque lo contrario, podría llevar a conclusiones absurdas.

Por otro lado, un amplio sector de la doctrina argumenta que la cláusula penal —convenida con posterioridad al momento en que se estipuló la obligación principal— debe seguir la misma formalidad que se pactó, en su oportunidad, para la convención que garantiza.

Siguiendo esta línea de pensamiento, Von Thur²⁰³ señala que

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

Compartiendo lo expresado, Lobato de Blas²⁰⁴ manifiesta que el hecho de que la cláusula penal adopte las mismas formalidades que la obligación principal cuyo cumplimiento garantiza, encuentra justificación en la idea de accesoriedad. En este sentido, el profesor español recoge las palabras de Hernández Gil,²⁰⁵ quien indica que la distinción entre prestaciones principales y accesorias «traduce la idea de

²⁰³ VON THUR, Andreas. *Op. cit.*, p. 236. Citado por LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, p. 136.

²⁰⁴ LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, p. 136.

²⁰⁵ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Derecho de Obligaciones*. Madrid, 1960, p. 127. Citado por LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, p. 136.

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

Siguiendo este criterio, Lobato de Blas²⁰⁶ expresa que es lógico pensar que si la accesoriedad lleva como consecuencia el que la obligación accesoria siga la misma suerte que la obligación de que dependa, tal característica o efecto habrá de aplicarse no solo en los momentos últimos de la vida de la obligación (nulidad, extinción, etc.), sino también en los primeros, como es el momento de la constitución.

Abundando en los mismos conceptos, Lobato de Blas agrega que

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

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci²⁰⁷ también se adhiere a la tesis que aplica la regla de la accesoriedad. En este sentido, la profesora argentina toma las palabras de Von Wetter,²⁰⁸ quien señala que «en cuanto a la forma basta un simple pacto si la cláusula va unida a un contrato de buena fe, pero si va unida a un contrato de estricto derecho, es necesaria una estipulación».

²⁰⁶ LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, p. 137.

²⁰⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 54 y 55.

²⁰⁸ Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 54.

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

Busso²⁰⁹ comparte lo expresado por Kemelmajer de Carlucci, pues considera que «si la cláusula penal accede a un acto que tiene formas especiales, debe la cláusula convenirse con las formalidades propias a dicho acto».

Por nuestra parte, consideramos que el Código Civil Peruano de 1984, en torno a este tema, se adhiere a la regla de la accesoriadad.

Es cierto que nuestra legislación civil carece de norma expresa sobre el particular; sin embargo —siguiendo el pensamiento de Bustamante Alsina—,²¹⁰ al ser la cláusula penal una obligación accesoria convenida por las partes, se rige por los principios generales de la forma y prueba de los contratos. Dentro de tal orden de ideas, el artículo 1352 del Código Civil Peruano prescribe que «los contratos se per-

²⁰⁹ BUSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 455.

²¹⁰ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Op. cit.*, p. 172.

feccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad».

En consecuencia, si la cláusula penal va unida a un contrato que no requiere forma especial prevista por la ley, basta el simple pacto o cualquier medio para constituirlo, sin perjuicio de las dificultades probatorias que puedan presentarse. En cambio, si dicha cláusula va unida a un contrato cuya formalidad ha sido expresamente señalada por la ley como requisito de validez, entonces deberá estipularse sujetándose a la misma forma prevista para el contrato cuyo cumplimiento garantiza.

Por otro lado, debe aclararse —como lo expresa Kemelmajer de Carlucci²¹¹ que siendo la cláusula penal un negocio jurídico con estructura propia, es factible que por su propio objeto requiera, ella misma, de determinada solemnidad. La profesora argentina señala como ejemplo el caso en el que se pactara que la falta de cumplimiento de una obligación principal, determinará la del deudor de donar cierto inmueble a un tercero. Producido el incumplimiento de la obligación principal, si el «donatario» exige el cumplimiento de la donación deberá acreditar que esta se formalizó en escritura pública.

Concluye la citada profesora afirmando que cuando la pena exija, por su naturaleza especial, que conste en instrumento público, ella deberá documentarse en la forma que el régimen general le imponga, dejando de lado el principio de accesoriadad.

En esta línea de pensamiento, Lobato de Blas²¹² expresa que no sería suficiente el carácter de accesoriadad respecto de la obligación

²¹¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 55.

²¹² LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, p. 138.

principal, para que tal régimen pudiera ser derogado, al ser más severa la forma exigida para la pena.

Debe concluirse, según dicho autor, que en tales casos la pena convencional deberá constar en la forma que el régimen general le imponga, al ser más estricto que el impuesto a la obligación principal, y no sería paliativo de su posible nulidad el argumento de que la obligación principal, de la que es accesoria, consta en forma distinta.

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

Por lo demás, lo reiteramos, el tema solo tendrá relevancia cuando la penalidad se convenga con posterioridad al acto cuya obligación garantiza.

Si se tratara de una penalidad incluida en el mismo acto, entonces resultará evidente que este deberá cumplir con la formalidad más severa que imponga la más formal de sus estipulaciones o cláusulas. Siendo ello así, es decir, si se sigue la citada regla, la penalidad siempre será válida y nunca carecerá del mencionado requisito de solemnidad.

12. LOS SUJETOS

Señala Lobato de Blas²¹³ que al configurarse la cláusula penal como una obligación que constituye un vínculo o relación jurídica es necesario que medien en ella un sujeto activo o acreedor (*creditor, reus stipulandi*), que tiene derecho a exigir y recibir la prestación, y un sujeto pasivo o deudor (*debitor, reus promittendi*), sobre el cual pesa el deber de ejecutarla.

Estos sujetos son, en suma, como lo pone de relieve Albaladejo,²¹⁴ las personas ligadas por el vínculo. Así pues, añade, siempre hay dos partes: la deudora y la acreedora.

Ello nos permite afirmar que resulta de palmaria evidencia que en la inmensa mayoría de casos las partes de la obligación principal coincidirán —en las mismas condiciones o calidades— con las partes de la obligación emanada de la cláusula penal, por una simple cuestión lógica y natural: quien incumple con su obligación principal deberá ejecutar, como sanción, la penalidad convenida.

Salvo casos excepcionales que nos encargaremos de precisar, carecería de sentido el que sea un tercero y no el deudor quien deba cumplir con la penalidad pactada. Estimamos que tal situación relativizaría, en gran medida, el carácter compulsivo de la cláusula penal, lo que no ocurre, sin duda, si el beneficiario de la cláusula penal es un tercero.

Sanz Viola²¹⁵ coincide con lo expresado, al indicar que los sujetos de la obligación penal, en principio, son los mismos que los de la obligación principal garantizada.

²¹³ LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, p. 127.

²¹⁴ ALBALADEJO, Manuel. *Op. cit.*, p. 14.

²¹⁵ SANZ VIOLA, Ana María. *Op. cit.*, p. 65.

Asimismo, Kemelmajer de Carlucci²¹⁶ sostiene que, al igual que en todas las obligaciones, se requiere que los sujetos sean distintos (entre sí), que estén determinados o que sea posible su determinación y, finalmente, que tengan capacidad.

Por nuestra parte, consideramos evidente lo señalado por la profesora citada, en la medida en que, más allá de ser accesoria, la cláusula penal es una obligación común y corriente. En tal sentido, el Derecho de Obligaciones no acepta la idea de que acreedor y deudor sean la misma persona. Ahí, simplemente, se estaría extinguiendo la obligación de manera automática, en virtud de la consolidación, medio extintivo regulado por el Código Civil en los artículos 1300 y 1301, que se presenta cuando se reúnen en una misma persona las calidades contradictorias de acreedor y deudor.

Pero, ¿cuál es la capacidad necesaria para estipular una cláusula penal?

Piola²¹⁷ sostiene que debe diferenciarse la cláusula penal emanada de un contrato de aquella que reconoce una fuente distinta. Para el primer caso, señala que se requiere la misma capacidad que para contraer la obligación principal; en el segundo, exige la capacidad necesaria para constituirse en deudor de actos que exceden la mera administración.

Esta posición, precisa dicho autor, tiene su fundamento en el carácter accesorio de la obligación pactada y en su función indemnizatoria: si la cláusula no es más que la traducción de los daños y perjuicios provenientes del incumplimiento que el deudor principal ha

²¹⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 28.

²¹⁷ PIOLA, Giuseppe. «Clausola Penale». En *Digesto italiano*. Torino, 1897-1902, Parte II, vol. VII, p. 366. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 28.

contraído, basta para contratarla la misma capacidad que se requiera para la principal.

Este planteamiento es rechazado por Kemelmajer de Carlucci, quien, a efectos de refutarlo, recuerda lo expresado por Peirano Facio:²¹⁸

[...] a poco que se ahonde en la cuestión se verá que puede ocurrir, en razón de la función compulsiva, que la cláusula penal signifique una prestación mucho más onerosa que la principal. Por ello los pandectistas alemanes hablan de «los efectos agravados del contrato». En consecuencia, la capacidad requerida dependerá del objeto que sea el contenido de la prestación penal; normalmente, será necesaria la capacidad jurídica para disponer.

Por nuestra parte, coincidimos con lo expresado por Kemelmajer de Carlucci y Peirano Facio. Resulta evidente que en algunos casos la penalidad, que por lo general es más gravosa que la obligación principal, requerirá de mayores rigores en cuanto a la capacidad para obligarse.

Sería el caso, por citar un ejemplo ilustrativo, de un menor de edad que contraiga una obligación como consecuencia de un contrato relacionado con la satisfacción de las necesidades de su vida diaria (argumento del artículo 1358 del Código Civil de 1984).

Imaginemos que su obligación principal consista en pagar 1,000 dólares americanos a cambio de la computadora que la vendedora le vende; y que en el contrato de compraventa se establezca que de no cumplir con su obligación, el deudor deberá pagar una penalidad

²¹⁸ PEIRANO FACIO, Jorge. «La Cláusula Penal». *Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo*, 88. Montevideo, 1964. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 28 y 29.

consistente en la transferencia de un inmueble de su propiedad, a favor del acreedor.

En este caso, es claro que para contraer la obligación principal, conforme a lo establecido por el numeral 1358 del Código Civil, no se requerirá de autorización alguna de los padres o tutores del menor; en cambio, también resulta claro que la cláusula penal adolecería de nulidad si es que no hubiese sido estipulada con el concurso, participación y declaración de voluntad de los padres del menor.

12.1. El deudor de la obligación principal como deudor de la cláusula penal

Anota Kemelmajer de Carlucci²¹⁹ que no cabe duda alguna de que el mismo deudor de la obligación principal pueda someterse al pago de la pena en los casos de incumplimiento, o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Bajo esta perspectiva, Lobato de Blas²²⁰ señala que

encuadrando a la cláusula penal dentro de los llamados medios de garantía, y más concretamente, en los de carácter personal, habrá de afirmarse que el sujeto pasivo de la misma deberá coincidir con el sujeto pasivo de la obligación principal que garantiza, pues en otro caso la figura quedará desvirtuada.

Nosotros no nos atreveríamos a formular tan categórica afirmación, sin antes haber analizado los dos supuestos previstos en los acápite 12.2. y 12.3., que siguen.

²¹⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 31.

²²⁰ LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, pp. 127 y 128.

No obstante, cabe recordar que el Código Civil Peruano de 1984, en el artículo 1341,²²¹ hace referencia explícita a que la penalidad deberá ser pagada por el deudor. Pero entendemos que tal referencia no resulta —de manera alguna— excluyente, pues lo único que se ha hecho es legislar sobre la situación más común que se presenta en la práctica. Sin duda, los supuestos en que la penalidad no es asumida por el deudor resultan teóricamente posibles, a pesar de ser inusuales.

12.2. El acreedor de la obligación principal como deudor de la cláusula penal

Al respecto, Kemelmajer de Carlucci²²² expresa que el acreedor de la obligación principal puede ser también el sujeto pasivo de la cláusula penal. La profesora argentina fundamenta su afirmación en el hecho de que la vida en relación exige inevitablemente la colaboración de ambas partes. El acreedor que no ayuda a su deudor para hacer más adecuado, fácil y menos oneroso su cumplimiento, pudiéndolo hacer sin gravamen serio para él, está contraviniendo el deber general de buena fe impuesto por el ordenamiento. Por eso señala Kemelmajer de Carlucci,

[...] no es dudoso que pueda pactarse una cláusula penal para los casos de incumplimiento por el acreedor del deber de colaboración. Por ejemplo, Juan se obliga a entregar a Pedro en la estancia de éste una cantidad de animales, comprometiéndose Pedro a pagar determinada suma por cada día de retraso en su recepción. De esta manera, Juan trata de preve-

²²¹ Como se recuerda, el artículo 1341 del Código Civil prescribe que «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».

²²² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 31 y 32.

nir eventuales gastos de traslado y depósito, reforzando la obligación de Pedro de recibir lo adquirido.

En estos casos nos encontramos ante el supuesto de mora del acreedor. A tal efecto debemos recordar lo establecido por el artículo 1338 del Código Nacional, en el sentido que «El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación».

También debe tenerse presente que el Código de 1984 prescribe como regla general, con sus correspondientes excepciones, para la constitución en mora, la intimación, y no la mora automática (argumento del artículo 1333). En tal sentido, debe quedar en claro que si el acreedor no realizara los actos de colaboración correspondientes, no por ello se hallaría constituido en mora, sino que sería necesario que el deudor lo requiriera para que los realice. Ello, naturalmente, salvo que nos encontremos en la posibilidad de aplicar —*mutatis mutandis*— alguno de los supuestos de mora automática previstos por los incisos 1 al 4 del artículo 1333 del Código Civil.

Por otra parte, es necesario recordar que dicho Código hace expresa referencia a las consecuencias de la mora del acreedor, cuando en el artículo 1339 prescribe que

«El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso» y cuando en el numeral 1340 establece que «El acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor».

12.3. *Terceros, ajenos a la obligación principal, como deudores de la cláusula penal. Las relaciones entre la cláusula penal y la fianza*

Busso²²³ manifiesta que cuando un tercero se obliga a pagar la pena para el caso de incumplimiento por parte del deudor, se aplican subsidiariamente las reglas de la fianza. Con relación a este tema, Enneccerus y Lehmann²²⁴ señalan que no existe cláusula penal sino fianza; y Llambías²²⁵ entiende que existe una «especie» de fianza que se rige por las reglas de este contrato. De igual manera, Bustamante Alsina²²⁶ considera que cuando un tercero se obliga mediante una cláusula penal, la situación jurídica de este es análoga a la de un fiador que limita su responsabilidad al monto de la pena estipulada.

Como es evidente, las semejanzas entre la cláusula penal y la fianza aparecen cuando la cláusula penal ha sido estipulada por un tercero que se obliga con respecto al acreedor a ejecutar a su favor una prestación para el caso de que el deudor no cumpla con ejecutar la prestación o retarde su ejecución.

Si bien posteriormente detallaremos las diferencias entre estos dos medios de garantía, digamos, por el momento, como bien manifiesta Kemelmajer de Carlucci,²²⁷ que esta identidad presentará algunos escollos.

En primer lugar, el artículo 1873²²⁸ del Código Civil Peruano de

²²³ BUSSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 466.

²²⁴ ENNECCERUS, Ludwig y Heinrich LEHMANN. *Derecho de las Obligaciones*. Traducido por Pérez González. Segunda Edición, tomo I. Barcelona: Bosch, 1954.

²²⁵ LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo IV, p. 435.

²²⁶ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Op. cit.*, p. 173.

²²⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 32 y 33.

²²⁸ El artículo 1873 del Código Civil Peruano dispone que «Sólo queda obligado el fia-

1984, complementado con lo expresado por el artículo 1874²²⁹ del propio Código, constituye un obstáculo importante a la hipotética solución propuesta de identificar a la fianza con la cláusula penal. La norma establece que el fiador no puede asumir mayores obligaciones que el deudor principal. Con relación a esto último, la citada profesora argentina señala el caso de la pena compensatoria, la cual, como sabemos, usualmente es de un valor superior a la obligación principal.

En segundo término, es pertinente recordar lo preceptuado por el artículo 1879²³⁰ del Código Civil, el mismo que dispone que el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin previa excusión de todos los bienes del deudor. Al respecto, coincidimos con Kemelmajer de Carlucci,²³¹ quien duda en pensar que el tercero que se comprometió al pago de la cláusula penal goce de este derecho, ya que el incumplimiento del deudor hace nacer a favor del acreedor un derecho de opción a reclamar la prestación principal o la pena. Por ello, estima que este derecho a optar *ad libitum*, impide que ante la acción del acreedor el tercero obligado a la pena pueda pretender que previamente se ejecuten los bienes del deudor.

Por nuestra parte, consideramos que esos conceptos son claros, pues cuando se produzca el incumplimiento de la obligación principal garantizada por una cláusula penal a pagar por un tercero, el

dor por aquello a que expresamente se hubiese comprometido, no pudiendo exceder de lo que debe el deudor. Sin embargo, es válido que el fiador se obligue de un modo más eficaz que el deudor».

²²⁹ El artículo 1874 del Código Civil Peruano prescribe que «Si se produce el exceso a que se refiere el artículo 1873 la fianza vale dentro de los límites de la obligación principal».

²³⁰ El artículo 1879 del Código Civil Peruano expresa que «El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de los bienes del deudor».

²³¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 329 y 330.

acreedor se dirigirá directamente contra dicho tercero para cobrar la penalidad convenida, a menos que el cumplimiento de la obligación principal todavía resulte posible (caso en el cual el acreedor podría optar por dirigirse contra el deudor de la obligación principal). O si se tratase de una cláusula penal moratoria, supuesto en el cual el acreedor, además de exigir al tercero la penalidad convenida, también podría exigir al deudor el cumplimiento de la obligación principal.

Luego, cuando se estipula una fianza, el tercero generalmente se obliga a ejecutar la misma prestación que el deudor principal, es decir, su obligación casi siempre consiste en cumplir la prestación que el deudor omitió. En cambio, el tercero que estipula una cláusula penal se obliga a una prestación distinta, cualitativa o cuantitativamente, de la prometida por el deudor. Cabe aclarar, sin embargo, que la ley peruana no impide que el objeto de la prestación del fiador consista en uno incluso absolutamente diferente de aquel del deudor de la obligación afianzada. Ni el artículo 1868 del Código Civil ni ninguna otra de las normas relativas a la fianza establecen restricción alguna sobre el particular.

Al respecto, y en razón del ordenamiento legal argentino, Kemelmajer de Carlucci²³² afirma que la cláusula penal puede o no ser de la misma naturaleza que la obligación principal. Cita como ejemplo que el deudor se obligue a entregar un caballo y el tercero se comprometa —para el caso de que el deudor no cumpla— a entregar 30 hectáreas de tierra. En cambio, anota la citada profesora: «la fianza no puede tener por objeto una prestación diferente de la que forma la materia de la obligación principal».

²³² KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Íd.*, *Op. cit.*, p. 329.

Esta afirmación, cierta para la legislación de su país, no resulta aplicable al Derecho Peruano, ya que aquí la prestación materia de fianza sí puede ser diferente de aquella afianzada.

Por nuestra parte, consideramos que el régimen legal peruano a este respecto es acertado, en la medida en que la garantía del cumplimiento —que implica la fianza— no necesariamente tendría por qué ser en la especie prometida por el deudor cuya obligación se encuentra garantizada.

El mecanismo de la fianza implica la búsqueda de una finalidad satisfactoria del acreedor que se ve perjudicado por el incumplimiento; y esa satisfacción podría darse con la ejecución de idéntica prestación o con la ejecución de una prestación de diferente especie, la misma que resulte equivalente para el acreedor.

Eso sí, en el caso de la fianza, por más que el objeto de la obligación del fiador sea distinto de aquel del deudor, por lo general deberá mantener similar valor que esta última prestación. Lo contrario ocurre como regla en las cláusulas penales compensatorias, cuyo valor generalmente supera al de la obligación principal, dada su función compulsiva.

Pero de todo lo que venimos expresando, nos queda la sensación de que podrían existir determinados supuestos en los que resulte dudoso (en el sentido de duda insoluble, naturalmente) si estamos en presencia de una fianza o de una cláusula penal.

Es pertinente tomar en cuenta lo expresado por Kemelmajer de Carlucci,²³³ quien considera importante desentrañar la voluntad de las partes a fin de determinar cuál fue la figura querida. Agrega que

²³³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 32 y 33.

deben aplicarse por analogía, a estas cláusulas penales, las disposiciones relativas a la fianza por ser el contrato más afín en todo lo que no fuera incompatible. El problema radica —precisa la profesora citada— en saber qué es lo compatible. A su criterio, son todas aquellas normas que regulan los modos extintivos, las relaciones entre deudor y fiador, con lo que no queda claro si se está refiriendo a la relación interna entre ambos o al funcionamiento de la fianza en sí misma.

Nosotros no estamos convencidos de que en estos supuestos deban ser materia de aplicación analógica las normas de la fianza a la cláusula penal.

Estimamos que en caso de duda insoluble debería entenderse como que se ha constituido una fianza y no una cláusula penal, en la medida que el Derecho, por lo general, ante la duda insoluble sobre si se trata de una figura u otra, debe optar por aquella que resulta de mayor frecuencia entre los contratantes; y, sin duda, es mucho más común una fianza que una cláusula penal en donde es un tercero, y no el deudor, quien deba ejecutar la prestación.

Por otra parte, es necesario analizar el supuesto de si un fiador pudiese afianzar únicamente la obligación penal (cláusula penal), dejando al margen la obligación principal. Consideramos que esta situación, si bien lejana en la práctica, sí podría presentarse.

El artículo 1868 del Código Civil Peruano prevé el tema en el sentido más amplio posible, cuando expresa que «Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si ésta no es cumplida por el deudor».

Dado el texto de la norma, y considerando que no cabe distinguir donde la ley no distingue, podemos afirmar que no existe inconveniente en que el fiador se obligue a responder únicamente por el

cumplimiento de alguna o de algunas de las obligaciones del deudor principal, en este caso, de la obligación accesoria que se deriva de la cláusula penal.²³⁴

Por otro lado, también interesa determinar si constituida una fianza que no fuese limitada (es decir, que fuese ilimitada), el fiador responderá o no de la cláusula penal que garantizaba la obligación principal.

Antes de abordar el tema, resulta pertinente recordar lo establecido por el artículo 1878 del Código Civil, precepto que expresa que «La fianza, si no fuere limitada, se extiende a todos los accesorios de la obligación principal, así como a las costas del juicio contra el fiador, que se hubiesen devengado después de ser requerido para el pago».

Este supuesto es analizado por Lobato de Blas,²³⁵ quien llega a la conclusión de que no cabe incluir la obligación penal, porque la cláusula penal, como medida de garantía de las obligaciones es, desde luego, accesoria a la obligación principal. En este sentido depende necesariamente de ella, pero no puede confundirse con los «accesorios» de la obligación, nomenclatura nacida de la división general de las cosas (principales, accesorias, pertenencias, etc.). En consecuencia, respecto al problema de la fianza que no fuere limitada (ilimitada), según indica Lobato de Blas,²³⁶ resulta necesario hacer una doble distinción para dar una solución de criterio al mismo.

Por nuestra parte, pensamos que no debería distinguirse dentro del texto del artículo 1878 del Código Civil entre los accesorios habi-

²³⁴ Comparten nuestra línea de pensamiento, Ana María Sanz Viola (SANZ VIOLA, Ana María. *Op. cit.*, p. 65) y Jesús María Lobato de Blas (LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, p. 128).

²³⁵ LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, pp. 128 y 129.

²³⁶ LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, pp. 129 y 130.

tualmente entendidos como tales y la cláusula penal, también entendida como accesoria de la obligación principal.

Además, no hallamos razones de equidad o de justicia para efectuar una interpretación restringida de los alcances de la fianza, en torno de la materia que constituye objeto de la obligación principal o afianzada.

Lobato de Blas, dada la notoria complejidad del tema, efectúa un análisis detallado del mismo, distinguiendo una serie de factores que conducen a opiniones disímiles.

Así, estudia el supuesto de la pena convencional pactada en el mismo documento que la obligación principal (cláusula penal propiamente dicha). Al respecto, manifiesta que

[...] es de presumir que la fianza en virtud de la cual se garantizara la obligación principal abarcaría también a la obligación penal y ello porque resulta lógico pensar que, conocido el documento en el que se integra la obligación afianzada, se conoce en el mismo acto la existencia de la cláusula penal, por lo que, si no hay una expresa exclusión de la misma, ésta como tal cláusula entrará dentro del ámbito o extensión de la fianza realizada.

Nosotros estamos de acuerdo con lo expresado por dicho jurista, dadas las razones aducidas cuando sostuvimos que esta figura (la fianza) no debe entenderse en su aplicación a la cláusula penal, sin que exista motivo aparente.

Por lo demás, resulta claro que este primer supuesto anotado por Lobato de Blas resultaría el de más frecuente ocurrencia; y es, por cierto, aquel que estaría constituyendo valor entendido en el análisis efectuado por nosotros.

El segundo caso que plantea está constituido por el supuesto de la pena convencional pactada en documento separado.

Considera Lobato de Blas que este supuesto es distinto del anterior y agrega que,

[...] como la pena convencional fue contraída en documento separado, no puede darse esa presunción de conocimiento simultáneo al de la obligación principal que se afianza, y entonces, por los mismos razonamientos expuestos anteriormente, y a mayor abundamiento, el que la pena convencional no puede incluirse, como se ha dicho, en el término 'accesorios' [...], habrá de concluirse excluyendo del ámbito de la fianza realizada a la pena convencional.

Finaliza el autor citado señalando que se dejará siempre a salvo la voluntad de las partes, plasmada en los oportunos documentos, voluntad que, desde luego, puede expresar o desechar tácitamente las presunciones referidas.

Sanz Viola²³⁷ comparte lo expresado por Lobato de Blas, y anota que en caso de existir un fiador que garantizase la obligación principal, este puede también serlo de la obligación penal. Expresa que,

[...] el que la fianza se extienda o no a la obligación penal depende de la voluntad de las partes. Si la cláusula penal se pactó en el mismo acto que la obligación principal se puede presumir la extensión de la fianza a la obligación penal; sin embargo, si la cláusula penal se pactó en un acto distinto no se puede presumir su conocimiento por el fiador y consecuentemente no se extiende la fianza a la obligación penal.

Con relación al segundo supuesto planteado por Lobato de Blas, coincidimos en el sentido que si la penalidad no constase en el mismo documento que ha dado origen a la obligación principal, el fiador probablemente desconocería la existencia y los alcances de la penalidad pactada.

²³⁷ SANZ VIOLA, Ana María. *Op. cit.*, p. 65.

Pero creemos que lo importante aquí, más que el hecho de que la penalidad conste en documento separado, estriba en la consideración de que el fiador no se encuentre en aptitud de conocer la penalidad, habida cuenta de que la misma solución resultaría aplicable a cualquier otra estipulación contractual que generara obligaciones para el deudor y que no hubiese sido puesta en conocimiento del fiador.

12.4. La cláusula penal y la promesa de la obligación o del hecho de un tercero

Consideramos importante referirnos al supuesto analizado por Busso,²³⁸ quien manifiesta que el deudor podrá prometer como prestación penal el hecho o la obligación de un tercero que no interviene en la convención. Esta situación se regiría por las disposiciones de los artículos 1470 a 1472²³⁹ del Código Civil Peruano.

Para analizar la materia precisa indicarse que la afirmación de Busso parte de la idea de asignar a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero una función de orden resarcitorio, en la medida que se le pacte como cláusula penal.

Al respecto y por tratarse de una cláusula penal común y corriente, no habría problema para prometer como penalidad la obligación o el hecho de un tercero, en lugar de una prestación propia del deudor.

²³⁸ BUSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 466.

²³⁹ El artículo 1470 del Código Civil Peruano prescribe que «Se puede prometer la obligación o el hecho de un tercero, con cargo de que el promitente quede obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido, respectivamente».

El artículo 1471 establece que «En cualquiera de los casos del artículo 1470, la indemnización a cargo del promitente tiene el carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero».

Y el artículo 1472 del Código Civil Peruano preceptúa lo siguiente: «Puede pactarse anticipadamente el monto de la indemnización».

El problema estribaría en la circunstancia de que el tercero no cumpliera con aquello prometido por el promitente.

No obstante, aquí se aplicarían todos los conceptos relativos a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, los cuales reseñamos a continuación.

Como expresamos al estudiar el tema fundamental de las obligaciones de medios y resultados, se llega a la conclusión de que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero es una figura o mecanismo contractual a través del cual el promitente puede prometer al promisorio que un tercero asumirá con respecto de este último cualquier obligación posible y lícita, o que dicho tercero realizará cualquier acto de las mismas características.

Sin embargo, nosotros no coincidimos con las opiniones esbozadas por la doctrina de nuestra tradición jurídica acerca de su naturaleza.

Si bien, por una parte, resulta seductora la posición que sostiene que estamos frente a una obligación de garantía (pues si el tercero no cumple el hecho o no se obliga de acuerdo con lo prometido por el promitente, este último deberá indemnizar al promisorio), por otra parte también reviste interés un último planteamiento formulado por Manuel de la Puente, en el sentido de que el promitente, además de lo señalado, asume el deber de actuar con la diligencia ordinaria requerida con el propósito de persuadir a ese tercero a fin de que asuma una obligación ante el promisorio o cumpla un hecho en su favor.

Pero los conceptos enunciados merecen algunas objeciones de fondo.

La primera estriba en que el promitente nunca está prometiendo la realización de una prestación propia, ya sea de dar, de hacer o de no hacer, pues aquello que constituye objeto de la promesa, es decir objeto de la obligación del promitente, es que el tercero haga

algo o se obligue a algo (previamente convenido entre promitente y promisario).

Es probable que en un caso de esta naturaleza, el promitente despliegue determinadas actividades a fin de lograr que el tercero realice el hecho o contraiga la obligación. En buena cuenta, podría interesar al promitente ejecutar estas gestiones, si ellas van a conducirlo a obtener un resultado positivo respecto de aquello que ha prometido.

Pero debe quedar en claro que el promitente no está prometiendo que él mismo hará algo, vale decir que no está obligándose a la ejecución de una prestación propia, sino a que se ejecute una prestación ajena. Así, si hiciera algo no es porque ese hacer constituya objeto de su obligación, sino que actuaría por considerarlo conveniente a sus intereses, pues bien podría mantenerse en total inactividad, lo que equivale a decir que no hiciera absolutamente nada y, no obstante ello, se produjera el hecho o la obligación del tercero.

Indudablemente la promesa de la obligación o del hecho de un tercero es una figura que no puede ser explicada dentro de los cánones habituales del Derecho de Obligaciones y Contratos, partiendo de la idea de que en este caso se produce el quebrantamiento de la existencia de la prestación, entendida como la actividad que debe realizar el deudor para pagar, consistente en un dar, un hacer o un no hacer; ello porque en la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, el deudor no debe dar, hacer o no hacer absolutamente nada, ya que simplemente ha prometido que se producirá la obligación o el hecho del tercero.

El promitente asume con el promisario un deber jurídico de contenido patrimonial consistente en que el tercero se obligue o realice un hecho determinado. Pero este deber jurídico de contenido patrimonial, con características atípicas que le permitiría integrar una clasificación más de las obligaciones y deberes, carece de prestación pro-

pia, ya que aquí el promitente (deudor), en estricto, no debe realizar absolutamente nada para que la prestación del tercero se cumpla (para que el tercero se obligue o haga algo).

En estos casos estamos en presencia de una obligación *sui generis*, pues no tiene prestación propia sino prestación ajena, y el tercero no se encuentra obligado a cumplir con ella.

El segundo elemento que resulta de interés y que respalda el criterio de que el deber jurídico aludido no deja, en rigor, de ser una obligación, es que la figura posee indudablemente el elemento de coerción propio del Derecho de Obligaciones.

En efecto, si la promesa asumida por el promitente, cuando fuere incumplida, no acarree ninguna consecuencia jurídica, tal promesa de la obligación o del hecho de un tercero no sería algo distinto de un deber moral, pues sería irrelevante que se cumpliera o no lo prometido (en cuanto a las consecuencias jurídicas respecto del deudor promitente). A este le daría lo mismo si se cumple o incumple el objeto de la promesa, porque en caso de incumplimiento no se vería expuesto a sanción alguna.

Es claro que si alguien promete algo, sin la existencia de una contraprestación que ejecute el promisario a favor del promitente, no habríamos salido del campo de los deberes morales. Todo esto se reduciría a un conjunto de «buenas intenciones», que no merecerían que el Derecho se detenga a analizar y a dar sustento.

Ahora bien, imaginemos un caso similar, pero en el cual el promisario sí asumiese frente al promitente la obligación de pagarle una contraprestación, si es que el tercero ejecutara o se obligara a lo prometido por el promitente.

En este caso, el ejemplo ya se acercaría más a uno con contenido jurídico, pues el compromiso asumido por el promitente, de tener

éxito, va a merecer una compensación o retribución por parte del promisorio; pero el tema todavía no se encontraría completo, en la medida que se hubiera pactado que si el tercero no ejecutara el hecho prometido o no se obligara, el promitente nada estaría obligado a pagar al promisorio. Una situación así sería cuestionable acerca de si pudiese formar parte del Derecho de Obligaciones, en la medida que el tema carecería del elemento de coerción, ocurriendo, en la práctica, que el promitente deudor podría «dejar de cumplir», perdiendo el derecho a la contraprestación convenida, pero viéndose libre de cualquier deber indemnizatorio frente al promisorio.

Sin embargo, hemos empleado expresiones condicionales para referirnos a si este caso formaría parte del Derecho de Obligaciones, en tanto que al no haberse obligado el promitente a la ejecución de una prestación propia, sino a una prestación ajena, dicha prestación, en lo que respecta a las actividades propias del promitente, sería una prestación vacía.

Así, visto el tema desde esta perspectiva, no repugnaría al Derecho que el promitente, ante el incumplimiento de su promesa, no tenga deber alguno de indemnizar al promisorio.

No obstante, admitimos que una situación como la descrita resultaría altamente discutible. Pero la regulación que el Código Peruano ha dado al tema nos releva de tener que plantearnos un supuesto como el que acabamos de anotar, en la medida en que a través del artículo 1470 se establece que el promitente quedará obligado a indemnizar al promisorio si es que no se llegara a cumplir lo prometido. Es más, el artículo 1472 establece que incluso podría pactarse de manera anticipada el monto de dicha indemnización.

Resulta discutible, sin embargo, que el artículo 1471 establezca que la indemnización a cargo del promitente tenga carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero. Ello, por-

que la expresión «sustitutoria» nos hace recordar la mecánica de las obligaciones facultativas, en donde existe una prestación principal y una accesoria, debiendo el deudor cumplir con la prestación principal, pero teniendo la facultad de sustituirla con la accesoria.

Empero, en la obligación facultativa la sustitución a que hemos aludido no opera de manera subsidiaria, ante la imposibilidad de cumplimiento de la prestación principal, pues si la prestación principal fuese nula o imposible de cumplir, la obligación facultativa se extinguiría, aunque la prestación accesoria fuera válida o posible de cumplir (argumento del artículo 1160 del Código Civil Peruano).

En la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, el deudor no goza de esa facultad de sustitución en el pago, ya que mientras esté vigente el plazo pactado para que se produzca el cumplimiento de la obligación o el hecho del tercero, el promitente no podría liberarse pagando la «indemnización» sustitutoria.

De lo expuesto podemos concluir que la prestación sustitutoria de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, no es una prestación que represente una alternativa para el pago.

Nos queda claro que de no cumplirse la obligación o el hecho del tercero, el promitente deudor deberá pagar la indemnización, como una especie de sanción, no precisamente resarcitoria, como veremos más adelante. Pero también resulta claro que si se incumpliera lo prometido y se pagara la indemnización, el promitente deudor habría cumplido, pero no aquello que prometió, pues el tercero ni se obligó ni realizó acto alguno.

El promitente paga la prestación indemnizatoria con carácter subsidiario, ya que el Derecho entiende que si él no tenía, dentro de la esfera de sus posibilidades, la de cumplir por sí mismo con aquello que prometió, si no se produce el hecho o la obligación del tercero, dicha promesa incumplida (por más que haya implicado una pres-

tación ajena) no podría quedar impune. De ahí que se prevea la referida prestación sustitutoria, que, en realidad, como se ha dicho, tiene carácter subsidiario, la misma que sí implica una prestación en sentido estricto, pues puede y debe ser ejecutada por el promitente deudor.

La denominada prestación sustitutoria no tiene carácter indemnizatorio, aunque así la califique el Código Civil, por cuanto entendemos que no está destinada a resarcir daños y perjuicios, sino simplemente a reemplazar la promesa que no se ha podido cumplir.

Por ello, nada tendría de extraño que la denominada prestación sustitutoria de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, consista en bienes distintos al dinero, o, incluso, en prestaciones de diversa naturaleza, ya sean de hacer o de no hacer. Este es, sin duda, otro rasgo importante que distingue a este tipo de obligaciones de aquellas de carácter resarcitorio, las mismas que —por regla general y salvo casos de excepción como los de una cláusula penal— siempre consistirán en dinero.

13. PACTO Y EXIGENCIA DE COBRO DE CLÁUSULAS PENALES POR PARTE DE MANDATARIOS

Para analizar este tema resulta pertinente dividir nuestro estudio en dos áreas: Una primera, en la cual abordamos el tratamiento del pacto y exigencia de cobro de cláusulas penales por mandatarios de personas naturales, y una segunda en la que examinamos el pacto y exigencia de cobro de las mismas por mandatarios de personas jurídicas.

13.1. Pacto y exigencia de cobro de cláusulas penales por mandatarios de personas naturales

En primer término, precisa indicarse que el artículo 1790 del Código Civil Peruano prescribe que «Por el mandato el mandatario se obliga

a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante».

Luego, debemos recordar que el Código prevé dos modalidades de mandato: el mandato con representación y el mandato sin representación. El primero de ellos es recogido por el artículo 1806²⁴⁰ del propio Código, precepto que establece que el mandato es con representación, cuando el mandatario fuera representante del mandante por haber recibido poder para actuar en su nombre. El mandato sin representación, por su parte, es definido por el artículo 1809²⁴¹ del mismo cuerpo legal, como aquel donde el mandatario —que actúa en nombre propio— adquiere los derechos y las obligaciones derivadas de los actos que celebra en interés y por cuenta del mandante. No obstante lo expresado, según el artículo 1807²⁴² del Código, se presume, en principio, que el mandato es con representación.

Es pertinente para nuestro análisis tomar en cuenta lo previsto por el artículo 1792²⁴³ del Código Civil, el mismo que establece que el mandato comprende no solo los actos para los cuales ha sido con-

²⁴⁰ El artículo 1806 del Código Civil establece lo siguiente: «Si el mandatario fuere representante por haber recibido poder para actuar en nombre del mandante, son también aplicables al mandato las normas del título III del Libro II.- En este caso, el mandatario debe actuar en nombre del mandante».

²⁴¹ El artículo 1809 del Código Civil prescribe que «El mandatario que actúa en nombre propio adquiere los derechos y asume las obligaciones derivados de los actos que celebra en interés y por cuenta del mandante, aun cuando los terceros hayan tenido conocimiento del mandato».

²⁴² El artículo 1807 del Código Civil dispone que «Se presume que el mandato es con representación».

²⁴³ El artículo 1792 del Código Civil establece lo siguiente: «El mandato comprende no sólo los actos para los cuales ha sido conferido, sino también aquellos que son necesarios para su cumplimiento».

El mandato general no comprende los actos que excedan de la administración ordinaria, si no están indicados expresamente».

ferido, sino también aquellos que son necesarios para su cumplimiento. Agrega la norma que el mandato general no comprende los actos que excedan de la administración ordinaria, si no están indicados expresamente.

En este sentido, resulta cuestión dudosa la de resolver si el mandatario que obliga al deudor a quien representa al pago de la obligación principal, requiere o no del otorgamiento de poderes especiales para la constitución de una cláusula penal que garantice el cumplimiento de dicha obligación.

Consideramos que si el mandatario de una persona natural (deudor de la obligación principal) se obligara a una cláusula penal con el acreedor, ante el incumplimiento del deudor, sin poder expreso para estipular la penalidad, ello excedería de la administración ordinaria y constituiría, más bien, un acto de disposición indebida del patrimonio del mandante. Así, para pactar la cláusula penal, tal mandatario requeriría de poderes especiales y no tan solo de facultades generales o de aquellas conferidas para contraer la obligación principal.

Nuestro parecer se sustenta en lo establecido por el artículo 155 del Código Civil Peruano, en el sentido que «El poder general sólo comprende los actos de administración.- El poder especial comprende los actos para los cuales ha sido conferido». A lo expresado agregamos lo previsto por el artículo 156 del referido cuerpo legal: «Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad».

Por otro lado, respecto a la exigencia o posibilidad de cobro de la cláusula penal por mandatarios de personas naturales (acreedor de la penalidad y, a su vez, mandante), ante el incumplimiento de la obligación principal por el deudor, ese mandatario, en el plano extrajudicial, requerirá de facultades especiales para dicha cobranza, ya que

esta excede de la mera administración ordinaria y, además, si interpretamos *contrario sensu* el artículo 1792 del Código Civil, obtendremos como resultado que todos aquellos actos que excedan la administración ordinaria y no se hallen expresamente indicados en el mandato, deberán estar comprendidos en un mandato especial.

Asimismo, el mandatario del acreedor de la obligación principal (mandante) podrá exigir judicialmente el cobro de la cláusula penal previamente pactada, ante el incumplimiento del deudor, si tiene facultades especiales. Así lo prescribe el artículo 75 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil,²⁴⁴ citado a pie de página.

13.2. Pacto y exigencia de cobro de cláusulas penales por mandatarios de personas jurídicas

Respecto de este tema es preciso preguntarnos qué tipo de facultades necesitará el mandatario de una persona jurídica (mandante y a su vez deudora de la obligación principal) —especialmente en el caso de la sociedad anónima—, a fin de pactar en nombre de esta última una penalidad para el eventual incumplimiento de la obligación principal.

En este sentido, sostenemos que el mandatario requerirá de facultades especiales. Nuestro parecer se desprende del artículo 188²⁴⁵ de

²⁴⁴ El artículo 75 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil Peruano prescribe lo siguiente:

Artículo 75.- «Facultades especiales.- Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás actos que exprese la ley.

El otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de literalidad. No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente».

²⁴⁵ El artículo 188 de la Ley General de Sociedades dispone lo siguiente:

Artículo 188.- «Atribuciones del Gerente.

la Ley General de Sociedades, en particular de los previsto en sus incisos primero y segundo.

Dicho inciso segundo también debe concordarse con lo prescrito por el artículo 75 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, el mismo que ya ha sido citado, y que —como se recuerda— establece que se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar en juicio todos los actos de disposición de derechos sustantivos. Además, como lo hemos anotado, el mandatario, al pactar una cláusula penal en nombre y por cuenta del mandante, ante el incumplimiento de la obligación asumida por este último, está realizando un acto de disposición patrimonial en representación del mandante.

Por otra parte, corresponde analizar si el mandatario de una persona jurídica requiere o no de facultades especiales para exigir el pago, es decir, para cobrar la cláusula penal, judicial o extrajudicialmente, en nombre y por cuenta de su mandante.

Las atribuciones del gerente se establecerán en el estatuto, al ser nombrado o por acto posterior.

Salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la junta general o del directorio, se presume que el gerente general goza de las siguientes atribuciones:

1. Celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social;
2. Representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil;
3. Asistir, con voz pero sin voto, a las sesiones de directorio, salvo que éste acuerde sesionar de manera reservada;
4. Asistir, con voz pero sin voto, a las sesiones de la junta general, salvo que ésta decida en contrario;
5. Expedir constancias y certificaciones respecto del contenido de los libros y registros de la sociedad; y,
6. Actuar como secretario de las juntas de accionistas y del directorio».

En el plano extrajudicial el mandatario de una sociedad anónima, o sea el gerente general, no necesitará de poderes especiales para exigir el pago de la cláusula penal, por tratarse de un acto de administración inherente a su cargo. En este sentido, y como ya lo indicamos, el gerente general de toda sociedad anónima goza de ciertas atribuciones que le confiere la ley en función del cargo que ocupa. Por ello, el inciso 2 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades, preceptúa que el gerente goza de las facultades especiales previstas en el Código Procesal Civil.

Aquí se comprenden aquellos actos que constituyan el ejercicio de un derecho crediticio (derecho crediticio que pertenece a la sociedad), el cual consistirá en exigir, por cuenta y en interés del mandante, el cobro de la cláusula penal ante el incumplimiento de la obligación principal por el deudor. En buena cuenta, el cobro de una penalidad es el equivalente al reclamo de un crédito del cual es titular la propia sociedad, independientemente de cuál fuese su origen.

Lo mismo ocurre en el plano judicial, en que el gerente general, como mandatario de una sociedad anónima, podría exigir el cobro de la penalidad pactada ante el incumplimiento de la obligación principal por el deudor, haciendo uso de las facultades que le concede la ley, las mismas que se encuentran contenidas —como ya ha sido dicho— en el inciso 2 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades y en el artículo 74 del Código Procesal Civil.²⁴⁶

²⁴⁶ El artículo 74 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil prescribe lo siguiente:

Artículo 74.- «Facultades Generales.- La representación judicial confiere al representante las atribuciones y potestades generales que corresponden al representado, salvo aquellas para las que la ley exige facultades expresas. La representación se entiende otorgada para todo el proceso, incluso para la ejecución de la sentencia y el cobro de costas y costos, legitimando al representante para su intervención en el proceso y realización de todos los actos del mismo, salvo aquellos que requieran la intervención personal y directa del representado».

A modo de conclusión, para que el mandatario de una persona jurídica cobre (exija el pago) la penalidad en el ámbito judicial, a nombre de dicha persona jurídica, bastará que haga uso de las facultades generales que le concede el inciso 2 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades, de las cuales el gerente general es titular en función del cargo que desempeña.

14. BENEFICIARIOS DEL PAGO DE LA CLÁUSULA PENAL

Cabe ahora plantear el supuesto de si es posible la estipulación de una cláusula penal a favor de un tercero.

En este sentido, Kemelmajer de Carlucci²⁴⁷ considera que normalmente la cláusula penal se establece en favor del acreedor o del titular del deber (cuando accede a simples deberes que no son típicamente obligaciones), pero nada impide que beneficie a un tercero.

Bajo esta misma perspectiva se pronuncian Roca Sastre y Puig Brutau,²⁴⁸ quienes afirman que si bien la obligación derivada de la pena convencional consistirá comúnmente en una prestación, de la clase que fuere, a favor del acreedor, «nada impide que consista en una prestación a favor de un tercero, por ejemplo de la beneficiencia». En igual sentido, Busso²⁴⁹ expresa que puede darse el caso en que la prestación penal se prometa en favor de una persona que no interviene en el otorgamiento de la convención.

En relación con el supuesto planteado, es necesario recordar que para Pachioni²⁵⁰

²⁴⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 33.

²⁴⁸ ROCA SASTRE, R.M. y J. PUIG BRUTAU. *La Cláusula Penal en las Obligaciones Contractuales*. Estudios de Derecho Privado. Madrid: Edersa, 1948, p. 277. Citados por LOBATO DE BIAS, Jesús María. *Op. cit.*, p. 130.

²⁴⁹ BUSSO, Eduardo B., *Op. cit.*, tomo IV, p. 466.

²⁵⁰ PACHIONI, Giovanni. *Los Contratos a favor de tercero*. Introducción. Madrid, 1948 p.

es contrato a favor de tercero, en sentido técnico, solamente aquel que realizado válidamente entre dos personas, pretende atribuir un derecho a una tercera que no ha tenido parte alguna, ni directa ni indirectamente, en su tramitación y perfección, y que, no obstante, logra el atribuir efectivamente a esa tercera persona un derecho propiamente suyo; derecho que no puede estimarse como propio del que estipuló tal contrato y cedido luego al tercero, o simplemente ejercido por éste en lugar de aquél.

En esta línea de pensamiento, Roca Sastre²⁵¹ señala que quienes figuran en el contrato o estipulación a favor de otro son llamados «promitente», que es el obligado a realizar la prestación para el tercero; «promisario o estipulante», que es el que acepta esa promesa; y «tercero o beneficiario», que es quien adquiere el derecho a la prestación del promitente.

Con estos antecedentes, como bien manifiesta Lobato de Blas,²⁵² será extraordinariamente frecuente el observar cómo cláusulas penales cuya prestación aparentemente consista en una estipulación a favor de tercero, no sean tales. En este sentido, el artículo 1458²⁵³ del Código Civil Peruano preceptúa que «[...] será necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso de ese derecho, para que sea exigible».

Al respecto, Lobato de Blas²⁵⁴ añade que la práctica viene demostrando cómo en la mayoría de los casos no existe la referida acepta-

XVIII. (Traducción de Osset). Citado por LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, p. 130.

²⁵¹ ROCA SASTRE, R. M. «Estipulaciones a favor de tercero». En *Estudios de Derecho Privado*. Madrid, 1948, tomo I, p. 211.

²⁵² LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, p. 131.

²⁵³ El artículo 1458 del Código Civil Peruano dispone que: «El derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato. Empero, será necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso de ese derecho, para que sea exigible, operando esta declaración retroactivamente».

²⁵⁴ LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, p. 131.

ción del tercero, el cual no adquiere derecho alguno a exigir, al menos de forma directa, el contenido de la estipulación, o esta última se configura en términos dudosos o poco claros; de tal forma que el tercero solo queda autorizado a recibir la prestación pactada, sin adquirir derecho a la misma, ni estar facultado —en consecuencia— para exigirla.

Este es el caso, como señala Roca Sastre,²⁵⁵ del *adiectus solutionis gratia* (persona que el acreedor designa para recibir el pago) del Derecho Romano, que Enneccerus, Kipp y Wolff²⁵⁶ califican de contrato impropio a favor de tercero, y que Von Thur²⁵⁷ denomina falsos contratos a favor de terceros o contratos con prestaciones a terceras personas.

Por nuestra parte —y en lo que respecta al Derecho Peruano— no encontramos inconveniente teórico o práctico, para que se pacte una cláusula penal en favor de tercera persona.

De conformidad con lo establecido por el artículo 1457 del Código Civil, «Por el contrato en favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona.- El estipulante debe tener interés propio en la celebración del contrato».

Es evidente que aquí podrían presentarse diversas hipótesis.

Una primera consistiría en que el contrato, en su integridad, haya sido pactado en favor del tercero. Esto significaría que el tercero resultaría ser el beneficiario, tanto de la prestación principal, como de

²⁵⁵ ROCA SASTRE, R.M. *Op. cit.*, pp. 211 y 212.

²⁵⁶ ENNECCERUS, Ludwig, Theodor KIPP y Martin WOLFF. *Op. cit.*, tomo II, vol. I, p. 172.

²⁵⁷ VON THUR, Andreas. *Tratado de las Obligaciones. Op. cit.*, p. 172.

la prestación accesoria o penalidad. Entendemos que en estos casos, si el tercero hubiese manifestado su aceptación a ser titular de los derechos que han surgido a su favor en virtud del contrato celebrado entre estipulante y promitente, dicho tercero podría exigir tanto la obligación principal como la penalidad pactada, de ser el caso. Ello en virtud a que el referido tercero no estaría sujeto a condicionalidad alguna respecto de la exigibilidad de la obligación principal, así como a la posibilidad de darla por resuelta y, si fuese el caso, exigir el cumplimiento de la respectiva penalidad, a título compensatorio.

Nada obstaría, tampoco, a que el tercero pudiese exigir el cumplimiento de la penalidad con carácter acumulativo, si ella tuviera la condición de moratoria.

Un segundo supuesto, distinto del anterior, sería aquel en el cual el estipulante y el promitente no hubieren pactado la integridad del contrato en favor del tercero, sino que se hubiese contraído la obligación principal en beneficio del estipulante y la cláusula penal en favor del tercero.

En este caso, resulta obvio de que no se trataría de un contrato en favor de tercero, sino de una estipulación o cláusula en favor de tercero. En estricto, sería una penalidad convenida en favor de tercero.

Complementa nuestro análisis lo expresado por Kemelmajer de Carlucci,²⁵⁸ quien afirma que no debe creerse que en todos los casos en que exista una estipulación en favor de un tercero en la convención, se traslada a este el poder de decisión sobre si debe cumplirse la prestación principal o la accesoria. Este derecho —precisa la profesora argentina— queda reservado, salvo pacto expreso en contrario, en cabeza del acreedor. Por consiguiente, solo cuando este opta por la

²⁵⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 33 y 34.

cláusula penal compensatoria se configurará la estipulación a favor del tercero. En cambio, añade, cuando se hubiese pactado una cláusula penal moratoria o cuando la compensatoria fuese acumulativa, el tercero podrá exigir el cumplimiento de la obligación si la hubiese aceptado y hecho saber al obligado antes de ser revocada.

Con criterio similar se pronuncia Llambías,²⁵⁹ quien sostiene que cuando se pacta el beneficio de la pena a favor de un tercero, este no adquiere dicho beneficio en el momento del incumplimiento del deudor, sino luego de la opción del acreedor en el sentido de hacer efectiva la pena, pues debe tenerse presente que aquel puede elegir el cumplimiento específico o *in natura* de la obligación, si resulta factible.

Bustamante Alsina²⁶⁰ comparte lo expresado por Llambías, al señalar que si se pacta el beneficio de la pena a favor de un tercero, este adquiere el derecho después de la opción del acreedor por la obligación penal, ya que antes de ello el acreedor podría decidirse por exigir el cumplimiento de la prestación principal si el mismo aún fuese posible.

Precisa tenerse en cuenta el pensamiento de Spota,²⁶¹ quien considera que la cláusula tiene un mecanismo propio, *sui generis*, por lo que no pueden trasladarse, sin más, los principios generales relativos a la estipulación en favor de tercero. Por esta razón, agrega, en la compensatoria simple otorgamos la acción directa al beneficiario solo después de que el acreedor optó por la pena.

Si solo se tratase de una penalidad pactada en beneficio de tercero, y el contrato en general, es decir las obligaciones principales que

²⁵⁹ LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, p. 435.

²⁶⁰ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Op. cit.*, p. 174.

²⁶¹ SPOTA, Alberto G. *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1975. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 34.

de él emanen, hubiesen sido convenidas en beneficio del estipulante, entonces es cuando se presentaría el verdadero problema de las cláusulas penales y las estipulaciones en favor de tercero.

A nuestro modo de ver, aquí la pregunta central que guiaría el tema es la de saber desde qué momento, o desde cuándo, puede el tercero hacer efectiva a su favor la penalidad.

Dentro de tal orden de ideas, resulta necesario distinguir entre la validez de la cláusula penal en favor de tercero y su eficacia.

Resulta claro que la penalidad habría nacido con el contrato celebrado entre estipulante y promitente; pero recién podría ser eficaz en la medida que el tercero se encuentre en aptitud de reclamarla.

Ahora bien, ¿qué requisitos se necesitan para que ello ocurra?

Sin olvidar el carácter meramente accesorio de la cláusula penal, recordamos que el único momento en el cual procede referirse a la eficacia de una penalidad, es cuando se hubiese incumplido con la ejecución de la obligación principal.

Así, si hablásemos de una cláusula penal compensatoria y la obligación principal se hubiese incumplido, es en este momento cuando el acreedor de dicha obligación deberá optar entre requerir al deudor el cumplimiento de la citada prestación —si ello resultase posible— o exigir el cumplimiento de la penalidad. Si adoptase esta última vía, será evidente que el cumplimiento de la penalidad convenida solo beneficiará al tercero en cuyo favor se convino la cláusula penal.

En otras palabras, es imprescindible que el acreedor de la obligación principal manifieste su voluntad de querer hacer valer la penalidad, pues en caso contrario podría pensarse que dicho acreedor, en legítimo ejercicio de su derecho, estaría optando por el camino o de no reclamar indemnización alguna, o de esperarse para exigir en el futuro la ejecución de la prestación incumplida.

En tal sentido, se comprende la necesaria manifestación de voluntad del acreedor de la obligación principal. Esto conduce a que el tercero, beneficiario de la cláusula penal, solo pueda hacer valer sus derechos de manera subsidiaria y previa «autorización» del acreedor de la obligación principal incumplida.

Luego de habernos referido al caso de la cláusula penal compensatoria, debemos analizar aquella de naturaleza moratoria.

En este caso se produce una situación diferente, en la medida en que la compensatoria sustituye a la prestación incumplida, en tanto que la moratoria la complementa, vale decir, que tiene una función acumulativa con la prestación.

Todo ello no sería óbice para que el tercero en cuyo favor se pactó la penalidad moratoria, pudiera exigir al deudor moroso su cumplimiento, sin requerir autorización del acreedor de la obligación principal.

De lo expresado resulta evidente que para las cláusulas penales moratorias se impone una solución jurídica distinta de aquella que hemos expuesto para el caso de las cláusulas penales compensatorias.

No obstante, conviene precisar que resultan válidas las afirmaciones de Llambías y Bustamante Alsina, en el sentido de que podría haberse pactado que el solo incumplimiento de la obligación principal, por parte del deudor, podría determinar automáticamente el derecho del tercero a reclamar la penalidad, sea esta compensatoria o moratoria.

Por otra parte, Kemelmajer de Carlucci finaliza manifestando que la doctrina discute si en los casos en que la cláusula penal ha sido estipulada en favor de tercero, ella pierde su función indemnizatoria. La profesora argentina precisa que como el beneficiario no es el acreedor, se afirma que no existe aquí resarcimiento, por ser de la

esencia de la indemnización que ella solo puede ser percibida por la persona que experimenta los daños y perjuicios, a menos que haya sido objeto de una cesión. Agrega que, en cambio, para otros tal carácter no se pierde, porque el patrimonio del estipulante puede ser indirectamente reconocido, teniendo en consideración los vínculos jurídicos previamente existentes con el tercero beneficiario.

Como fue dicho oportunamente, la cláusula penal puede cumplir diversas funciones, entre ellas la indemnizatoria. Sin embargo, también hemos expresado que no es necesario que la cláusula penal, para ser tal, cumpla con todas las funciones que le asigna la doctrina.

No obstante admitir teóricamente que la cláusula penal pueda ser estipulada en favor de un tercero, cabe indicar que una situación como la descrita sería extremadamente inusual.

15. LA EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD

Concluimos el estudio de los sujetos intervinientes en la cláusula penal, tratando el tema de la expresión de sus voluntades.

Como anota Kemelmajer de Carlucci,²⁶² tales sujetos deben expresar sus voluntades mediante una manifestación que no requiera términos sacramentales. Precisa la profesora argentina que

[...] puede ocurrir que las partes hayan estipulado una cláusula penal denominándola de otra manera; o que bajo la denominación impropia se haya estipulado otro tipo de sanción o medio de garantía. Ello no incide en la solución del conflicto que pudiera plantearse, porque la naturaleza intrínseca de una institución no depende de las expresiones que le hayan dado, acertada o erróneamente, los participantes del negocio jurídico.

²⁶² KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Íd.*, *Op. cit.*, pp. 34 y 35.

Es claro que al no establecer la ley peruana una «fórmula sacramental» para pactar la penalidad, no será necesario el empleo de alguna expresión en particular.

Sin embargo, creemos adecuado que la cláusula penal se indique de manera inequívoca, a fin de no dejar la menor duda de que ella se ha convenido.

Al tratarse de una imposición de carácter gravoso en perjuicio del deudor, no podríamos imaginar su existencia dubitable. No sería posible «deducir» la existencia de una penalidad en perjuicio del deudor. Ella debe apreciarse con claridad de su título constitutivo.

Así, Kemelmajer de Carlucci afirma el carácter estricto de la interpretación de la cláusula penal, según criterio mayoritario, y expresa que la manifestación de voluntad debe ser clara e indubitable, no pudiendo aplicarse sobre la base de deducciones o ser inferida de voluntades presuntas. Agrega que lo expuesto no significa negar la posibilidad de expresión tácita de voluntad, porque ella no es sinónimo de equívoca, pudiéndose derivar de una manifestación tácita una expresión inequívoca.

Por nuestra parte, tal como expresamos en otro acápite de este estudio, consideramos que la cláusula penal necesariamente deberá pactarse de manera expresa, nunca tácita, pues las penalidades no se inferen tácitamente, dados los peligros de inequidad que representaría su admisión cuando su propio origen resultara dudoso o incierto.

Finalmente, la profesora citada se refiere a «expresión de voluntad» y no a «consentimiento», pues admite la voluntad unilateral como fuente de obligaciones. Por tal razón no encuentra impedimento en sostener que la cláusula penal pueda emanar de actos jurídicos *inter vivos* unilaterales. Nosotros ya analizamos el tema cuando estudiamos la causa-fuente, entendida como uno de los elementos de la cláusula penal.

En esta línea de pensamiento, Lobato de Blas²⁶³ indica que «Es la propia finalidad de la cláusula penal la que marca la existencia de la misma en un determinado contrato, y no la constancia de ciertas palabras o expresiones».

De lo expuesto se desprende, como manifiesta Von Thur,²⁶⁴ que

[...] si para pactar una cláusula penal es necesario, naturalmente, una manifestación de voluntad, no se exige que ésta sea necesariamente ex-

²⁶³ LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, pp. 138-140.

En este sentido —precisa el autor— se manifiesta la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español a través, entre otras, de las siguientes sentencias:

«Sentencia del 6 de febrero de 1906, señala que 'no pudiendo determinarse siempre la existencia de una cláusula penal, a que se refiere el artículo 1.152, por razón de una fórmula especial que la revele, sino por su propia índole con relación a la obligación que con ella se sanciona, es manifiesto que los Tribunales puedan en cada caso concreto apreciar, dada la naturaleza de la obligación y condiciones a ella anejas, si determinado pacto constituye una penalidad para los efectos procedentes en Derecho'.

Sentencia del 9 de febrero de 1906 que, refiriéndose a un supuesto de pacto de intereses, manifiesta que 'La sanción penal puede existir en los contratos o presumirse en ellos, aunque nada se expresa cuando pactados dichos intereses, pueda apreciarse que su fin al establecerlos no es otro que el conminar y apremiar al deudor para obligarle a cumplir'.

Sentencia del 24 de marzo de 1909 que indica que 'no es preciso expresar terminantemente que determinada condición se establece con objeto penal, si por sus términos y alcance reviste realmente dicho carácter'.

Sentencia del 3 de marzo de 1956 que, en el mismo sentido que las anteriores, no requiere que la cláusula penal sea establecida mediante forma solemne, exigiendo, sin embargo, que el establecimiento conste con claridad.

Y sustentando idéntico criterio que la anterior, la sentencia del 4 de noviembre de 1958, que si bien no exige formalidad especial para la constitución, sí establece la necesidad que ésta conste con claridad».

²⁶⁴ VON THUR, Andreas. *Op. cit.*, tomo II, p. 236. Citado por LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, p. 140. Bajo esta perspectiva, el autor alemán expresa que «la pena convencional puede prometerse también tácitamente, si el deudor se somete a las condiciones de contratación del acreedor y en éstas se establece una pena».

presa, sino que puede resultar implícita e incluso tácita si por la función de lo pactado se descubre una auténtica finalidad penal.

Así consideramos importante recoger el pensamiento de autores como Colmo²⁶⁵ y Demogue,²⁶⁶ quienes comparten esa línea argumentativa. El primero de los profesores citados explica que la cláusula penal, como cualquier otra manifestación de voluntad, puede ser tácita; sin embargo, afirma que esto último no es frecuente ni recomendable, dado que puede ocasionar dificultades. Por su parte, Demogue expresa que «La cláusula penal puede resultar de un conjunto de circunstancias que las partes hayan entendido incluir».

En lógica correspondencia con lo dicho, Lobato de Blas²⁶⁷ agrega que la existencia de una cláusula penal no dependerá de la calificación de las partes contratantes, sino de la auténtica función que el pacto entrañe. Así, podrá constituir una cláusula penal el pacto que las partes no califiquen de tal, y no serlo la cláusula que, a pesar de darle los contratantes tal denominación, no entrañe una función penal.

A nuestro entender —compartiendo lo expresado por Lobato de Blas— es la finalidad que cumple la cláusula penal lo que define su existencia en un determinado contrato, y no la constancia de ciertas palabras o expresiones.

En este sentido —afirma Von Thur—, podría existir aceptación tácita de cláusulas penales en los contratos de adhesión. Asimismo, añade, habrá aceptación tácita cuando el miembro que ingresa a una asociación se somete a estatutos, en los que se establecen penas para sancionar el incumplimiento de los deberes de los asociados; sin perjuicio de que la entidad, en ejercicio de poderes disciplinarios implícitos, pueda instituir ciertas penalidades después de la incorporación de los miembros.

²⁶⁵ COLMO, Alfredo. *De las Obligaciones en General*, p. 165. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1961. Citado por BUSSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 454.

²⁶⁶ DEMOGUE, René. *Traité des Obligations en Général*. París: Editorial Rousseau, 1931, tomo VI, p. 480. Citado por BUSSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 455.

²⁶⁷ LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, pp. 140-142.

Asimismo, importa destacar que la existencia de la cláusula penal no dependerá de la calificación que le otorguen las partes contratantes, sino de la auténtica función que el pacto desempeña.

16. MODALIDADES DE LA CLÁUSULA PENAL

La cláusula penal, al igual que cualquier acto jurídico, puede estar sometida a modalidades, como son el plazo, la condición y el cargo.

En este sentido se pronuncia Bustamante Alsina,²⁶⁸ quien expresa que la estipulación de la cláusula penal puede sujetarse a todas las modalidades propias de las obligaciones en general: condiciones, plazos y cargos.

Agrega Kemelmajer de Carlucci²⁶⁹ que, por ejemplo, no encuentra impedimento en sostener que

[...] la falta de cumplimiento de la obligación principal provocará la obligación de entregar determinada suma de dinero, la que deberá hacerse efectiva en el término de un año contado a partir de la interpelación que efectúe el acreedor de la pena, o que esta suma se pagará bajo la condición de que en ese año agrícola el deudor haya tenido cosecha abundante, etc.

Lo expuesto —dice Kemelmajer de Carlucci— es de mucha importancia si se lo vincula al profundo problema de la exigibilidad de la cláusula penal. En efecto, si la pena no está sometida a ninguna modalidad, considera que ella se hace exigible desde que se torna en tal la principal, por efecto de la accesoriedad. Señala como ejemplo, el que se estipule que la falta de pago de la obligación de entregar el inmueble vendido en el plazo fijado, hará pasible al vendedor de una pena, consistente en determinada suma de dinero. Vencido

²⁶⁸ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Op. cit.*, p. 173.

²⁶⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 56-58.

el plazo fijado para la principal se torna exigible la cláusula penal, pero tal como se ha dicho, «ningún impedimento legal existe para que sea la propia cláusula la que esté sometida a una modalidad, en cuyo caso la exigibilidad de la principal no opera la de la cláusula hasta tanto se opere el hecho previsto para habilitar al acreedor a requerir la accesoria».

A nuestro entender no existe inconveniente para que la cláusula penal pueda estar sujeta a todas las modalidades propias de los actos jurídicos en general, como son el plazo, la condición o el cargo. Por consiguiente, a este tema le son aplicables las normas contenidas en el Título V, Libro Segundo, del Código Civil Peruano de 1984.

Sin embargo, resulta conveniente efectuar algunas precisiones al respecto.

La primera radica en distinguir si las modalidades se refieren al contrato en su conjunto, es decir, al acto del cual derivan la cláusula penal y la obligación principal que está destinada a garantizar; o si la modalidad solamente se refiere a la cláusula penal.

En el primer caso resulta evidente que al estar el acto en su conjunto afectado a la modalidad pactada, ello acarrearía como consecuencia que tanto la obligación principal como la pena se encuentren sujetas a la referida modalidad. Así, se haría necesaria la aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, de manera tal que habrá que apreciar cómo afectará la modalidad convenida el funcionamiento de la obligación principal, y de allí derivar que en la misma medida afectará a la obligación accesoria o penalidad.

Pero la modalidad o las modalidades de los actos jurídicos pueden estar referidas única y exclusivamente a la cláusula penal y no a la obligación principal, situación que constituye el segundo de los supuestos que hemos anotado.

Sería el caso, describiendo las diferentes situaciones que se pueden presentar, de un contrato cuya obligación principal sea simple y la cláusula penal se encuentre sujeta a condición suspensiva, vale decir, que la cláusula penal solo se ejecutará si es que acaese un hecho futuro e incierto que se hubiere convenido como condición.

En estos casos, además de producirse el incumplimiento de la obligación principal, resultará imprescindible que se produzca el hecho condicionante, para que con el concurso de estos dos elementos el acreedor pueda exigir y el deudor deba cumplir con la pena condicional.

Por otra parte, resulta discutible en el plano teórico y práctico, la posibilidad de que se pacte una cláusula penal sujeta a condición resolutoria, en la medida que la cláusula penal solo resultará exigible a partir del incumplimiento de la obligación principal.

Es evidente, además, que en el Derecho Peruano también podemos referirnos al plazo, como modalidad de la cláusula penal. Aquí aludimos tanto al plazo suspensivo como al plazo resolutorio.

Si se tratase de un plazo suspensivo, significaría que la cláusula penal solo podría ser exigida por el acreedor al ocurrir, en adición al incumplimiento del deudor, el vencimiento de dicho plazo. Es decir, en otras palabras, no bastaría con el incumplimiento de la obligación principal para que el acreedor pudiera exigir la penalidad pactada. Sería necesario, además, el vencimiento del plazo suspensivo al cual estaba sujeta dicha penalidad.

En cuanto a la cláusula penal con plazo resolutorio, le aplicamos los mismos conceptos que en el caso de la condición resolutoria.

Finalmente, el cargo o modo también resultaría factible de presentarse en materia de cláusula penal.

Sin embargo, debe advertirse que esta modalidad de los actos jurídicos no se prevé para ser ejecutada por el deudor de la obligación principal, sino por el acreedor.

Es más, puede citarse nuevamente como típico ejemplo de un cargo o modo aquel en el cual se celebra un contrato de donación en virtud del cual el donante se obliga a transferir al donatario la propiedad de un bien inmueble, asumiendo el donatario el cargo de colocar todos los domingos flores en la tumba de los padres del donante.

Es evidente que el cargo consiste en una prestación, pero su ejecución no resulta lo suficientemente apreciable para el Derecho (en términos de importancia patrimonial y jurídica), como para considerarla una contraprestación.

Así, resulta claro que una donación con cargo es, como cualquier otra donación que no lo tuviere, un contrato de prestación unilateral, no siendo clasificado por la doctrina como un contrato con prestaciones recíprocas.

Entonces, retomando el tema del cargo en torno de las obligaciones con cláusula penal, él no podría consistir en un deber asumido por el propio deudor de la cláusula penal, sino en un deber del acreedor.

Y esta afirmación obedece a que si el cargo tuviese que ser ejecutado por el propio deudor de la cláusula penal (es decir, por el deudor de la obligación incumplida), no se trataría verdaderamente de un cargo, sino de parte de dicha penalidad.

17. CARACTERÍSTICAS DE LA CLÁUSULA PENAL

17.1. *Es una convención accesoria*

Kemelmajer de Carlucci²⁷⁰ señala que una de las características de la cláusula penal es la de ser accesoria.

Bajo esta línea de pensamiento, la profesora citada recuerda que el codificador de su país, el ilustre Dalmacio Vélez Sarsfield, enseñaba que de dos obligaciones una es principal y la otra es accesoria cuando la una es la razón de la existencia de la otra, y que las obligaciones son accesorias respecto del objeto cuando son contraídas para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, citando como ejemplo, precisamente, el de la cláusula penal.

Por nuestra parte, recordamos que desde el inicio del análisis de la cláusula penal, partimos del valor entendido de que se trataba de una obligación accesoria, al afirmar que la cláusula penal (o la obligación penal, o penalidad, en sentido amplio) no puede existir sin que exista otra obligación a la cual garantice (o cuyo cumplimiento garantice).

Estima Kemelmajer de Carlucci²⁷¹ que dicho carácter no obsta para reconocer a la cláusula penal la calidad de negocio jurídico, pues

²⁷⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 56-58.

²⁷¹ Asimismo, el carácter accesorio —precisa Kemelmajer de Carlucci— es marcado por los romanistas. Recuerda que la *stipulatio poenae* se podía concebir de dos modos distintos: como cláusula penal aislada, independiente de cualquier otra obligación, o como accesoria de una principal. Indica la profesora argentina que a tales modos se refiere Papiniano cuando proporciona las fórmulas usadas en ambos casos: *¿si phamphilum non dederis, tantum dare spondes?*, *¿phamphilum dare spondes?* *¿si non dederis, tantum dare spondes?*

Recuerda que también Paulo hace mención a ambas fórmulas. La primera no es sino una obligación bajo condición suspensiva, exigible desde el cumplimiento del hecho condicionante. La segunda, al contrario, incluye una obligación principal y otra accesoria.

como expresa la moderna doctrina, ella tiene todos los elementos estructurales de este; de la misma manera que la fianza, o que las convenciones hipotecarias o prendarias, la cláusula penal requiere un negocio principal al cual acceder.

Cabe aquí agregar que la cláusula penal podría ser —por sí misma— un negocio jurídico, en la medida que se pacte de manera independiente del acto donde se da nacimiento a la obligación cuyo cumplimiento garantiza.

Si la cláusula penal formara parte integrante de un acto jurídico de mayores alcances, o generador de otras obligaciones adicionales, resultaría impropio denominarla como «acto jurídico», pues por sí sola no lo sería. En todo caso, la denominación adecuada correspondería a la de «parte integrante de un acto jurídico»; todo ello, naturalmente, si el origen de la penalidad fuese voluntario y no legal.

En tal sentido —señala Sanz Viola—, algunos autores como Ortiz Vallejo²⁷² consideran que la accesoriedad de la cláusula penal, es equivalente a la accesoriedad del negocio constitutivo de la obligación penal, con relación al negocio principal. Pero, expresa la profesora española, parece preferible destacar la accesoriedad de la obligación penal, porque pudiera ocurrir que la obligación principal garantizada por la pena no hubiera surgido de un negocio jurídico y, en ese caso, no existiría negocio accesorio con relación a un negocio principal, pero sí una obligación accesorio —la obligación penal— respecto de la obligación principal.

Por eso, agrega, muchos romanistas insisten en que solo la segunda fórmula incoa a la típica cláusula penal.

²⁷² ORTIZ VALLEJO, A. «Nuevas perspectivas sobre la cláusula penal», tomo II, pp. 281-319. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, 1982. Citado por SANZ VIOLA, Ana María. *Op. cit.*, p. 28.

Añade Sanz Viola que, asimismo, en consonancia con la nota de accesoriedad de la obligación penal, hay que resaltar que en el Derecho Español actual, la cláusula penal exige siempre la existencia de una obligación principal a la que garantiza. Es decir, que en el conjunto de la figura estudiada siempre nos encontramos con dos obligaciones: la obligación principal y la obligación accesoria o penal, exigible en el supuesto de incumplimiento o cumplimiento irregular de la primera.

Por otra parte, a decir de Kemelmajer de Carlucci, un sector de la doctrina recoge la distinción tradicional, caracterizando entonces a la «falsa cláusula penal» como aquella que tiene lugar cuando alguien, sin obligarse a una prestación, promete pagar una suma de dinero en caso de no cumplir espontáneamente esa prestación.

Dentro de tal orden de ideas, la profesora citada considera que en el Derecho Moderno el carácter accesorio es esencial, y, por ello, las obligaciones concertadas bajo la primera de las fórmulas deben ser reguladas entre las obligaciones condicionales, habiendo sido esta solución consagrada por el artículo 608 del Proyecto de Reformas al Código Civil Argentino de 1936, que decía: «La cláusula en cuya virtud una persona, sin obligarse a una prestación, estipula una pena, para el caso de que no la efectúe, estará sometida a las reglas de los actos condicionales»; estimando menester recordar que la cualidad de la accesoriedad integra de tal modo el concepto, que los redactores del Proyecto de 1936 la incluyeron en la propia definición.

Nosotros consideramos que no existe inconveniente teórico para pensar en la existencia de una cláusula penal que se pacte para el supuesto en el cual el deudor incumpla con ejecutar una aparente prestación, y que la denominación otorgada al tema, vale decir la de «falsa cláusula penal», le corresponde perfectamente; porque la cláusula penal, en sentido estricto, solo tiene lugar cuando existe una obliga-

ción principal cuyo cumplimiento garantiza: si no hay obligación principal que garantizar, no podrá existir cláusula penal alguna.

Entonces, sería imprescindible observar la naturaleza jurídica de ese deber que no es una obligación. Sin lugar a dudas, nos encontraríamos frente a un deber social, de cortesía, de carácter moral, etc., el mismo que podría ser acompañado de penalidades pactadas por las partes, en caso de que no se llegara a ejecutar; pero lo que queda en evidencia es que esos deberes no constituyen obligaciones civiles propiamente dichas.

Ahora bien, más allá de la factibilidad del pacto de las denominadas «falsas cláusulas penales», nos preguntamos si el incumplimiento de dichos deberes no obligacionales acarrearía como consecuencia la posibilidad de exigir el cumplimiento de las falsas cláusulas penales pactadas.

Pensamos que aquí se esbozarían dos posiciones.

Una primera podría sostener que las falsas cláusulas penales no son obligaciones propiamente dichas; y, dentro de tal orden de ideas, al no ser obligaciones, no les serían aplicables ninguna de las consideraciones en torno a las mismas, teniendo exclusivamente el carácter de deberes jurídicos con contenido patrimonial, de calidad similar al de las obligaciones naturales, vale decir que son debidas por el deudor; pero, en la eventualidad de que fuesen exigidas por el acreedor, el deudor tendría la posibilidad de asumir su cumplimiento o de no asumirlo (vale decir, de pagar o no pagar), siendo el no pago respaldado por el Derecho, tratándose, en consecuencia, de un no pago lícito.

Nótese además que dentro de esta primera forma de ver el problema, la falsa cláusula penal seguiría manteniendo —para todo efecto— su carácter accesorio con respecto al deber jurídico que tendría el carácter de principal; aplicándose también en este caso, fielmente, el principio de que «lo accesorio sigue la suerte de lo principal».

Una segunda manera de ver el problema de las denominadas falsas cláusulas penales sería el de considerarlas como obligaciones civiles.

Para tal efecto, ellas no tendrían carácter accesorio, sino principal, en la medida que se consideraría que el deber jurídico no obligatorio asumido, sería una especie de condición, cuyo no cumplimiento acarrearía el deber del deudor de ejecutar la penalidad pactada.

Sin embargo, estas consideraciones podrían ser objetadas dada la existencia del artículo 172 del Código Civil, precepto que establece que «es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor».

Así, es claro que de acuerdo con el ordenamiento legal peruano, la falsa cláusula penal no podría ser considerada como un hecho condicional, ya que caería dentro de las denominadas condiciones impropias, al tratarse de una condición suspensiva de carácter potestativo.

Nótese además que en el Perú y de acuerdo con el artículo 172, antes citado, la condición potestativa hace nulo al acto y no solamente se tiene por no puesta, situación que agrava el problema.

Es así que, conforme a lo expresado, las falsas cláusulas penales deberían encuadrarse dentro de la primera de las posiciones teóricas desarrolladas, constituyendo un caso excepcional el que no tuvieran carácter accesorio con respecto a otra obligación, sino que se tratara de obligaciones principales.

Sin embargo, debemos subrayar que todo lo dicho aborda un problema de importancia fundamentalmente teórica, pero no práctica, en la medida que resulta difícil imaginar que un caso como estos llegue en controversia a los tribunales de justicia.

Por lo general, se tratará de situaciones meramente coloquiales, que no revestirán importancia económica apreciable y que lo más probable es que cualquier conflicto derivado de ellas sea solucionado

por las partes directamente y de manera amigable; o, en el peor escenario, que la amistad o buenas relaciones entre ellas se deterioren.

Al tratarse de un tema de insignificante importancia jurídica, precisa recalcar que es innecesaria su regulación legal, como sucede en el caso del Derecho Peruano.

Retomando los conceptos iniciales, recordamos que para Kemelmajer de Carlucci, el carácter accesorio de la cláusula penal es reconocido, prácticamente, por la unanimidad de la doctrina. En el Derecho Argentino no podría ser de otro modo, en atención con lo dispuesto por el artículo 524²⁷³ del Código Civil.

Sin embargo, anota la citada profesora, Luis Leiva Fernández,²⁷⁴ un autor de su país, ha negado la accesoriedad de la cláusula penal compensatoria, al expresar que conceptualmente solo accede la moratoria, porque la compensatoria adquiere autonomía suficiente como para desplazar la pretensión que el acreedor pueda hacer de la ejecución de la obligación principal, una vez que optó por el cumplimiento de la pena, y que este desplazamiento demuestra su autonomía.

Al respecto, Kemelmajer de Carlucci no participa del criterio de Leiva, pues estima que con el mismo argumento debiera negarse la accesoriedad de la obligación facultativa, que la distingue —precisamente— de la alternativa, siendo claro que después de la opción,

²⁷³ El artículo 524 del Código Civil Argentino preceptúa lo siguiente: «Las obligaciones son principales o accesorias con relación a su objeto, o con relación a las personas obligadas. Las obligaciones son accesorias respecto del objeto de ellas, cuando son contraídas para asegurar el cumplimiento de una obligación principal; como son las cláusulas penales. Las obligaciones son accesorias a las personas obligadas, cuando éstas las contrajesen como garantes o fiadores. Accesorios de la obligación vienen a ser, no sólo todas las obligaciones accesorias, sino también los derechos accesorios del acreedor, como la prenda o hipoteca».

²⁷⁴ Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 62.

tanto en la facultativa como en la cláusula penal se produce la concentración y el desplazamiento de que nos habla el citado autor. Sin embargo, estima la profesora argentina que el carácter de accesoriedad es precisamente importante en el momento anterior al advenimiento de la opción. Por ello, por ser accesorio, si lo principal se pierde sin culpa del deudor, antes de la mora, se extingue también la cláusula penal compensatoria.

Coincidimos con el parecer de Kemelmajer de Carlucci, adverso al criterio de Leiva, pues para calificar a la cláusula penal como una obligación accesorio, no nos debemos fijar si ella está destinada a reemplazar o no, en calidad de indemnización, a la obligación que garantiza, o si la cláusula penal tiene función moratoria y, por tanto, podría ser complementaria a la citada obligación principal.

Para calificar a la cláusula penal como accesorio, solo debemos advertir si ella puede o no tener existencia sin la propia existencia de la obligación que garantiza y, en este caso, la respuesta negativa es evidente. Por ello, y no por otras consideraciones, es que la cláusula penal resulta ser una obligación accesorio.

Por otra parte, Kemelmajer de Carlucci indica que para algunos autores el carácter accesorio de la cláusula penal deriva directamente de la función indemnizatoria que cumple.

En tal sentido, recuerda que el notable tratadista francés E. Colmet de Santerre²⁷⁵ ha expresado que si la cláusula penal es la estimación de los daños y perjuicios, ello significa que la estipulación supone una obligación preexistente cuya inexecución produce daños,

²⁷⁵ COLMET DE SANTERRE, E. *Cours Analytique de Code Civil de A. M. Demante*. París: Editorial Plon, 1883, Segunda Edición, tomo V, p. 165. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 62.

derivándose de ello dos obligaciones: una principal (la que se incumplió) y otra accesoria (la de pagar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento).

Concluye la profesora argentina indicando que lo expuesto no significa, de ningún modo, que el fin compulsivo obste el carácter accesorio, pues precisamente la sanción se impone ante el incumplimiento, o cumplimiento irregular o tardío, de una obligación que se estima principal.

A nuestro modo de ver, resulta controvertible sustentar la accesoriidad de la cláusula penal en el hecho de que ella tiene carácter indemnizatorio, por cuanto para tal efecto resultaría indispensable formularnos la pregunta de si es o no factible que se asuma la obligación del pago de daños y perjuicios con carácter de obligación principal y no accesoria.

Pensamos que considerar la indemnización de daños y perjuicios con naturaleza accesoria no es sino apreciar el problema de una manera distorsionada.

En efecto, como recordará el lector, cuando abordamos el tema de la novación objetiva sostuvimos, aunque con determinadas salvedades, que cuando el deudor incumple con ejecutar su obligación o la ejecuta de manera parcial, tardía o defectuosa, se halla obligado al pago de una indemnización de daños y perjuicios a favor del acreedor, constituyendo esa obligación indemnizatoria una nueva obligación, surgida en virtud de la novación legal de la obligación primitiva, la cual se ve transformada en una de pagar daños y perjuicios.

Dentro de tal orden de ideas, resulta claro que la obligación de pagar daños y perjuicios no tiene carácter accesorio, pues cuando la ley le da nacimiento, no lo hace con carácter accesorio, sino principal.

Mal haríamos en pensar que la obligación de pagar daños y perjuicios tiene carácter accesorio por el hecho de que la obligación que le precedió era distinta, ya que cuando existía esa obligación primitiva, ni siquiera había nacido la obligación indemnizatoria.

Con lo expresado, queremos demostrar que resulta cuestionable el carácter accesorio de la obligación de pagar daños y perjuicios. Por ello, no se podría adoptar este argumento para sustentar la naturaleza accesoria de la cláusula penal.

Por último, el que tenga carácter compensatorio o moratorio, es decir que sea sustitutoria o acumulativa de la prestación principal, no influye, en lo absoluto, para calificar la naturaleza de la penalidad.

Dentro del orden de ideas expuesto, Lafaille,²⁷⁶ respecto al carácter accesorio de la cláusula penal, afirma que esta «constituye una obligación accesoria, en el sentido de que no tiene, en principio, valor propio, independientemente de la obligación principal a la que accede».

Este carácter —precisa el citado autor— fluye de la naturaleza misma de la institución que nos ocupa.

Lafaille manifiesta que no se concibe la cláusula penal si no hay una obligación a la cual accede, así como no puede admitirse que haya una cláusula penal suelta, pues podrá haber un pacto separado, pero siempre este pacto revestirá el carácter de accesorio.

Indica Lafaille que una persona puede haber celebrado un contrato de arrendamiento, sin mencionar para nada la cláusula penal, pero a los pocos días podría, por medio de otro contrato, fijar la cláusula

²⁷⁶ LAFAILLE, Héctor. *Curso de Contratos*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1928, pp. 146-149.

penal, y ella sería válida, porque el hecho de que sean independientes los documentos en que constan la obligación principal y la accesoria, no significa que estas sean independientes jurídicamente.

Compartiendo lo expresado se pronuncia Sanz Viola,²⁷⁷ quien señala que «la característica fundamental de la obligación penal es su accesoriedad respecto de la obligación principal, de la que depende y en función de la cual se justifica, tendiendo, en este caso, a asegurarla».

Añade la profesora española que la obligación penal es el prototipo de la obligación accesoria, y se incluye dentro de este grupo, tanto por los representantes de la concepción más amplia de las obligaciones accesorias, como por los defensores de la concepción más limitada de ellas.

Sin embargo —precisa Sanz Viola—, no cabe identificar obligación penal y obligación accesoria, aunque la primera sea el supuesto más importante de las obligaciones accesorias, ya que el ámbito de actuación de la segunda es mayor. La obligación penal se limita a ser una garantía adicional, encaminada a reforzar y asegurar el cumplimiento de la obligación principal, mientras que la obligación accesoria puede tener una finalidad diversa, como complementar la obligación principal. Por lo tanto, hay una relación de género a especie entre la obligación accesoria y la obligación penal, siendo aquella más extensa que esta.

A modo de conclusión, y sin ánimo de ser redundantes, consideramos conveniente insistir en que la accesoriedad de la obligación penal —como hemos visto— está plenamente reconocida por la doctrina.²⁷⁸

²⁷⁷ SANZ VIOLA, Ana María. *Op. cit.*, pp. 27 y 28.

²⁷⁸ Entre los tratadistas consultados que destacan el carácter accesorio de la cláusula penal, tenemos a Lobato de Blas (LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, p. 104),

17.1.1. Consecuencias del principio de accesoriadad de la cláusula penal

A continuación, procederemos a estudiar las principales consecuencias que se derivan del carácter accesorio de la cláusula penal.

Kemelmajer de Carlucci²⁷⁹ recuerda que el artículo 663 del Código Civil de su país dispone que «La nulidad de la obligación principal causa la nulidad de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta deja subsistente la obligación principal».

El fundamento de la solución radica —según ella—

[...] no sólo en la accesoriadad de la cláusula, como lo señala Vélez Sarsfield en la nota al artículo transcrito, sino igualmente en el carácter sancionatorio de la estipulación; siendo la cláusula penal un medio de compeler al cumplimiento de la principal, de aceptar la validez de la cláusula no obstante la nulidad de aquélla, se estaría autorizando implícitamente a las partes para eludir las prohibiciones establecidas por la ley, permitiéndoles atribuir eficacia, de manera indirecta, a aquellas estipulaciones que, en razón de su objeto o de su causa, importan actos o contratos prohibidos por la ley o no reconocidos por ella.

Por su parte, Castán Tobeñas²⁸⁰ considera que la regla se aplica solo a la nulidad absoluta, y no a las otras formas de nulidad, que dejando subsistente la posibilidad de que la obligación llegue a producir efecto (por confirmación del acto que le dio origen), justifican y exigen el mantenimiento de la función de garantía que la cláusula penal desempeña.

Llambías (LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, p. 426) y Dávila González (DÁVILA GONZÁLEZ, J., *La Obligación con Cláusula Penal*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1992, p. 149).

²⁷⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 63-65.

²⁸⁰ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo III, p. 143. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 64.

Dentro de tal orden de ideas, Kemelmajer de Carlucci manifiesta que la

[...] nulidad o anulabilidad de la obligación principal traerá aparejada la misma invalidez de la accesoria. Es decir, si se trata de una nulidad o anulabilidad relativa, la cláusula penal adolecerá de la misma sanción y, en consecuencia, siguiendo la suerte de la principal, podrá ser confirmada si cesan los vicios que atacaban a esta última.

Agrega que la cláusula penal no puede subsistir sin una obligación válida y que por ello se comprenden no solo los vicios de nulidad sino, en general, todos los supuestos de invalidez.

Siguiendo el principio enunciado, puede afirmarse —señala la profesora argentina— que es nula la cláusula penal tendiente a reforzar una obligación contraria a la moral, a las buenas costumbres o a la ley; por ejemplo, si es accesoria de un convenio que de un modo franco o solapado viola la libertad de trabajo, o la libertad de contraer matrimonio; o si accede a un contrato de sociedad que tiene por objeto dedicarse al contrabando.²⁸¹

Luego de lo expuesto, Kemelmajer de Carlucci concluye precisando que los jueces argentinos han resuelto reiteradamente que el carác-

²⁸¹ Bajo esta línea de análisis, Kemelmajer de Carlucci expresa que la jurisprudencia alemana registra un caso interesante vinculado a deberes derivados del Derecho de Familia. «La parte actora en un juicio de divorcio desistió de su demanda. Esta conducta obedeció a la circunstancia de haberse firmado un convenio por el cual —entre otras estipulaciones— se pactaba que durante la vida en comunidad, el marido debía pasarle a la esposa una determinada pensión alimenticia, la cual estaba asegurada mediante una cláusula penal. El tribunal alemán consideró nula toda la convención por constituir restricciones inadmisibles a la libertad personal y económica de los esposos y por contrariar a la esencia moral del matrimonio (se pactaba que el marido debía separar a un hermano de su comercio, no asociar a parientes, no efectuar solo viajes de negocio o de placer, etc.). Declaró, en consecuencia, nula la cláusula penal estipulada en garantía de las obligaciones alimentarias».

ter de la cláusula penal conduce a su nulidad cuando también es nula la obligación principal.

En lo que a nosotros respecta, coincidimos plenamente con los criterios reseñados, en el sentido que constituye primera y fundamental consecuencia de la accesoriedad de la cláusula penal, el hecho de que la nulidad de la obligación garantizada por ella acarrea la nulidad de la cláusula penal. Se trata de la simple aplicación del antiguo y muy recurrido principio de que «lo accesorio sigue la suerte de lo principal».

No obstante lo expresado, se requiere distinguir diversas situaciones.

Así, una primera estaría constituida por el supuesto en el cual la nulidad afectara al acto jurídico en su conjunto. Estamos refiriéndonos al caso en que el acto jurídico de donde emana la obligación principal fuera nulo.

En tal sentido debe tenerse presente para el análisis del tema lo establecido por el artículo 224 del Código Civil Peruano, el que prescribe que la nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables (argumento del primer párrafo del referido numeral).

Esto significa que si un contrato se encontrara viciado de nulidad absoluta, y la causa de dicha nulidad no pudiera conducir a la separación (y subsistencia como válidas) de aquellas cláusulas que no son nulas, entonces todo el acto jurídico sería nulo, resultando indiferente si el vicio de esa nulidad estaba referido a la obligación principal garantizada con cláusula penal o a cualquiera de las otras obligaciones que dicho acto originaba.

De lo expresado también resulta evidente que si el acto contenía la cláusula penal, es decir, si se había pactado en el mismo contrato de cuya nulidad estamos hablando, ella sería nula «por partida doble».

En primer lugar, su nulidad se originaría por aplicación de lo dispuesto en el citado primer párrafo del artículo 224 del Código Civil. Luego lo sería por aplicación del principio de que «lo accesorio sigue la suerte de lo principal». Además, este principio de accesoriedad se encuentra regulado expresamente por la ley, cuando en el tercer párrafo del artículo 224 del Código Civil se establece que la nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de estas no origina la de la obligación principal.

Por otra parte, cabe la posibilidad de que la cláusula penal hubiese sido pactada en un acto o contrato distinto de aquel a cuya nulidad nos estamos refiriendo.

Aquí también resultaría aplicable lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 224 del Código Civil, ya que dicha norma, al establecer que la nulidad de la obligación principal conlleva la nulidad de las obligaciones accesorias, no hace distinción entre si las obligaciones accesorias y la obligación principal tuvieron su origen en un mismo acto jurídico o si nacieron de actos jurídicos distintos.

Más allá de que no cabe distinguir allí donde la ley no distingue, resulta evidente que la consecuencia debe ser la misma para ambos casos, habida cuenta de que lo que se encuentra en juego es el principio de accesoriedad de una obligación con respecto a otra, y no de un acto jurídico en sí mismo, razón por la cual resulta absolutamente intrascendente si dichas obligaciones tuvieron su origen en el mismo acto jurídico o en actos jurídicos distintos.

En segundo lugar, debemos analizar el caso de si el vicio de nulidad solo afecta a la obligación principal garantizada por la cláusula penal, y no al resto de obligaciones generadas por el contrato de donde emana la obligación principal, afectada de nulidad.

En este caso, si fuese divisible la nulidad de la obligación principal de la validez de las demás cláusulas, ello tendría como consecuen-

cia que el acto jurídico seguiría subsistiendo como válido sin la presencia de aquella obligación principal que se encontraba garantizada por la cláusula penal.

Lo expresado significa que dicha obligación, al igual que la cláusula penal que la garantizaba, sería nula, subsistiendo el acto jurídico en lo demás que contiene.

Dentro de tal orden de ideas, será evidente que si la nulidad afectase a otras cláusulas del acto y no a aquella obligación principal garantizada con la cláusula penal, el referido acto jurídico podría subsistir incluyendo a la obligación garantizada con cláusula penal, siempre y cuando resultara aplicable al mismo el principio de divisibilidad a que hemos hecho referencia y que se encuentra contenido en el primer párrafo del artículo 224 del Código Nacional.

También es posible que la cláusula penal hubiese sido estipulada para garantizar el cumplimiento no solo de una, sino de dos o más obligaciones nacidas de un contrato.

Si ello fuera así, debería señalarse la posibilidad de que alguna o algunas de dichas obligaciones principales fuesen nulas.

En tal caso —siempre aplicando el principio de divisibilidad contenido en el primer párrafo del artículo 224 del Código Civil—, deberíamos concluir en que la cláusula penal subsistiría, garantizando únicamente aquellas obligaciones que fueran válidas.

En tercer lugar, debemos mencionar el supuesto en el cual el vicio de nulidad afecte solo a la cláusula penal. En este caso, la solución es evidente, pues si bien lo accesorio sigue la suerte de lo principal, lo principal no sigue necesariamente la suerte de lo accesorio; lo que equivale a decir que la obligación o las obligaciones principales garantizadas con la cláusula penal seguirían manteniendo plena validez, a pesar de la nulidad de la cláusula penal.

En tal sentido, mal podrían seguir siendo denominadas como obligaciones «principales», en la medida que ya no podrían ser confrontadas con aquella que era obligación «accesoria» (la cláusula penal), pues la misma ya no existiría.

La posibilidad de que aquí pudiera quebrantarse el principio de que lo principal no sigue la suerte de lo accesorio, sería el caso en el cual debiésemos aplicar como solución la indivisibilidad del acto jurídico, como sucedería si la cláusula penal nula fuese la única estipulación inválida de una transacción, ya que de acuerdo a lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 1310 del Código Civil, la transacción es indivisible y si alguna de sus estipulaciones fuese nula o se anulase, ella quedaría sin efecto, salvo pacto en contrario.

Por otra parte, y luego de haber expresado nuestra opinión en torno de la nulidad absoluta como efecto accesorio de la cláusula penal, debemos manifestar nuestro parecer en torno de la anulabilidad.

Precisa señalarse que resultarán aplicables a este tema, *mutatis mutandis*, las ideas vertidas al analizar el caso de la nulidad.

No obstante, es necesario aclarar que la anulabilidad puede tener algunas soluciones distintas, en la medida que el acto anulable, mientras no sea declarado nulo, vale decir, en tanto no exista sentencia judicial con carácter de cosa juzgada que así lo establezca, será un acto válido. Como se sabe, el acto anulable sería un acto de validez actual e invalidez pendiente.

Dentro de esos conceptos, cabría la posibilidad de que un acto afectado de un vicio de anulabilidad nunca sea declarado nulo, por las más diversas razones, dentro de las cuales se podrían encontrar que la parte afectada nunca hubiera demandado su anulación o que, habiéndolo hecho, su demanda hubiera sido interpuesta después de haber vencido el plazo de prescripción establecido por el artículo

2001, inciso 4, del Código Civil Peruano, esto es, luego de dos años contados desde el momento de la celebración del acto.

En adición a lo expuesto, cabría efectuar respecto al tema de la nulidad y la anulabilidad diversos comentarios en torno a la posible combinación de situaciones, como sería el caso en que la obligación principal fuese anulable y la cláusula penal nula; el caso inverso, o algunas otras situaciones similares, pero relativas a las demás cláusulas del acto o al acto jurídico en su conjunto.

Sin embargo, nos abstendremos de ingresar al estudio de estos temas, en la medida que ello resultaría en extremo casuístico y desproporcionado con los objetivos de nuestro trabajo, y que su solución, usualmente, se hallaría aplicando los principios que acabamos de analizar.

Por su parte, Lafaille,²⁸² siguiendo este orden de ideas, también afirma que de la circunstancia de ser la cláusula penal una obligación accesoría, surge el que la nulidad de la obligación principal trae la nulidad de la obligación accesoría, salvo los casos de excepción.

Pero, por otra parte, el propio Lafaille indica que este principio de accesoriedad también se extiende al supuesto en el cual debido a que se extingue la obligación sin culpa del deudor, queda también extinguida la obligación accesoría. Así, cita como ejemplo, el caso en el cual, debido a un supuesto de caso fortuito, fuerza mayor, o cualquiera otra de las imposibilidades de pago admitidas por la ley, se produjera el incumplimiento de la obligación, y no pudiera hacerse efectiva la cláusula penal, porque al extinguirse la obligación principal, habría también quedado extinguida la obligación accesoría.

²⁸² LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, pp. 81 y 82.

Coincidiendo con lo anteriormente señalado, Sanz Viola²⁸³ indica que la consecuencia del carácter accesorio de la obligación penal es, conforme al antiguo adagio *accessorium sequitur principale*, la comunicación del régimen jurídico de la obligación principal a la penal, a consecuencia de la relación vertical y jerarquizada de subordinación y dependencia que implica. Por lo expuesto, la profesora española considera que la extinción de la obligación principal conlleva la de la obligación penal.

En su oportunidad vimos que es claro e incontrovertible el principio de que la nulidad de la obligación principal acarrea la nulidad de la cláusula penal que asegura o garantiza específicamente dicha obligación principal. De ello nos hemos ocupado en extenso en páginas anteriores.

Como puede observar el lector, luego de pronunciarse acerca de la nulidad, la doctrina señala que en términos generales la extinción de la obligación principal acarrea la extinción de la obligación accesoria.

En tal sentido, lo primero que resulta necesario establecer es que la nulidad es una especie del género llamado extinción de la obligación principal. En otras palabras, la nulidad de la obligación principal es una de las tantas causas por las cuales se extingue dicha obligación, pero no la única.

El propio Código Civil establece numerosos supuestos en los cuales una obligación puede extinguirse. Nos vamos a referir a aquellos que constituyen medios extintivos de las obligaciones.

Como se recuerda, el medio extintivo idóneo de las obligaciones es el pago, que no es otra cosa que el cumplimiento de la prestación en los términos convenidos.

²⁸³ SANZ VIOLA, Ana María. *Op. cit.*, p. 29.

En tal sentido, resultará absolutamente claro que si una obligación es pagada, la cláusula penal que la aseguraba no tendría razón de ser; ello, por cuanto la cláusula penal tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la obligación, y en tanto tal obligación hubiese sido cumplida, no tendría razón de existir, salvo que hubiere sido pactada para asegurar el cumplimiento oportuno de la obligación, y el mismo se hubiese producido de manera tardía, lo que equivale a decir que se habrían generado daños y perjuicios moratorios, que deberán ser indemnizados con la penalidad moratoria pactada.

Por otra parte, podríamos imaginar que si bien se hubiese ejecutado la obligación, su cumplimiento podría haber sido parcial o deficiente. En este caso, como la cláusula penal habría tenido función compensatoria, sería evidente que ella subsistiría a pesar de que la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

En otras palabras, dejamos en claro que la cláusula penal dejará de tener existencia en la medida que la obligación principal que garantiza hubiese sido cumplida de manera idónea, no ocurriendo lo mismo si existiesen reclamaciones de orden compensatorio o moratorio. Se podría decir que en estos casos, la cláusula penal adquiere autonomía con respecto de la obligación principal, no aplicándose el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

En segundo término, debemos plantearnos el caso en el cual nos encontramos en presencia de una cláusula penal que garantice el cumplimiento de una obligación principal que genere intereses.

Como sabemos, la deuda de intereses posee cierta autonomía con respecto a la obligación principal de la cual emanan. Ello acarrea como consecuencia que sea factible la subsistencia de la deuda de intereses en el supuesto en el cual la obligación principal ya se hubiese pagado y quedara pendiente de pago un saldo de esos intereses.

Dicha situación nos conduce necesariamente a afirmar que si la obligación que generaba intereses se encontraba garantizada por una penalidad, tal penalidad subsistiría como garantía del pago de los intereses adeudados, a pesar de que la obligación principal ya se hubiese extinguido.

Este sería otro supuesto en el cual se quebrantaría la solidez del principio de que *lo accesorio sigue la suerte de lo principal, en lo que atañe a las cláusulas penales*.

Por otra parte, resulta necesario mencionar las consecuencias de la cláusula penal en materia consignatoria.

El pago por consignación constituye el mecanismo que el Derecho otorga a los deudores para ejercer el derecho de pagar.

Dentro de tal orden de ideas, de acuerdo con lo establecido en la ley, la consignación válidamente efectuada extingue la obligación con efecto retroactivo al día del ofrecimiento de pago; esto implicaría que en tanto se haya pagado la prestación por haberse consignado lo debido, también se habría extinguido la cláusula penal pactada, en la medida que ya no habría obligación alguna que garantizar.

No obstante, resulta importante reparar en que la extinción de la cláusula penal estará a las resultas de la sentencia del proceso en el cual se discuta la procedencia o improcedencia de la consignación. De esta forma, siguiendo la ficción legal anotada, la extinción de la cláusula penal se entenderá producida retroactivamente al momento de ofrecimiento del pago, en caso que proceda la consignación.

De otro lado, en la imputación del pago el tema de la accesoriadad de la cláusula penal tampoco ofrecerá mayores inconvenientes, habida cuenta que aquí se procederá a imputar el pago a alguna de las deudas que eventualmente mantuviera el deudor con el acreedor.

Si al momento de efectuar el pago, el deudor lo imputara a alguna de sus obligaciones (y no hubiese argumento legal que le impida hacerlo), entonces, desde ese momento se extinguirá dicha obligación, la misma que —vamos a suponerlo— estaba garantizada por una cláusula penal.

Si el deudor no imputara el pago, el acreedor gozará del derecho de hacerlo cuando otorgue al deudor el recibo correspondiente.

En esta última eventualidad, será posible que el acreedor impute el pago a la obligación garantizada con cláusula penal o a alguna que no lo estuviese. En el primer caso, resultará evidente que se producirá la extinción de la obligación garantizada. En el segundo, ella se mantendrá vigente.

En el supuesto que ni el deudor ni el acreedor hayan procedido a imputar el pago, al mantenerse la incertidumbre en torno a cual de las obligaciones es aquella que se ha pagado, no podríamos hablar de la extinción de la cláusula penal. Pero de presentarse un conflicto entre las partes y se tuviera que aplicar la solución de la imputación legal, contemplada por el artículo 1259 del Código Civil, entonces la primera opción de esta norma es la de considerar que se aplicará el pago a la deuda menos garantizada.

En tal sentido, y a pesar de no haberlo indicado de manera expresa cuando analizamos el tema en esta misma obra, cabe señalar que si una deuda estuviese garantizada por una cláusula penal, y otra u otras deudas fueran simples y sin garantía alguna, debería considerarse que la deuda respaldada por la cláusula penal es aquella que se encuentra más garantizada que las demás, en función de que si bien es cierto que la cláusula penal no representa una garantía en sentido estricto, en sentido amplio sí lo es, tal como fue manifestado por nosotros oportunamente.

Por otra parte, debemos referirnos a la cláusula penal y a la dación en pago.

Como sabemos, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1265 del Código Civil, el pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse.

En este sentido, si se produjese la extinción de la obligación a través de dicho medio, en ese preciso instante dejaría de tener existencia la cláusula penal que garantizaba o respaldaba su cumplimiento.

En torno al tema del pago indebido, podemos afirmar que no se producirá la extinción de la obligación, en la medida que no se haya pagado la obligación principal. Así, si el pago indebido condujo a que el deudor no pagara la obligación que le correspondía pagar, es decir, en nuestro caso aquella garantizada con cláusula penal, dicha obligación se mantendría vigente.

El deudor verá extinguida la referida obligación y, por tanto, la cláusula penal dejará de tener existencia, en el momento en que efectivamente logre pagar la obligación a aquel a quien le debía y no le había pagado.

Ya en sede de novación, podemos decir que si la obligación que estuviese respaldada por una cláusula penal fuese novada por otra, en ese mismo momento habría dejado de tener existencia la cláusula penal, pues al haber desaparecido la obligación principal, la penalidad habría corrido la misma suerte, en virtud de lo establecido por el primer párrafo del artículo 1283 del Código Civil, precepto que señala que en la novación no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario.

Ahora bien, si mediante pacto se produjese esa renovación de garantías, específicamente en lo que respecta a la penalidad que respal-

daba el cumplimiento de la primera obligación, dicha penalidad recién se volvería a ver extinguida cuando se extinguiese la segunda obligación, sea por el medio que fuere.

Por otra parte, si la obligación garantizada con la cláusula penal se extinguiese por compensación unilateral (artículo 1288 del Código Civil) o bilateral (artículo 1289 del acotado), será ese el instante en el cual se verá extinguida la cláusula penal que respaldaba su cumplimiento.

De otro lado, es claro, también, que la cláusula penal se verá extinguida cuando el acreedor acuerde con el deudor la condonación de la deuda, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1295 del Código Civil.

Lo propio ocurrirá si la obligación garantizada con la penalidad se extingue en virtud de la consolidación, por reunirse en una misma persona las calidades contradictorias de acreedor y de deudor; pero si se produjera el cese de la consolidación, la obligación extinguida renacería con todos sus accesorios (incluida una eventual cláusula penal), sin perjuicio del derecho de terceros. Para el caso que nos ocupa, es claro que si la cláusula penal hubiese sido otorgada por un tercero, ella no renacería si cesara la consolidación.

La transacción, como sabemos, es un medio extintivo de obligaciones, pero que, dadas sus características y amplitud, también podrá revestir la calidad de creadora, reguladora o modificatoria de obligaciones. Se la emplea como un medio para la solución de problemas existentes entre las partes, con independencia de si se extinguen plenamente las obligaciones pendientes de cumplimiento.

Dentro de tal orden de ideas, es lógico pensar que la transacción pueda extinguir alguna relación obligatoria que se encontrara garantizada con cláusula penal o, a su turno, crear, regular o modificar alguna obligación garantizada con dicha cláusula.

Finalmente, nos referiremos a la cláusula penal y el mutuo disenso.

Como sabemos, a través del mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto. Pero, para que exista mutuo disenso, las partes que lo celebran deben tener obligaciones pendientes de cumplimiento. En caso contrario se trataría de una condonación.

Conforme a lo expresado, resulta evidente que dentro de las obligaciones extinguidas por mutuo disenso, perfectamente se podría encontrar alguna garantizada con cláusula penal. En el caso de este medio extintivo de obligaciones sí se aplicaría el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Por otra parte, indica Busso²⁸⁴ que del carácter accesorio de la cláusula penal surge como consecuencia que el derecho primordial del acreedor es el de obtener la prestación principal y la pena constituye para él una simple opción, sin que pueda el deudor liberarse con su ofrecimiento.

Siguiendo esta línea argumentativa, Colin y Capitant²⁸⁵ subrayan el carácter accesorio de la cláusula penal. La cláusula penal —dicen— tiene por fin asegurar el cumplimiento de una convención, lo que trae como consecuencia que el acreedor, en lugar de pedir el cumplimiento de la pena estipulada contra el deudor que ha incurrido en mora, puede pedir el cumplimiento de la obligación principal.

Precisan Colin y Capitant que no hay que entender este texto (el artículo 1228 del Código Napoleón) en el sentido de que significa que el acreedor podría elegir (como lo permitiría el Código Civil Ale-

²⁸⁴ BUSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 463.

²⁸⁵ COLIN, Ambroise y HENRI CAPITANT. *Op. cit.*, tomo II, p. 52.

mán, artículo 340) entre pedir ya el cumplimiento de la obligación, ya el pago de la pena estipulada, pues si así fuera, estaríamos en presencia no de una obligación con cláusula penal, sino de una obligación alternativa.

Aclaran los profesores citados que lo que el artículo 1228 del Código Civil Francés quiere decir es que la estipulación de la cláusula penal no impide al acreedor pedir el cumplimiento de la obligación principal. Únicamente en el caso de que esta sea imposible, debe contentarse con la indemnización de daños y perjuicios.

Con base en estos mismos conceptos se pronuncia Emiliani Román,²⁸⁶ quien afirma que como consecuencia del carácter accesorio de la cláusula penal, se concluye que esta sigue la suerte de la obligación principal. De lo señalado —considera el autor—, se desprende que si la obligación principal es nula, se considerará nula la cláusula penal, por la razón obvia de que no puede subsistir por sí sola.

A modo de conclusión, es preciso recordar que un sector mayoritario de la doctrina²⁸⁷ comparte las consecuencias que se derivan del carácter accesorio de la cláusula penal, señaladas con anterioridad.

El carácter accesorio de la cláusula penal se manifiesta en el artículo 1345²⁸⁸ del Código Civil Peruano de 1984. Dicha norma prescribe que «La nulidad de cláusula penal no origina la de la obligación principal».

²⁸⁶ EMILIANI ROMÁN, Raimundo. *Op. cit.*, p. 296.

²⁸⁷ En este sentido, autores como Josserand (JOSSEAND, Louis. *Op. cit.*, vol. I, tomo II, p. 522), Cazeaux y Trigo Represas (CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Op. cit.*, tomo I, p. 241) y Bustamante Alsina (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Op. cit.*, p. 165), entre muchos otros, coinciden en las consecuencias que se desprenden del principio de accesoriedad de la cláusula penal, antes estudiadas.

²⁸⁸ - Fuentes nacionales del artículo 1345

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar a la Ley de las Siete Partidas,

Ley 38, Título XI, Partida Quinta: «Poniendo pena algunos omes entre si, sobre promission que fiziessen, maguer la promission non sea valedera, vale la pena, e sera tenuto de la pechar el que la fizo».

Otra de las fuentes coloniales, está constituida por el Fuero Real, Ley 6, Título XI, Libro I: «Quando Pleyto alguno es fecho sobre cosa que no puede ser, y es pena puesta en él; o si se prometió por pena, por facer cosa que es defendida en derecho, que se no deba facer, ni tener; o si es Pleyto leído, e nescio, tal Pleyto no vala, ni la pena que fuera puesta sobre él».

El artículo 1345 del Código Civil Peruano de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la *Confederación Perú-Boliviana* de 1836, trataba el tema en su artículo 821: «La nulidad de la obligación principal arrastra la de la cláusula penal; mas la de ésta no quita su valor a la obligación principal»; en tanto que el Código Civil de 1852, lo hacía en el numeral 1302: «La cláusula penal es dependiente del contrato, y no tiene efecto cuando el contrato es nulo; pero la nulidad de la cláusula penal no envuelve la del contrato»; el Proyecto de Código Civil de 1890, en el artículo 1564: «Si la obligación es nula, también lo es la cláusula penal; pero por la nulidad de la cláusula no es nula la obligación»; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925, en el artículo 187: «La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal. La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, en el artículo 178: «La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal. La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, en el artículo 1218: «La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal»; y el Código Civil de 1936, en el numeral 1226: «La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, regulaba el particular en su artículo 76: «La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal.- La nulidad del acto jurídico deja sin efecto la cláusula penal, salvo cuando la obligación de indemnizar naciere de la declaración de aquélla»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 200: «La nulidad de la cláusula penal no origina la de la obligación principal»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1363: «La nulidad de la cláusula penal no origina la de la obligación principal»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1312: «La nulidad de la cláusula penal no origina la de la obligación principal».

- Fuentes y concordancias extranjeras

Concuerdan con el artículo 1345 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos

Lo expresado —como se ha dicho—, encuentra fundamento en que la pena convencional es una cláusula accesoria en relación de dependencia con la obligación principal. Aquella no podría influir sobre la existencia de esta, pues la nulidad de la cláusula no acarrea la de la obligación principal. Por el contrario —como lo manifiestan la totalidad de los tratadistas consultados—, la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, ya que esta equivale al resarcimiento por causa de inejecución de una obligación, de suerte que si la obligación no es exigible, porque es nula, no hay lugar a resarcimiento alguno.

Civiles Hondureño de 1906 (artículo 1420, el mismo que agrega que la nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal), Portorriqueño de 1930 (artículo 1109), Costarricense de 1888 (artículo 709, primer párrafo), Uruguayo (artículo 364), Ecuatoriano (artículo 1579), Venezolano de 1880 (artículo 1155), Chileno (artículo 1536), Boliviano de 1831 (artículo 818), Boliviano de 1976 (artículo 536), Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 776), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 408), Español (artículo 1155), Etiope (artículo 1894) y Argentino (artículo 663).

Adicionalmente mencionamos que el Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 455), prevé, además, que anulado el acto jurídico, subsiste la pena, si ha sido pactada por un tercero con la cláusula de incurrirse en ella si él no cumpliere la obligación principal.

El Proyecto de Código Civil Portugués de 1967 (artículo 396, inciso 3) señala, además, que la cláusula penal está sujeta a las formalidades exigidas para la obligación principal. El Código de la Provincia de Québec (artículo 1132), por su parte, dispone que la nulidad de la obligación principal supone la de la cláusula penal; pero que la nulidad de esta última no conlleva la de la obligación principal.

En este punto citamos al Código Civil Argentino, el mismo que establece (artículo 663) que la nulidad de la obligación principal causa la nulidad de la cláusula penal; pero la nulidad de esta deja subsistente la obligación principal. Adicionalmente este Código señala (artículo 664) que subsistirá, sin embargo, la obligación de la cláusula penal, aunque la obligación no tenga efecto, si ella se ha contraído por otra persona, para el caso de no cumplirse por esta lo prometido. Y además establece (artículo 665) que si la obligación principal se extingue sin culpa del deudor queda también extinguida la cláusula penal.

A decir del maestro León Barandiarán,²⁸⁹ es preciso afirmar que si la cláusula penal tiene por objeto asegurar la ejecución de una prestación prometida, su razón de ser es así, dependiente de la eficacia de la obligación principal; y, en consecuencia, la cláusula penal no puede colocarse bajo exigibilidad jurídica a promesas prohibidas o ilícitas, ni a aquellas a las cuales el orden jurídico niega su reconocimiento, por carencia de un interés digno de ser protegido. Por lo tanto, la cláusula penal es un medio de seguridad para el cumplimiento de una promesa eficaz, no teniendo la fuerza para generar por sí misma intereses jurídicamente reconocidos.

Agrega el jurista peruano que no modifica la consecuencia anotada, el hecho de que la pena no tenga efectos si no es exigible la obligación principal. La circunstancia de que las partes conocieran la ineficacia de la obligación y pretendieran pagarla con la estipulación de una cláusula penal no remediaría el problema.

Asimismo, siguiendo a León Barandiarán, diremos que es importante señalar que como consecuencia del principio *accessio cedit principale*, se comprende que no podrá exigirse la pena estipulada cuando tenga por objeto sancionar una obligación ilícita o que repugne a las buenas costumbres. De otro lado, no podrá aquella ser demandada, cuando se haga imposible el cumplimiento de la obligación por culpa del acreedor y también por caso fortuito. La fundamentación es obvia. La pena es expresiva de los daños y perjuicios por incumplimiento, y no puede haber lugar a los mismos cuando el incumplimiento no es imputable al deudor, pues en tal hipótesis se resuelve la obligación principal.

²⁸⁹ LEÓN BARANDIARÁN, José. Citado por OSTERLING PARODI, Felipe. *Derecho de Obligaciones. Materiales de Enseñanza*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1982, tomo I, pp. 351-353.

Finalmente, León Barandiarán anota que el principio mismo que informa la recíproca relación entre la pena y la obligación principal está constituido porque la extinción de la última acarrea la de la primera. Por eso, si se cumple la obligación mediante su pago, la pena no tiene posibilidad de actuar; lo mismo, si se incumple sin culpa del deudor.

17.1.2. Excepciones al principio de accesoriedad de la cláusula penal

No obstante la tradición prácticamente universal que postula el carácter accesorio de la obligación penal y que comparte las consecuencias que de él se derivan, se ha pretendido introducir excepciones, las mismas que responden a una estructura especial —como señala Colmo—,²⁹⁰ en virtud de la cual no puede decirse que la pena tenga carácter accesorio, sino que más bien constituye un objetivo de la convención, paralelo al objetivo representado en la prestación principal.

A continuación, estudiaremos las siguientes excepciones.

17.1.2.1. Cuando el deudor conocía la causal de invalidez al momento de la celebración del acto

Winscheid²⁹¹ ha formulado la siguiente distinción:

Si al momento de la celebración del acto, el deudor ignoraba la nulidad de lo principal, la cláusula penal es también nula. En cambio, si el deudor conocía dicha invalidez, la cláusula penal lleva implícita una renuncia a ejercer la acción de nulidad y, por ello, su validez dependerá de la eficacia de esta renuncia.

²⁹⁰ COLMO, Alfredo. *De las Obligaciones en General*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1961. Citado por BUSSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 463.

²⁹¹ WINSCHIED, Bernhard. *Op. cit.*, tomo II, p. 120. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 65 y 66.

Bajo esta línea de pensamiento, Kemelmajer de Carlucci²⁹² precisa que si se trata de acciones de nulidad renunciables (solo las nulidades relativas en el Derecho Argentino), y el deudor hace valer la nulidad no obstante el pacto de no accionar, debe la pena.

Esta solución —añade la profesora argentina— recibió acogida parcial en el Proyecto de Código Civil Argentino de 1936, que en su artículo 606 disponía que

[...] un tercero puede responsabilizarse para el caso de que el deudor invocare la nulidad del crédito, siempre que el tercero conociere la causa de la misma y que ella no derivase de una contravención a las disposiciones relativas al objeto de los actos jurídicos.²⁹³

Por otra parte, es importante anotar que dicha posición ha sido rechazada enfáticamente por un sector considerable de autores, quienes como Borda²⁹⁴ insisten en que no conviene legitimar procedimientos que, por un rodeo, concluyen transformando en letra muerta las reglas sobre nulidad.

En este sentido, Kemelmajer de Carlucci comparte la solución del artículo 344 del Código Civil Alemán, que expresamente declara la nulidad de la cláusula aun en los supuestos en que quien contrató hubiese conocido la ineficacia del título.

Nos adherimos a la posición antes descrita. Por lo tanto, consideramos que no constituye una excepción al principio de accesoriedad

²⁹² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 65 y 66.

²⁹³ Esta posición ha sido defendida con algún éxito por autores italianos. En este sentido Ricci (RICCI, Francesco. *Derecho Civil Teórico y Práctico*. Traducido por Eduardo Ovejero, tomo XIII, n.º 186. Madrid: Editorial La España Moderna. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 66) cita jurisprudencia de la Corte de Casación de Nápoles.

²⁹⁴ BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 215. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 66.

de la cláusula penal, la circunstancia de que el deudor, al momento de la concertación, haya conocido la causal de invalidez de la obligación principal, ya que en estos casos también debe declararse la nulidad de la pena convencional.

Resulta indiferente, por tanto, si el deudor tenía o no conocimiento de la nulidad de la obligación principal, pues no hallamos razón alguna para deducir que si tuviera tal conocimiento, estaría renunciando a la posibilidad de hacer valer ese efecto con relación a la penalidad pactada.

Por tanto, quien conoce la nulidad de la obligación principal, estaría contrayendo una cláusula penal con el tácito conocimiento de que nunca podrá llegar a exigirse su cumplimiento.

Se entiende que todas las consideraciones mencionadas se refieren al hecho de que la nulidad de la obligación principal sea absoluta.

Ahora nos corresponde emitir opinión para el caso en que tal nulidad fuese relativa.

En principio debemos dejar establecido que resultará inusual suponer que el deudor de la obligación principal la contraiga a sabiendas de que ella es anulable, más aún cuando los supuestos de anulabilidad generalmente implican el desconocimiento por el deudor del carácter anulable del acto, como sería el caso de los actos jurídicos celebrados mediando error o dolo (error inducido).

En otros casos, en cambio, el deudor podría ser consciente del carácter anulable del acto, precisamente al momento en que lo celebra, como sucedería si lo hace presionado por intimidación o violencia o en cualquier otro supuesto similar.

Dentro de tal orden de ideas, descartando el primer caso y asumiendo el segundo, vemos que tal situación podría resultar factible en la realidad de los hechos.

Así, correspondería preguntarnos si la celebración de un acto viciado de anulabilidad, con la existencia de una cláusula penal no viciada, implicaría la renuncia tácita del deudor a demandar la anulación del acto o la anulación de la obligación principal.

Pensamos que la respuesta negativa se impone, por una simple cuestión de lógica, en la medida en que se configuraría una situación de absoluta inequidad si aplicásemos el razonamiento opuesto.

La nulidad de la obligación principal debe acarrear la nulidad de la cláusula penal, resultando intranscendente —para tal efecto— el hecho de si el deudor conocía, al momento de celebrar el acto, la causal de anulabilidad que afectaba a la obligación principal.

En estos casos no existe presunción de convalidación alguna. En tal sentido precisa recordarse lo dispuesto por el artículo 218 del Código Civil, el que declara nula la renuncia anticipada a la acción que se funde en error, dolo, violencia o intimidación.

17.1.2.2. Cuando se trata de cláusulas penales estipuladas en contratos en los que se venden cosas ajenas

Aquí tratamos sobre la relación existente entre la venta de bien ajeno y la cláusula penal.

En primer lugar, cuando nos referimos a un contrato de venta de bien ajeno, estamos aludiendo, precisamente, a un contrato de compraventa y no a una figura similar, parecida o afín. Aquí el contrato de compraventa es común y corriente, regido por los artículos 1529 a 1601 del Código Civil, siendo su único elemento distintivo —y el que le da el carácter de interés doctrinario— que el bien objeto de la prestación del vendedor no le pertenece en propiedad al momento de la celebración del contrato.

Luego, conviene precisar que la contratación en general sobre bienes ajenos, y en especial el contrato de compraventa de bienes de tal

carácter, no tiene relevancia en todos los casos, sino solo cuando estamos ante bienes ciertos. Los supuestos de bienes indeterminados o de bienes fungibles carecen de importancia para nuestro análisis, aunque al momento de la celebración del contrato no pertenezcan en propiedad al vendedor.

En principio, el género a nadie le pertenece y la especie tampoco, a menos que estemos hablando de géneros tan limitados que puedan pertenecer exclusivamente a una persona.

Pero vamos a ocuparnos de un género cualquiera. Por señalar un ejemplo, el género de los automóviles. Sin lugar a dudas, a nadie pertenecerán todos los automóviles existentes, pero podría darse el caso que a una persona no le pertenezca algún automóvil que se ha obligado a entregar.

Aquí caben dos posibilidades: que esa persona se haya obligado a entregar un automóvil perfectamente identificado, es decir, un bien cierto; o que se haya comprometido a entregar un automóvil de una determinada marca, sin especificarlo ni determinarlo, supuesto en el cual estaremos ante una obligación de dar un bien incierto o indeterminado.

No hay duda de que el primer contrato (aquel de bien cierto) deberá regirse por las normas del contrato de venta de bienes ajenos, ya que al tratarse de un bien cierto o determinado al tiempo de la celebración del contrato, será verdaderamente relevante que ese bien pertenezca o no a quien se obliga a transferirlo. Aquí se plantea el tema de la contratación sobre bienes ajenos y sus consecuencias teóricas y prácticas.

El bien no es de quien lo vende, y como se trata de una prestación cierta de propiedad de un tercero, vamos a analizar las soluciones que plantea la ley para resolver el problema.

Todo se reduce a la duda de qué pasará si el dueño del bien no transfiere la propiedad al vendedor, a fin de que este, a su vez, pueda transferirlo al comprador. Si el vendedor no logra obtener la propiedad, simplemente no podrá cumplir la obligación que ha asumido. Este es un supuesto complejo y por tanto digno de tratamiento y regulación.

Volviendo al caso de un vehículo indeterminado, pero determinable (solo determinado en su especie y cantidad), él no plantea problemas.

En estos casos no es poco usual que los bienes no pertenezcan a quien se obliga a transferirlos, y si no se ha efectuado una determinación de los mismos al momento de la celebración del contrato, esto obedece a que el vendedor podrá adquirirlos en el mercado.

Es por tal razón que en el caso de los bienes inciertos, no obstante que estos revistan el carácter de ajenos (y también podría tratarse de bienes futuros), deberá aplicárseles la normatividad que corresponde a los bienes presentes. Es decir, si se tratase, como en el ejemplo anotado, de un contrato de compraventa, no deberá regir ninguna de las normas de excepción relativas a los bienes ajenos o futuros, sino los preceptos generales del contrato de compraventa, así como, previamente, a fin de efectuar la elección, los referentes a las obligaciones de dar bienes inciertos.

Similares conceptos se aplican a los bienes fungibles que al momento de la celebración del contrato no pertenezcan en propiedad al vendedor. En el caso de estos bienes en los que cada uno equivale al otro y son plenamente intercambiables, serán de aplicación las normas generales relativas al contrato de compraventa.

Aquí cabe tener presente que esta fue una de las excepciones más importantes de la doctrina y jurisprudencia francesas del siglo XIX, para sustraer de la nulidad del artículo 1599 del Código Napoleón a

los contratos respecto a bienes ajenos que se celebraran sobre bienes indeterminados o fungibles.

Pero ahora no necesitamos ratificar dicha excepción como causal de salvación de un acto jurídico, sino lo hacemos como fundamento doctrinario básico para determinar cuál debe ser su tratamiento.

Manuel de la Puente y Lavalle²⁹⁵ coincide con nuestras apreciaciones acerca de los diversos contratos susceptibles de tener como objeto de sus prestaciones bienes ajenos, y señala, en criterio que compartimos, que los principales problemas planteados por la doctrina al respecto, se circunscriben al contrato de compraventa.

Entendemos por venta de bien ajeno, en estricto, a aquel contrato de compraventa celebrado entre un vendedor que no es propietario del bien que vende, y un comprador común y corriente; surgiendo de este contrato, como en cualquier compraventa, la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien al comprador y la obligación del comprador de pagar su precio en dinero o signo que lo represente.

En tal sentido, la venta de bien ajeno ideal sería aquella en donde comprador y vendedor supiesen que el bien es de propiedad de un tercero; pero somos conscientes que en la mayoría de casos ello no será así.

Ahora bien, para señalar cuales serían las consecuencias de pactar una cláusula penal que asegure o garantice el cumplimiento de la obligación del vendedor en una venta de bien ajeno, resulta imprescindible abordar el tema desde la perspectiva de las diversas teorías en torno a la figura de la venta de bien ajeno.

²⁹⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Primera Parte, tomo III, pp. 436-439.

En tal virtud, debemos tratar sobre las posiciones que sostienen que dicho contrato es nulo, anulable, resoluble o válido; la de aquellos Códigos Civiles que se abstienen de pronunciarse sobre el particular, y los que lo consideran rescindible.

17.1.2.2.1. *Contrato nulo*

A raíz de la promulgación del Código Civil Francés (1804), el más importante del proceso codificador de los siglos XIX y XX, se suscitó una interesante discusión sobre la materia. Este Código contiene una norma, el artículo 1599, que señala que la venta de bien ajeno es nula, pudiendo dar lugar al abono de daños y perjuicios cuando el comprador haya ignorado que la cosa fuere de otro. Dicho artículo contravenía el principio romano que se pronunciaba por la validez de un contrato de estas características, criterio que imperaba en el Derecho Francés antes de la promulgación del *Code*.²⁹⁶

En este punto de nuestro análisis, conviene recordar el argumento planteado por Manuel de la Puente y Lavalle,²⁹⁷ quien señala que este sencillo sistema de compraventa obligacional romano, tan fácil de comprender por los conocedores romanos del Derecho, se vio progresivamente perturbado por la difusión de las ideas de Grocio y Puffendorf sobre la necesidad de dar mayor relevancia al consentimiento contractual, haciéndolo suficiente para la transmisión del dominio sin necesidad de otro requisito adicional. Estas ideas fueron acogidas por importantes juristas franceses, entre los que cabe

²⁹⁶ Para apreciar un desarrollo más profundo acerca de la historia y evolución de la venta de bien ajeno, remitimos al lector al trabajo de uno de los coautores de este Tratado: CASTILLO FREYRE, Mario. *Los Contratos Sobre Bienes Ajenos*. Lima: CONCYTEC, 1990, pp. 73-149.

²⁹⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre el Contrato de Compraventa*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1998, p. 71.

citar a Loysel, Domat, Ricard y, aunque combatidas tesoneramente por Pothier, quien sostenía que el contrato de venta no transfería la propiedad sino obligaba al comprador con respecto al vendedor a hacerle adquirir libremente una cosa a título de propietario, se plasmaron en el sistema del Código Napoleón relativo a la transmisión de la propiedad por contrato.

Consecuencia lógica de este sistema, que requería que el vendedor fuera propietario del bien materia de la venta, fue la declaración de la nulidad de la venta de cosa ajena contenida en el artículo 1599 de dicho Código.

La discusión en torno a la nulidad de la venta de bien ajeno ha constituido, sin duda, el signo distintivo de la figura durante el siglo XIX y principios del siglo XX y representa aquella postura legislativa y doctrinaria que más problemas teóricos ha ocasionado para poderla entender a cabalidad.

De lo expuesto, podemos deducir que de considerarse nula la venta de bien ajeno, debido a la causal que fuere, invariablemente la eventual obligación accesoria que asegurara el cumplimiento de la obligación del vendedor, sería nula.

Por las razones que oportunamente expusimos, no resultaría factible la subsistencia de la cláusula penal en tanto la obligación principal se extinguiera por causa de nulidad.

Ahora bien, más allá de todos los argumentos que ha sostenido la doctrina —especialmente la francesa— a favor de la nulidad de la venta de lo ajeno, es claro que dentro del Derecho Peruano contemporáneo la causal que podría entenderse como prevaleciente sería aquella que sanciona como nulo a este contrato por tener fin ilícito; y, en la gran mayoría de casos, dicho fin ilícito se manifestará por el afán de despojo que comprador y vendedor de lo ajeno tendrán con relación al verdadero propietario del bien; o si el vendedor vende el

bien ajeno engañando al comprador, haciéndolo pasar como propio, configurándose el delito de estelionato.

17.1.2.2.2. Contrato anulable

Dado que en el Derecho Francés la palabra «nulidad» puede comprender tanto la nulidad absoluta como la nulidad relativa (anulabilidad en el Derecho Peruano), la doctrina y jurisprudencia de ese país se esforzaron por precisar que el carácter de dicha nulidad era relativo y no absoluto, principio que —a entender del sector inmensamente mayoritario de la doctrina francesa— es el más razonable.

Además, esta fue la opción que empezó a triunfar jurisprudencialmente en Francia desde la dación del Código Civil. A ella se adherieron Laurent, Planiol y Ripert, Guillouard y Baudry-Lacantinerie, entre otros.

Como se recuerda, una de las causales en las que se ha basado tradicionalmente la anulabilidad de la venta de bien ajeno, ha sido el error del comprador en considerar equivocadamente que el bien era propio del vendedor y no ajeno a él (en el entendido que dicho vendedor también se encontrara en la equivocada creencia de que el bien le pertenecía en propiedad).

La otra causal de anulabilidad es el dolo, entendido como el vicio de la voluntad en que incurre el comprador, inducido por el vendedor, ya sea por acción o por omisión, para llevarle a celebrar la compraventa, haciéndole creer que el bien vendido era propio del vendedor, cuando en realidad tenía el carácter de ajeno.

En torno al tema de la cláusula penal, podría decirse que si la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien, estuviese garantizada por una cláusula penal, ello conduciría a que la obligación principal fuese anulable —tal como expresamos al analizar el tema de la cláusula penal y la anulabilidad de los contratos—, no pu-

diéndose pactar la prohibición *a priori* de demandar la anulabilidad de la venta de lo ajeno, pues estaríamos yendo contra normas de orden público.

De esta forma, el contrato de venta de bien ajeno que padezca de alguna causal de anulabilidad será uno en el cual también se encuentre presente el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

17.1.2.2.3. La anulabilidad de la venta de bien ajeno según el Proyecto de Código Civil de Andrés Bello y los Códigos Civiles que lo tomaron como modelo

A pesar de ser susceptible de estudiarse dentro del grupo de Códigos Civiles evaluados cuando analizamos el Sistema de la nulidad relativa, pues tienen este carácter, hemos optado por examinarlos separadamente, dadas sus peculiares características e importancia. Se trata de un grupo de Códigos Civiles que, en lo que respecta al tema en estudio, hemos optado en denominar como «la Corriente de Andrés Bello». Veamos por qué.

Sin duda, en lo que respecta al ámbito latinoamericano, influyó decisivamente en el proceso codificador de este Continente, el Proyecto de Código Civil elaborado por el insigne intelectual venezolano Andrés Bello. Este Proyecto, que contenía tres normas acerca del contrato de venta de bien ajeno, los artículos 1995, 2003-A y 2003-B, fue fuente para la elaboración de los Códigos Civiles Chileno (1857), Uruguayo (1868), Colombiano (1873), Venezolano (1880) y Ecuatoriano (1887). También tuvo notable influencia sobre el Código Civil Panameño de 1917.

Analicemos por qué es importante la corriente creada por el Proyecto de Andrés Bello.

El Proyecto Bello fue, hasta donde tenemos conocimiento, el primer Proyecto de Código Civil de América Latina (y no podemos ase-

gurar si más allá de nuestro Continente), que establece de manera expresa que el contrato de venta de bien ajeno puede ser un contrato perfectamente válido. Este Proyecto de Código señalaba, en su artículo 1995, que la venta de la cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida. El Código Civil Chileno recogió esta norma en su artículo 1815, pero con el agregado de que esos derechos no se extinguían por el paso del tiempo. El Código Civil Uruguayo recoge este precepto en su artículo 1669, pero concluye señalando que la venta vale, mientras «no se extinga por la prescripción». Los Códigos Colombiano y Ecuatoriano optan por similar conclusión que el Código Civil Chileno, en sus respectivas normas (los artículos 1871 y 1781).

Como acaba de ser mencionado, la principal virtud del proyecto de Código Civil de Andrés Bello fue la de adelantarse a su tiempo, contemplando la posibilidad de que el contrato de venta de bien ajeno pudiese ser válido.

Y dicho contrato será válido cuando comprador y vendedor conozcan el carácter ajeno del bien, y celebren el contrato sin la finalidad de causar un daño o un despojo a su verdadero propietario.

Al ser el contrato de compraventa uno de carácter meramente obligatorio, resultará perfectamente factible pensar en la posibilidad de que el vendedor de lo ajeno se haga de la propiedad de dicho bien y luego proceda a transferírselo al comprador.

Si en este contrato la obligación del vendedor estuviese asegurada por una cláusula penal, dicha cláusula penal sería válida, en estricta aplicación de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Es evidente, dentro de tal orden de ideas, que cabe la posibilidad de que el vendedor cumpla o no con la obligación que ha asumido de transferir la propiedad del bien al comprador.

En caso de cumplimiento, el comprador vería satisfechas sus expectativas y sin duda no tendría derecho a reclamar el pago de la penalidad pactada.

Pero en la eventualidad de que el vendedor incumpliera con su obligación de transferir la propiedad del bien, el comprador tendría el derecho de exigirle el cumplimiento de la penalidad pactada.

17.1.2.2.4. Códigos Civiles que consideran a la venta de bien ajeno como un contrato resoluble

El criterio que considera al contrato de venta de bien ajeno como susceptible de resolución por incumplimiento tiene larga data en doctrina, a pesar de que recién se plasmó legislativamente en el Código Civil Italiano de 1942.

Tal parecer fue sostenido por Colmet de Santerre,²⁹⁸ precursor de esta tesis, quien no fue seguido por ningún otro autor.²⁹⁹

Foignet señala que Colmet de Santerre estaba equivocado, por confundir en su razonamiento la venta y la transferencia de la propiedad de los bienes. Laurent califica su posición de «inadmisibile», ya que «el término ‘nulo’ (en el que se incluye a las nulidades absoluta y relativa) no significa jamás ‘resoluble’», señalando que hay que «tomar la ley tal cual ella es».

Crítica similar formula Josserand,³⁰⁰ cuando señala que

²⁹⁸ COLMET DE SANTERRE. Citado por FOIGNET, René. *Manuel Élémentaire de Droit Civil*. París: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1904, tomo I, p. 420.

²⁹⁹ FOIGNET, René. *Op. cit.*, tomo I, p. 417, y LAURENT, François. *Principes de Droit Civil Français*. París: Livrairie A. Maresq Ainé, 1875-1893, tomo III, p. 108.

³⁰⁰ JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, vol. II, tomo II, p. 25.

Tal opinión choca directamente con el texto del artículo 1599, que establece la nulidad y no la resolución de la venta de la cosa ajena; no cuadra con las soluciones jurisprudenciales que indicaremos más adelante ni con los efectos que la ley hace producir a la venta de la cosa ajena, que constituye sobre todo un justo título para la usucapión de diez a veinte años y juega así un papel que no podría tener un título resuelto.

Esta opinión también es compartida por los Mazeaud,³⁰¹ cuando expresan que

En verdad, si el legislador no hubiera establecido ninguna disposición relativa a la venta de la cosa ajena, el comprador tendría derecho a pedir la resolución judicial. Pero, precisamente, el artículo 1599 sanciona la imposibilidad de la transmisión, y no la sanciona con la resolución judicial, sino con la nulidad, lo cual es muy diferente.

Para concluir los comentarios sobre esta corriente de opinión, consideramos necesario citar las cuatro razones de Baudry-Lacantinerie³⁰² para refutarla.

- (a) La resolución que se ha llamado nulidad no puede ser demandada más que por el comprador (argumento del artículo 1184);
- (b) La acción que la ley atribuye a este efecto dura 30 años: esta es la duración normal de las acciones de resolución;
- (c) La resolución no existe más que cuando ha sido pronunciada por la Justicia, la que puede acordar una prórroga al vendedor para ejecutar su obligación (argumento del artículo 1184);
- (d) Si el vendedor deviene propietario antes de que la resolución haya sido pronunciada, la propiedad pasa inmediatamente al

³⁰¹ MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, Parte III, vol. III, p. 92.

³⁰² BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo III, p. 95.

comprador, quien ya no podrá más obtener la resolución (argumento del artículo 1138).

De los Códigos Civiles consultados, existen tres: el Código Civil Italiano de 1942, el Código Civil Boliviano de 1976 y el Código Civil Paraguayo de 1987, que optan por el sistema de la resolución del contrato de venta de bien ajeno.

Dentro del Derecho Peruano, el contrato resoluble sigue la línea de las legislaciones italiana, boliviana y paraguaya.

Se entiende que la figura aplicable al caso bajo estudio, sería la resolución por incumplimiento, contemplada en los artículos 1428 y siguientes del Código Civil Peruano.

Ahora bien, el que se presente la causal de incumplimiento no implica que el comprador perjudicado necesariamente recurrirá a resolver el contrato, más aún si asumimos la hipótesis en la cual la obligación del vendedor estuviese asegurada por una cláusula penal.

En estos casos, resultaría evidente que el comprador perjudicado podría optar por el cobro de la penalidad (compensatoria), en lugar de transitar por el camino de la resolución del contrato; o resolver el contrato luego de haber constituido en mora al deudor (y así cobrar adicionalmente una eventual penalidad moratoria).

17.1.2.2.5. Códigos Civiles que se abstienen de pronunciarse sobre el tema de la venta de bien ajeno

Por otra parte, tenemos a un grupo de Códigos Civiles que no incluyen norma alguna acerca del contrato de venta de bien ajeno, al que hemos denominado como «El Sistema Abstencionista».

Es dentro de este grupo de Códigos que tal vez resulte más difícil plantear de manera unívoca la aplicación de la cláusula penal, por cuanto dentro de los respectivos Derechos nacionales de los paí-

ses cuyos Códigos se enmarcan dentro de este sistema, las soluciones doctrinarias y jurisprudenciales son de lo más diversas, repitiendo el abanico de alternativas sostenidas por las diversas tendencias estudiadas.

Dentro de tal orden de ideas, las soluciones correspondientes a cada uno de estos sistemas serán aplicables, según sea el caso, a los diversos países en donde imperen, respectivamente.

17.1.2.2.6. Códigos Civiles que consideran a la venta de bien ajeno como contrato rescindible. La singular posición del Código Civil Peruano de 1984

Únicamente el Código Civil Peruano de 1984 considera que la venta de bien ajeno es rescindible, a través de lo prescrito por los artículos 1539 y 1540 de dicho cuerpo legal. El resto de Códigos Civiles, como ha sido visto, se inclinan por establecer las acciones de nulidad, anulabilidad, resolución o, por último, guardan silencio al respecto, lo que determinaría que se aplicaran, en estos casos, los respectivos principios generales.

Ahora corresponde el análisis de la singular posición adoptada por el Código Civil Peruano de 1984.

El artículo 1539, dada su redacción y el contenido de las dos normas que lo preceden, plantea una serie de interrogantes que a nuestro entender pueden tolerar más de una respuesta coherente.

El artículo 1537, que debería ser la norma que regulase el principio general de la venta de bienes ajenos, no lo contiene al remitir el tema a los artículos 1470, 1471 y 1472, relativos a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, y estaría, aparentemente, negando la posibilidad de que el contrato de venta de bien ajeno, en estricto, exista dentro de nuestro Código Civil y que, necesariamente,

esté sometido a la regulación de la figura antes mencionada de cuya naturaleza difiere absolutamente.

Sin embargo, encontramos que el artículo 1539 del Código Civil Peruano trata expresamente de la venta de bien ajeno. Esto nos lleva a plantear dos situaciones:

- (a) No obstante ser cierto que en el artículo 1539 se trata de la venta de bien ajeno, esta estaría regida por las normas de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, en virtud de ser un pacto por el cual una parte (en este caso el vendedor), se compromete a obtener que otra (el comprador), adquiera la propiedad de un bien, y estar comprendido, por tanto, dentro del supuesto general del artículo 1537.
- (b) Podría plantearse el caso, dada la redacción del artículo 1539, que este establezca un supuesto absolutamente distinto del comprendido en los artículos 1537 y 1538, permitiendo el Código Civil que se contrate expresamente una venta de bien ajeno en estricto, y que establezca, para el caso en el cual el comprador desconocía el carácter ajeno del bien, la posibilidad de que este pueda demandar judicialmente la rescisión del contrato celebrado.

En adelante el desarrollo de estos criterios.

- (a) De sostener la primera de las interpretaciones señaladas, llegaríamos a la conclusión de que el Código Civil Peruano impide que se contrate expresamente una venta de bien ajeno en estricto, sin que este contrato se rija por las reglas propias del contrato de compraventa y no siempre por las de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Podríamos llegar, en tal línea de pensamiento, a elaborar razonamientos nada claros respecto de esta figura, si afirmáramos

que la norma del artículo 1537 impide que se pacte un contrato de venta de bien ajeno, en estricto.

En tales situaciones tendríamos que concluir que el conocimiento o desconocimiento del carácter ajeno del bien sería determinante, según la regulación del Código Civil, para saber si los contratantes han celebrado una venta de bien ajeno o una promesa de la obligación o del hecho de un tercero, figura esta última que (por la innecesaria redacción del artículo 1537) habría que aplicar también al caso mencionado en el artículo 1539, en el que comprador y vendedor conocen que el bien es ajeno (ver última parte del artículo 1537).

Entonces nos encontraríamos ante la curiosa situación de que:

- (a.1) Si ambas partes saben que el bien es ajeno, el comprador no podría solicitar la rescisión del contrato, pero este contrato no sería uno de compraventa, sino uno de promesa de la obligación o del hecho de un tercero.
- (a.2) Si al menos el comprador desconoce que el bien era ajeno al momento de contratar, sí podría solicitar la rescisión del contrato celebrado, el mismo que sería una venta de bien ajeno.

Así, vemos que resulta perjudicial el haber incluido en el artículo 1537 la norma de remisión a la figura contenida en los artículos 1470 y siguientes.

Llegaríamos al absurdo de que no estaría expresamente legislada la venta de bien ajeno en estricto, es decir, cuando vendedor y comprador saben que el bien es ajeno y desean celebrar un contrato de compraventa y no uno de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, pero sí se prevé el caso en el cual el comprador cree —equivocadamente— que el bien es

propio del vendedor y lo compra. Se considera este caso como compraventa y se otorga al comprador la facultad de solicitar su rescisión.

¿Es que acaso el legislador habría preferido regular como compraventa un supuesto en el cual el comprador no ha expresado, necesariamente, su voluntad verdadera sobre otro en el que ambas partes saben perfectamente que quieren comprar y vender un bien ajeno?

¿Podría acaso entenderse que el artículo 1539 también se está refiriendo a un caso de promesa de la obligación o del hecho de un tercero y no a un contrato de compraventa? (al fin y al cabo esto sería congruente con los artículos 1537 y 1538, precedentes).

- (b) Consideramos que el segundo de los supuestos que hemos anotado es el correcto.

En nuestra opinión, los artículos 1537 y 1538 regulan la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, y los artículos 1539, 1540, 1541 y 1542, rigen el contrato de venta de bien ajeno.

Todo el problema y confusión respecto de la venta de bien ajeno en el Código Civil han sido generados por la indebida y ya criticada redacción del artículo 1537, y por el hecho de que el artículo 1538 sea consecuente con este.

En síntesis, el Código Civil Peruano contiene una doble e innecesaria regulación del problema. Hubiera bastado con los artículos 1539 y siguientes. Así todo sería más preciso.

La disposición contenida en el artículo 1409, inciso 2, que prescribe que la prestación materia de la obligación creada por el contra-

to puede versar sobre bienes ajenos, nos parece determinante para considerar que el resto del Código Civil, y más aún cuando regula lo relativo a los contratos que incluyen prestaciones de dar, debe seguir la misma línea. Sobre todo en el contrato más frecuente que incluye una obligación de dar por excelencia: la compraventa.

Relacionando la posición que sostiene que la venta de bien ajeno es rescindible, con la cláusula penal, debemos partir de la idea que un contrato rescindible es válido, y que la rescisión solamente tendría como consecuencia la ineficacia de dicho acto; nunca su nulidad.

En razón de lo expuesto, podemos considerar que si un acto rescindible, concretamente una venta de bien ajeno en la que el comprador desconocía el carácter ajeno del bien, contuviese una cláusula penal que garantizara el cumplimiento de la obligación del vendedor, este pacto sería perfectamente válido. En otras palabras, la cláusula penal mantendría su validez aunque el contrato fuese rescindido.

17.1.2.3. Cuando se trata de cláusulas penales estipuladas en contratos celebrados en favor de terceros

Este caso trata acerca de los supuestos contenidos en los artículos 1457³⁰³ y 1458³⁰⁴ del Código Civil Peruano de 1984. Aquí el promitente se obliga frente al estipulante a pagarle una pena, para el caso

³⁰³ El artículo 1457 del Código Civil Peruano expresa lo siguiente: «Por el contrato en favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona.- El estipulante debe tener interés propio en la celebración del contrato».

³⁰⁴ El artículo 1458 del Código Civil Peruano prescribe lo siguiente: «El derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato. Empero, será necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso de ese derecho, para que sea exigible, operando esta declaración retroactivamente».

en que el promitente no ejecute la obligación pactada a favor del tercero.

Bustamante Alsina³⁰⁵ expresa que en la doctrina francesa³⁰⁶ se afirma que la pena da vida a la obligación principal, en vez de recibirla de ella, y por tal razón también constituye una excepción al principio de accesoriedad.

Dentro de tal orden de ideas, precisa el profesor citado que

En este supuesto no hay sino una excepción impropia. En realidad hay dos obligaciones independientes: una es aquélla de la cláusula penal que el promitente debe cumplir a favor del estipulante en el caso de no ejecutar la primera.

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci³⁰⁷ manifiesta que este caso ha provocado algunas dudas, sobre todo en la jurisprudencia francesa, la misma que sostiene que cuando se pacta una prestación en beneficio de un tercero, a la cual accede una cláusula penal en favor del estipulante, nos hallamos ante otra excepción a la regla de la accesoriedad, pues no obstante la invalidez de la prestación principal (artículos 1119³⁰⁸ y 1121³⁰⁹ del Código Civil Francés), puede ser exigido el cumplimiento de la pena.

La cuestión no es exclusiva del Derecho Francés —precisa la profesora argentina—, sino que reconoce antecedentes romanos. En el

³⁰⁵ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Op. cit.*, pp. 166 y 167.

³⁰⁶ BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE. *Op. cit.*, tomo II, 1359. Citados por BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Op. cit.*, p. 167.

³⁰⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 69-71.

³⁰⁸ El artículo 1119 del Código Civil Francés expresa lo siguiente: «En general, no se puede obligar ni estipular en su propio nombre sino para sí mismo».

³⁰⁹ El artículo 1121 del Código Civil Francés prescribe lo siguiente: «Se puede estipular en provecho de un tercero cuando ella es condición de una estipulación que se hace para sí mismo o de una donación que se hace a otro».

Derecho Romano —como bien expresa Arangio Ruiz—,³¹⁰ las estipulaciones a favor de terceros no otorgaban acción para exigir su cumplimiento, por lo que la solución tradicional para ellas fue el anexarles una *stipulatio poenae*.

En cambio —añade Kemelmajer de Carlucci—, otros autores franceses —como Huc—³¹¹ entienden que no existe una verdadera excepción, por cuanto no es cierto que la obligación principal sea inválida; al contrario, la principal es eficaz, por cuanto se trata de la de pagar daños y perjuicios. Es decir, esta obligación, primitivamente inválida por falta de interés del acreedor, ha sido sustituida por otra válida, cual es la de pagar daños y perjuicios.

Dentro de tal orden de ideas, agrega Kemelmajer de Carlucci, debido a la legislación argentina, el problema anteriormente mencionado no se presenta como tal, porque el artículo 504 del Código Civil de ese país —separándose del precedente francés—, otorga plena eficacia a la estipulación en favor de terceros. Dicha norma prescribe lo siguiente:

Si en la obligación se hubiese estipulado alguna ventaja en favor de un tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiese aceptado y hécholo saber al obligado antes de ser revocada.

Por tanto, señala, siendo plenamente válida la estipulación, no hay razón alguna para dudar sobre la validez de la cláusula penal a que esta accede. Asimismo, no existiendo en el Código Civil Argentino norma que declare expresamente la validez de la cláusula penal es-

³¹⁰ ARANGIO RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de Derecho Romano*, p. 337. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1952. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 70.

³¹¹ HUC, Théophile. *Commentaire Théorique et Pratique de Code Civil*. París: Editorial Pichon, 1894, tomo VII, p. 369. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 70.

tablecida en favor del estipulante, ni tampoco norma prohibitiva al respecto, rige el artículo 1197³¹² de dicho cuerpo legal en toda su plenitud.

Concluye la jurista argentina indicando que en el caso de estipulaciones a favor de terceros se trata de una

[...] cuestión de regla o excepción porque existen dos obligaciones en cierto modo autónomas e independientes, una en favor del tercero y otra en favor del estipulante. Lo que caracteriza a la situación es que esta última no es pura, sino que está subordinada a la condición suspensiva de que el promitente no cumpla con el tercero.³¹³

A nuestro entender —compartiendo lo expresado por Kemelmajer de Carlucci y coincidiendo la normativa argentina con la peruana en el tratamiento de las estipulaciones en favor de terceros—, en este caso no hay pacto de cláusula penal, sino de una obligación principal. Esta obligación se halla sometida, en verdad, a la condición de que la estipulación o la promesa por otro no será ejecutada, pero ella no constituye por eso una obligación accesoria. Pero nuestras coincidencias con Kemelmajer de Carlucci en este punto terminan cuando señala que se trata de obligaciones autónomas e independientes.

Si se hubiere estipulado una prestación a favor de tercero y se hubiese pactado una cláusula penal que asegurase el cumplimiento de la obligación por el promitente ante ese tercero, podría presentarse el caso de que la cláusula penal hubiese sido pactada en favor del propio tercero o del estipulante.

³¹² El artículo 1197 del Código Civil Argentino preceptúa lo siguiente: «Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma».

³¹³ Están de acuerdo con lo expresado por Kemelmajer de Carlucci: Llambías (LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, 357) y Busso (BUSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, 22).

En dicho caso, será evidente el carácter accesorio de la penalidad, la misma que solo podría ser exigida por el tercero en caso de que el promitente no hubiese cumplido con su obligación.

Situación distinta se presentaría si la cláusula penal hubiese sido estipulada a favor del estipulante y no del tercero.

La razón que se aduce para considerarla como una prestación autónoma e independiente se basa en que ella ha sido pactada en favor de persona distinta de aquella que puede exigir el cumplimiento de la prestación principal.

Sin embargo, disentimos de este parecer, en la medida que la penalidad pactada solo podrá ser exigida por el estipulante en caso de que se produjera el incumplimiento del promitente de ejecutar la obligación en favor del tercero.

De lo expresado se aprecia con nitidez que la penalidad tiene carácter meramente accesorio y que resulta irrelevante a favor de quién han sido pactadas la obligación principal y la obligación accesorio.

17.1.2.4. Cláusulas penales estipuladas en contratos de promesa de la obligación o del hecho de un tercero

Un sector de la doctrina³¹⁴ considera como excepción el principio de accesoriedad de la cláusula penal, en caso de que se estipule en contratos que constituyan promesas de la obligación o del hecho de un tercero.

Como se recuerda, este supuesto se encuentra previsto en los artículos 1470, 1471 y 1472 del Código Civil Peruano de 1984, bajo

³¹⁴ DEMOLOMBE, C. *Traité des Contrats ou des Obligations Conventionnelles en Général*. tomo XXVI, 640, París, 1890; y SALVAT, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, p. 223.

la denominación de «Promesa de la obligación o del hecho de un tercero».

Cazeaux y Trigo Represas³¹⁵ manifiestan que «la cláusula penal que garantiza la estipulación hecha por un tercero es exigible, si el tercero no acepta convalidar lo que por él se ha prometido». Así, señalan el siguiente ejemplo:

Pedro promete que Pablo venderá su automóvil a Juan y conviene que en el supuesto de que así no fuere, pagará cien mil pesos a Juan en carácter de cláusula penal. Si Pablo no acepta vender su auto a Juan, la obligación convenida en su nombre queda sin efecto, no obstante lo cual subsistirá la cláusula penal y Pedro tendrá que pagar a Juan el importe que en tal concepto se ha estipulado.

Por su parte, Bustamante Alsina³¹⁶ señala que en realidad el efecto previsto por el artículo 664 del Código Civil Argentino, que dispone que «subsistirá, sin embargo, la obligación de la cláusula penal, aunque la obligación no tenga efecto si ella ha sido contraída por otra persona, para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido», constituye una excepción al principio de accesoriedad de la cláusula penal.

Adicionalmente, expresa el profesor citado que

En la promesa del hecho ajeno, en tanto que el tercero cuyo hecho se ofrece no es deudor de la prestación, quien hizo la promesa es deudor de la indemnización en el caso de que el hecho no se cumpla.

Bustamante Alsina precisa que aquí la obligación de la cláusula penal no es accesoria de otra obligación, pues el hecho del tercero no está en la obligación sino que funciona solo como condición. En

³¹⁵ CAZEAUX, Pedro N. y FÉLIX A. TRIGO REPRESAS. *Op. cit.*, tomo I, pp. 241 y 242.

³¹⁶ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Op. cit.*, p. 166.

consecuencia, concluye, entre las partes no hay otra obligación que la de la cláusula penal sujeta a la condición suspensiva de que el hecho del tercero no se cumpla.

Siguiendo esta línea argumentativa, Kemelmajer de Carlucci³¹⁷ manifiesta que en el supuesto bajo análisis, deben distinguirse las siguientes situaciones:

La primera sería la de una persona que sin poder, o sin poder suficiente, actúa en nombre de otra prometiendo el hecho de esta. Si la carencia o insuficiencia del poder es conocida por el contratante, el contrato es nulo e ineficaz frente al tercero por ser este *res inter alios acta*, salvo que lo ratifique.

En consecuencia —indica la profesora argentina—, ninguna indemnización se deben las partes y las cláusulas penales tampoco tendrán eficacia alguna.

Añade que encuentra discutible pensar que en estos casos haya una excepción a la máxima «*accessorium sequitur principali*». Por el contrario, Kemelmajer de Carlucci considera, con importante doctrina, que no existe tal excepción, porque aquí la cláusula penal accede a la obligación del promitente —plenamente válida— y no a la del hecho del tercero que no ha tenido efectos por falta de consentimiento.

La segunda situación a la que alude Kemelmajer de Carlucci es aquella en la cual el contratante ignora la insuficiencia o la falta de poder. El artículo 1933³¹⁸ del Código Civil Argentino dispone que el

³¹⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 71-73.

³¹⁸ El artículo 1933 del Código Civil Argentino dispone lo siguiente: «Quedará sin embargo personalmente obligado, y podrá ser demandado por el cumplimiento del contrato o por indemnización de pérdidas e intereses, si la parte con quien contrató no conocía los poderes dados por el mandante».

pseudo mandante podrá ser demandado por el incumplimiento del contrato (se entiende que ello ocurre siempre y cuando las prestaciones no sean *intuitu personae*) o por indemnización de pérdidas e intereses. Por ello precisa que no existe inconveniente legal en otorgar al contratante de buena fe la opción para reclamar los daños y perjuicios pactados mediante la cláusula penal, o bien remitirse a los principios de Derecho común.

Nosotros compartimos, en esta materia, el pensamiento de Bustamante Alsina, quien con la opinión de otros autores —como lo hemos visto—, sostiene que el caso bajo análisis (es decir, el supuesto de contratos en los que se promete la obligación o el hecho de un tercero), no constituye una excepción al carácter accesorio de la obligación penal.

Como expresa el jurista citado, en la promesa de la obligación o del hecho ajeno, en tanto que el tercero cuya obligación o hecho se ofrece no es deudor de la prestación, quien hizo la promesa, es decir, el promitente, es deudor de la indemnización en el caso de que la obligación o el hecho no se hubiese asumido o no se hubiese cumplido, respectivamente.

Adicionalmente, reiteramos que esta figura se encuentra prevista por los artículos 1470 a 1472 del Código Civil Peruano, como ha sido mencionado en su oportunidad.

Recordemos que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero es un mecanismo contractual a través del cual el promitente promete al promisorio que un tercero se obligará con este último o que un tercero realizará en favor de este último un determinado hecho.

Es claro que en esta figura contractual no se está prometiendo una actividad propia, sino una actividad ajena, es decir, perteneciente o correspondiente a alguien que no ha participado ni es parte en el contrato.

Se trata, en consecuencia, de un caso excepcional en donde la obligación no tiene por objeto una prestación que consista en la ejecución de un hecho propio del deudor, entendido como actividad de cumplimiento.

Ahora bien, es claro que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero puede estar acompañada por una cláusula penal.

Es más, el artículo 1470 del Código Nacional establece que ante el incumplimiento de la promesa el promitente deberá indemnizar al promisario.

La ley peruana no exige que las partes hayan convenido anticipadamente el monto de tal indemnización. Sin embargo, ello podría ocurrir en virtud de lo dispuesto por el artículo 1472 del propio Código.

Si nos encontrásemos en este último caso, sin duda estaríamos en presencia de una cláusula penal compensatoria, pues dicha estipulación reuniría todos los requisitos que hemos venido estudiando.

Dentro de tal orden de ideas, resulta claro que si el tercero no se obligara o no cumpliera el hecho prometido por el promitente, se estaría produciendo el incumplimiento de la obligación del promitente. En tal virtud, se desencadenarían los efectos propios de la cláusula penal pactada en garantía del cumplimiento de la obligación asumida por el promitente.

Así, ante la inacción del tercero, el promisario podría demandar al promitente la ejecución de la penalidad pactada.

Desde nuestro punto de vista, resulta claro que la penalidad tiene en este caso carácter accesorio con respecto a la obligación cuya ejecución por parte del tercero ha sido prometida por el promitente al promisario.

No vemos razón alguna, por ello, que impida aplicar todas las reglas que hemos analizado sobre la cláusula penal.

Creemos que este caso no constituye excepción al principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

17.1.2.5. *Cláusulas penales estipuladas para casos en donde eventualmente exista culpa* in contrahendo

La doctrina moderna enseña que las tratativas engendran para las partes intervinientes ciertos deberes de conducta. En este sentido, expresa Kemelmajer de Carlucci³¹⁹ que en virtud de dichos deberes y del principio *neminem laedere*, se debe responder por los daños y perjuicios que se causen con motivo de la contratación, aun cuando el contrato no llegue a celebrarse.

En esta línea de pensamiento, Polacco³²⁰ afirma que

[...] nada obsta a que se pacte una cláusula penal en previsión de los daños que un futuro contratante pueda ocasionar a otro y, en este caso, no obstante la inexistencia de la principal, la cláusula sería exigible.

Dentro de tal orden de ideas, Kemelmajer de Carlucci coincide con Mosset Iturraspe,³²¹ al expresar que en este supuesto no hay excepción al principio de accesoriedad, porque en virtud del principio de la buena fe —el cual se encuentra recogido en el artículo 1198³²²

³¹⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 73-75.

³²⁰ POLACCO, Vittorio. *Le Obbligazioni nel Diritto Civile Italiano*. Segunda Edición. Roma: Editorial Athenoem, 1915, p. 614. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 73.

³²¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.*, p. 1228. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 73.

³²² El artículo 1198 del Código Civil Argentino dispone lo siguiente:

«Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo

del Código Civil Argentino—, las tratativas previas crean verdaderos deberes de comunicación, explicación y conservación. En consecuencia —indica la profesora citada— la cláusula penal accede a una obligación plenamente eficaz.

De acuerdo con estos conceptos, el Código Civil Peruano contiene un precepto similar al recogido por el artículo 1198 del Código Civil Argentino. Nos referimos al numeral 1362,³²³ norma que obliga a negociar, celebrar y ejecutar los contratos de buena fe y conforme a la común intención de las partes.

El criterio expresado por Kemelmajer de Carlucci, con relación a los casos de culpa *in contrahendo*, es acertado, porque en este supuesto no cabría hablar de una excepción al carácter accesorio de la cláusula penal, ya que —como expresa De la Puente y Lavalle—³²⁴ si bien las tratativas no imponen a los tratantes la obligación de cele-

con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida y continuada si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviere en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato».

³²³ El artículo 1362 del Código Civil Peruano de 1984 prescribe lo siguiente: «Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes».

³²⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Op. cit.*, Primera Parte, tomo II, pp. 58-61.

brar el contrato ni sobre los puntos respecto de los cuales no hay desacuerdo, el hecho que el artículo 1362 les imponga el deber de negociar según las reglas de la buena fe, determina que han de comportarse con lealtad y corrección en la etapa de las tratativas, lo que a su vez representa una conducta arreglada a estos criterios.

Entre los deberes que este respeto a la lealtad y a la corrección impone a los tratantes —precisa De la Puente—, la doctrina considera como los más importantes el deber de información, claridad de secreto, y el deber de custodia.

Por consiguiente, entendemos que nada impide que se pacte una cláusula penal en previsión de los daños que un futuro contratante pueda causar al otro por la violación de los mencionados deberes jurídicos. En consecuencia, la cláusula accede a una obligación plenamente eficaz.

Sin embargo, cabe precisar que desde nuestro punto de vista la obligación asumida por las partes que negocian la futura celebración de un contrato tiene origen legal y no contractual. Tal obligación se sustenta en el artículo 1362 del Código Civil, antes citado.

De ahí que la responsabilidad emanada por el incumplimiento del deber de negociar de acuerdo a las reglas de la buena fe, traducido en una ruptura desleal e injustificada de las tratativas, sea materia de responsabilidad extracontractual y no contractual.

Dentro de tal orden de ideas, resulta claro que no compartimos el parecer de De la Puente en el sentido que cuando dos partes empiezan a negociar existe una especie de contrato tácito para negociar de acuerdo a la buena fe.

Para nosotros es evidente que no existe ningún contrato tácito de negociar con buena fe, y que el deber de hacerlo tiene un claro origen legal previsto por el artículo 1362 del Código Civil.

Cabe aquí preguntarnos cuándo es que se podría presentar el caso de una cláusula penal que asegure o garantice el cumplimiento del deber negocial de buena fe.

Dado que aquí la cláusula penal no tendría su origen en la ley, resultaría necesario que las partes hubiesen convenido una cláusula penal con antelación al momento en el cual empezaron sus negociaciones contractuales.

Lo expresado implicaría que las partes tendrían que haber celebrado un contrato cuyo objeto sería específicamente pactar dicha cláusula penal.

No existiría inconveniente conceptual para que ello ocurra, en la medida que las cláusulas penales pueden estipularse para garantizar el cumplimiento de obligaciones independientemente de su origen o fuente.

En el caso en mención, se trataría de una cláusula penal convenida para asegurar el cumplimiento de una obligación de origen legal.

17.1.2.6. Cláusulas penales estipuladas para casos en donde eventualmente los contratos no lleguen a perfeccionarse

Expresa Kemelmajer de Carlucci,³²⁵ que

[...] si la pena se pacta previendo obligaciones emanadas de un contrato que finalmente no se perfecciona, rige plenamente el principio de accesoriedad y, en consecuencia, los posibles daños y perjuicios deben liquidarse de conformidad con el Derecho Común.

El supuesto planteado por la profesora citada no resulta del todo claro, debido a que pueden ser múltiples las causas por las cuales un contrato no llegue a perfeccionarse.

³²⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 75 y 76.

Ante todo, consideramos que cuando Kemelmajer de Carlucci alude al perfeccionamiento del contrato, no se está refiriendo —en estricto— al hecho de que el contrato empiece a surtir efectos. Creemos, dado el contexto, que a lo que alude es a la celebración del propio contrato.

En este orden de ideas, pensamos que sí sería posible pactar una cláusula penal previendo la no celebración de un contrato definitivo. Creemos que ellas tendrían su lugar natural en los contratos preparatorios, en la medida que se trataría de un instrumento contractual dirigido a la celebración de un futuro contrato definitivo.

No obstante ello, y como habrá podido apreciar el lector, una cláusula penal pactada en estas condiciones tendría notables similitudes con las arras penitenciales o de retractación. Sin embargo, se trataría de dos figuras distintas.

Ahora bien, asumiendo la idea de que Kemelmajer de Carlucci se esté refiriendo al perfeccionamiento del contrato, en sentido estricto, y no a su celebración, sin duda cabría la posibilidad de pactar cláusulas penales para estos casos.

No obstante, debemos asumir que pueden ser múltiples las causas por las cuales un contrato no llegue a perfeccionarse, es decir, a surtir efectos.

No es el caso entrar al análisis detallado de todas estas eventuales causas. Lo importante, creemos, es indicar que la cláusula penal revestiría sentido para asegurar el perfeccionamiento del contrato, cuando él se deba dar por acción o decisión de aquel contratante que se ha obligado al pago de la penalidad, en ausencia de dicho perfeccionamiento.

No es que resulte imposible pactar la penalidad para los supuestos de ausencia de culpa (pues ninguna norma legal lo impide). Simple-

mente anotamos que una situación como esta resultaría verdaderamente inusual.

17.1.2.7. Cláusulas penales pactadas para el caso en que la obligación principal resulte nula por falta de capacidad del deudor

Kemelmajer de Carlucci³²⁶ manifiesta que «si se trata de cláusulas penales constituidas por terceros, ellas serán válidas no obstante la nulidad de la principal por incapacidad del deudor».

La profesora argentina considera, además, que a las penas estipuladas por terceros deben aplicárseles las reglas sobre la fianza, siempre que no resulten incompatibles. Por ello, sostiene que este supuesto estaría previsto por el artículo 1994, último párrafo, del Código Civil Argentino, el que dispone que «si la causa de la nulidad fuese alguna incapacidad relativa al deudor, el fiador, aunque ignorase la incapacidad, será responsable como único deudor».

El Código Civil Peruano contiene una norma similar a la argentina, en cuanto a la fianza se refiere. Se trata del artículo 1875, cuando expresa que la fianza no puede existir sin una obligación válida, salvo que se haya constituido para asegurar una obligación anulable por defecto de capacidad personal.

En esta línea de análisis, podemos afirmar —corroborando lo señalado por Kemelmajer de Carlucci— que el supuesto bajo estudio sí constituye excepción a la regla de la accesoriedad, ya que si aplicamos las reglas sobre fianza a las penas estipuladas por terceros, en cuanto no le sean incompatibles, podrá exigirse el cumplimiento de estas últimas, no obstante la nulidad de lo principal por incapacidad del deudor.

³²⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 77.

Sin embargo, resulta necesario aclarar que para que una cláusula penal tenga lugar en estos casos, es requisito que las partes la hayan pactado previendo la eventual incapacidad de uno de los contratantes. De lo contrario, resultaría evidente la aplicación del principio de accesoriedad.

En segundo lugar, es imprescindible que la cláusula penal haya sido estipulada para ser pagada por terceros, pues si hubiese sido pactada para que la pague aquella persona de cuya capacidad o incapacidad se trata, también tendríamos que aplicar, necesariamente, el aludido principio de accesoriedad.

Y en tercer término, pensamos que si bien se puede emplear la norma relativa al contrato de fianza (artículo 1875 del Código Civil Peruano), ello no significará —a diferencia de lo que sostiene Kemelmajer de Carlucci— que deban aplicarse a este supuesto de cláusula penal las estipulaciones de aquel contrato de garantía.

17.1.3. Incidencia de la nulidad de la cláusula penal con respecto a la obligación principal

Consideramos importante iniciar este tema citando las palabras de Kemelmajer de Carlucci,³²⁷ quien recuerda que el artículo 663³²⁸ del Código Civil Argentino dispone —en su última parte— que la nulidad de la cláusula penal deja subsistente la obligación principal.

Este principio —añade la profesora citada— tiene raigambre romana (Digesto, Libro XLV, Título I, Fragmento 126, §3 y Fragmento 97) y no hace sino reiterar las reglas generales en materia de obligaciones principales y accesorias.

³²⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 77 y 78.

³²⁸ El artículo 663 del Código Civil Argentino expresa lo siguiente: «La nulidad de la obligación principal causa la nulidad de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta deja subsistente la obligación principal».

Asimismo, precisa que es un típico caso de nulidad parcial, en el cual la invalidez de una disposición del acto no perjudica a las otras disposiciones válidas. Lo expresado se encuentra recogido por el artículo 1039³²⁹ del Código Civil Argentino.

Agrega Kemelmajer de Carlucci que no obstante la universalidad de la regla, también en este caso los autores han pretendido demostrar que existen excepciones a ella.

Así, en el Derecho Argentino «se ha sostenido que si la pena ilícita entraña una condición, es nula la obligación por aplicación analógica del artículo 526³³⁰ del Código Civil Argentino».

Otros autores, insistiendo en la función conminatoria de la cláusula, consideran que si de las circunstancias del caso resulta que la pena ilícita constituyó medio extorsivo para imponer al deudor el cumplimiento, debe invalidarse también la principal. En este sentido, indican que «las circunstancias del caso permitirán al juez inferir cuál ha sido la trascendencia que las partes otorgaron a la cláusula penal y en qué medida su antijuridicidad tiñó el todo».

Es importante señalar, según precisa Kemelmajer de Carlucci, que la solución acotada recibió acogida en el Proyecto de Código Civil Argentino de 1936, cuyo artículo 600, por remisión al 155, prescribe que

³²⁹ El artículo 1039 del Código Civil Argentino señala lo siguiente: «La nulidad de un acto jurídico puede ser completa o sólo parcial. La nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables».

³³⁰ El artículo 526 del Código Civil Argentino prescribe lo siguiente: «Si las cláusulas accesorias de una obligación fueren cláusulas imposibles, con apariencias de condiciones suspensivas, o fueren condiciones prohibidas, su nulidad hace de ningún valor la obligación principal».

La nulidad de la cláusula penal causa la de la principal si consiste en una cosa que no está en el comercio o en hechos imposibles, prohibidos por la ley, contrarios a la moral y a las buenas costumbres o que perjudiquen los derechos de terceros.

Luego de lo expuesto, la jurista citada indica que no existen razones para apartarse de la regla, pues —como bien dicen Borda³³¹ y Llambías—³³² si la pena es extorsiva, con declarar su nulidad se logra el fin perseguido. El cumplimiento de la principal no podrá ser exigido por medios extorsivos, pero sí por los normales que la ley establece.

En conclusión, Kemelmajer de Carlucci considera que la referida parte del artículo 663 del Código Civil Argentino, antes citado, consagra un principio absoluto, no existiendo excepciones a la regla.

Por su parte, Cazeaux y Trigo Represas³³³ manifiestan que la excepción al principio contenido en la segunda parte del artículo 663 del Código Civil Argentino consiste en los casos en que la nulidad de la cláusula penal trae aparejada consigo la nulidad de la propia obligación principal.

A ello se refiere —precisan los autores citados— el artículo 526 del Código Civil de su país, según el cual «Las cláusulas accesorias que bajo las apariencias de condiciones suspensivas son cláusulas imposibles o condiciones prohibidas por la ley, causan la nulidad de la obligación principal».

En este sentido, para aclarar lo señalado, Cazeaux y Trigo Represas citan como ejemplo el caso siguiente: «Pedro se ha comprometido a pintar un cuadro, con la cláusula penal de que si no lo hace no vol-

³³¹ BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 217.

³³² LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, p. 349.

³³³ CAZEAUX, Pedro N. y FÉLIX A. TRIGO REPRESAS. *Op. cit.*, tomo I, p. 242.

verá a pintar durante el resto de su vida». Esta penalidad de no pintar durante el resto de su vida, expresan, es una cláusula ilícita por afectar el fundamental derecho de la libertad de trabajo.

En situaciones semejantes se considera que la cláusula accesoria está ejerciendo tal presión o extorsión ilegítima con respecto a la obligación principal, que no cabe otra salida que pronunciar la nulidad de esta última. Concluyen recordando que la Corte de Casación en Francia ha anulado contratos de trabajo de menores sometidos a cláusulas penales ilícitas, precisamente aplicando este principio.

En esta línea de pensamiento también se encuentra Larombière,³³⁴ quien con relación al tema bajo estudio escribe que

La nulidad de la cláusula penal puede tener, en ciertos casos, alguna influencia sobre la validez de la obligación principal. Así, cuando la nulidad de ella está fundada en el hecho que su causa o su objeto es contrario a las buenas costumbres, al orden público o a las prohibiciones de la ley, ella puede influir sobre la obligación principal haciendo que quede afectada por el mismo vicio, a pesar de las precauciones tomadas por las partes para disimularlo. Se trata entonces de una cuestión sujeta a examen y apreciación.

Luego de lo expuesto, podemos anotar que con relación a la incidencia de la nulidad de la cláusula penal sobre la obligación principal, el artículo 1345 del Código Civil Peruano —similar al artículo 663 del Código Civil Argentino— recoge una regla que consideramos no admite excepciones. En otras palabras, entendemos que la nulidad de la cláusula penal provocada por la circunstancia de que su

³³⁴ LAROMBIÈRE, M. L. *Théorie et Pratique des Obligations*. París: Editorial Durand, 1857. Citado por OSTERLING PARODI, Felipe. *De Las Obligaciones con Cláusula Penal. Materiales de Enseñanza de Obligaciones*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, tomo I. p. 353, 1982.

causa u objeto sea contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o a prohibiciones legales, no origina la nulidad de la obligación principal, cuyo cumplimiento podrá ser exigido por medios ajustados a lo que las leyes disponen.

En adición a dichos conceptos, debemos expresar nuestra extrañeza en torno al inexistente problema creado por un sector de la doctrina en relación a este tema.

Es obvio que la nulidad de lo accesorio no acarrea la nulidad de lo principal; y, prescindiendo de cualquier norma legal en este sentido, si siempre se ha sostenido el principio de accesoriedad de la cláusula penal, no vamos ahora a variar de posición y aducir el argumento que la obligación principal podría ser nula en la medida que la cláusula penal que la garantice también lo sea.

Por otra parte, recordamos conceptos que expusimos en su oportunidad. El primer párrafo del artículo 224 del Código Civil Peruano prevé que la nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables. Se trata del principio de divisibilidad de las estipulaciones de un acto jurídico, que, dada la naturaleza eminentemente accesorio de la cláusula penal, siempre resultará aplicable al caso cuyo tratamiento nos ocupa, salvo el supuesto de la indivisibilidad entre las estipulaciones consignadas en una transacción, a no ser que medie pacto en contrario.

Por último, y recordando el pensamiento de los profesores argentinos que antes citamos, también resulta claro que si en virtud de la cláusula penal una de las partes vició su voluntad y celebró el acto (en su conjunto) mediando dolo, error, violencia o intimidación, dicho acto jurídico, también en su conjunto, resultaría anulable. Creemos que esta materia no admite debate.

17.1.4. Cesión del crédito principal

Salvo pacto en contrario, la cesión del crédito principal confiere al cesionario el derecho de exigir la pena en los casos de incumplimiento.

La solución es clara en la ley peruana. El artículo 1211 del Código Civil dispone que «La cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho transmitido, salvo pacto en contrario (...)».

Si bien la norma no menciona expresamente a la cláusula penal, al ser ella un accesorio del crédito principal que se transmite, le son de aplicación plena las consecuencias de dicho precepto.

17.1.5. Extinción de la obligación principal

Tal como será analizado con mayor detalle al tratar el tema de la extinción de la cláusula penal, la extinción de la obligación principal opera la de esta última.

Coincidimos con Kemelmajer de Carlucci³³⁵ cuando anota que la solución es de toda lógica, ya que si lo que se persigue con la estipulación accesoria es el cumplimiento de lo que se debe, desaparecido el vínculo, no tiene sentido mantener la existencia de la pena.

17.1.6. Garantías de la obligación principal

Las garantías convencionales o legales que amparan la obligación principal no siempre protegen el crédito derivado de la cláusula penal.

En esta línea de pensamiento, es necesario revisar las disposiciones contenidas en el Código Civil Peruano, referentes a garantías legales y convencionales, para conocer sus prescripciones.

³³⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 83.

En cuanto a la prenda, precisa recordarse que el artículo 1210 del Código Civil Alemán dispone que «La prenda responderá del crédito en toda su extensión eventual, incluso los intereses y las cláusulas penales».

Si bien la legislación nacional no cuenta con norma semejante, el artículo 1063 del Código Civil prescribe que «La prenda que garantiza una deuda sirve de igual garantía a otra que se contraiga entre los mismos acreedor y deudor, siempre que la nueva conste por escrito de fecha cierta».

Dentro de tal orden de ideas, sostenemos que la ley peruana prevé que la prenda estipulada entre acreedor y deudor para garantizar el cumplimiento de la obligación principal, también protegerá el crédito derivado de la obligación accesoria, es decir, de la cláusula penal, ante el eventual incumplimiento de la primera.

Como vemos, la norma citada solo precisa que esta nueva obligación deberá contraerse entre los mismos acreedor y deudor de la principal, y constar por escrito de fecha cierta.

Con relación a la garantía anticrética, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1096 del Código Civil le son aplicables las reglas establecidas para la prenda, en lo que no se opongan a las disposiciones que la regulan. Por lo expuesto, consideramos que la garantía de anticresis, constituida para asegurar el cumplimiento de la obligación principal, se haría extensiva a la obligación penal, según lo previsto por el artículo 1063 del citado cuerpo normativo.

En materia de hipoteca convencional y legal, el ordenamiento civil peruano no contiene disposición similar. Por ello, consideramos que la garantía hipotecaria que ampara el crédito derivado de la obligación principal no protegería el crédito proveniente de la obligación penal. Lo indicado se desprende de la interpretación restrictiva que debe imperar en materia de preferencias en el cobro. Es decir, tratán-

dose de créditos privilegiados, las cláusulas penales no estarán amparadas por la prelación en el cobro, si no existe norma expresa que así lo admita.

Por su parte, la fianza suscita algunas cuestiones de interés que debemos analizar.

Kemelmajer de Carlucci³³⁶ señala que «si la cláusula penal se ha pactado en el mismo documento que la obligación principal afianzada, es de presumir que la fianza abarca también la pena».

Resulta lógico pensar —precisa la profesora citada— que conocido el documento en el cual se integra la obligación afianzada, también se tome conocimiento de la cláusula penal. Consecuentemente, indica que si no hay una expresa exclusión de ella, la pena también estará amparada por la fianza.

En cambio, si la pena convencional ha sido contraída en un documento separado, no puede darse esa presunción de conocimiento simultáneo. Por consiguiente, si no hay intervención expresa del fiador, el crédito derivado de la cláusula penal no estará amparado por la garantía personal.

A nuestro modo de ver, el Código Civil, en el artículo 1878,³³⁷ extiende la garantía personal de la fianza a la protección del crédito derivado de la cláusula penal, como accesorio de la obligación principal, no haciendo precisiones en torno de si se estipuló en el mismo documento o en documento separado de la obligación principal

³³⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 84.

³³⁷ El artículo 1878 del Código Civil Peruano expresa lo siguiente: «La fianza, si no fuese limitada, se extiende a todos los accesorios de la obligación principal, así como a las costas del juicio contra el fiador, que se hubiesen devengado después de ser requerido para el pago».

afianzada. Sin embargo, es evidente que jamás se podría establecer una penalidad, sea del monto que fuere, sin conocimiento y aprobación del fiador. Por lo demás, la fianza es un contrato que debe constar por escrito.

Cabe señalar que la referida norma solo condiciona la extensión de la garantía a la obligación penal, si la fianza no ha sido limitada a amparar el crédito derivado de la obligación principal.

17.2. Es una convención condicional

Un sector importante de la doctrina entiende que la obligación de la cláusula penal es condicional, en el sentido de que su eficacia está subordinada al hecho futuro e incierto de que no se cumpla o se cumpla en forma parcial, defectuosa o tardía, la obligación principal.

Compartiendo ese criterio, Bustamante Alsina³³⁸ expresa que

[...] la obligación de la cláusula penal está sometida a la condición suspensiva de carácter negativo, que la obligación principal no se cumpla por el deudor. De allí que, puede decirse que la condición es potestativa del deudor, porque la inejecución le debe ser imputable por su culpa o dolo, pero aún es necesario que se cumpla otra condición, que depende de la voluntad del acreedor; esto es, que opte por la cláusula penal si aún es posible el cumplimiento específico. Si no lo fuera sólo podría reclamar esta última.

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci³³⁹ añade algunas precisiones con relación a este tema, al señalar que

[...] lo condicional está en la eficacia de la cláusula penal y no en la obligación a que ella accede, la cual será o no condicional, según tenga o no

³³⁸ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Op. cit.*, p. 167.

³³⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 85.

elementos accidentales. Es decir, si la obligación principal es pura y simple, seguirá siéndolo aunque a ella acceda una cláusula penal. Este carácter condicional, no supone identificar las obligaciones con cláusula penal y las condicionales.

Coincidiendo con lo argumentado por la profesora argentina, sus compatriotas Cazeaux y Trigo Represas³⁴⁰ anotan que la obligación principal no debe considerarse condicional porque contenga una pena convencional, sino que será o no condicional según que contenga o no condiciones.

Diez Picazo,³⁴¹ por su parte, aclara que no se trata de una condición *strictu sensu*, sino de una *conditio iuris* de aplicabilidad de la *pena*, ya que esta solo será exigible cuando se haya verificado un evento futuro e incierto al que está subordinada, cual es el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal, y tales hechos no constituyen una condición en sentido técnico.

Por nuestra parte, recordamos el artículo 1341 del Código Civil Peruano, del cual (solo aparentemente) se desprendería el carácter condicional de la obligación penal, cuando prescribe que

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.

Así, la cláusula penal solo sería exigible luego que se haya verificado la condición a que estaría subordinada, que sería, a saber: cuando

³⁴⁰ CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Op. cit.*, tomo I, p. 243.

³⁴¹ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 575. Citado por LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, p. 104.

haya dejado de cumplirse la obligación principal, o se haya cumplido en forma parcial, tardía o defectuosa.

Pero ello no es así. En efecto, si analizamos en detalle la estructura de la cláusula penal con respecto a la obligación principal que garantiza, podemos observar que ella no tiene carácter condicional.

Esta afirmación obedece a que la condición es el hecho futuro e incierto cuya ocurrencia no depende de la voluntad de las partes contratantes.

Si considerásemos a la obligación garantizada con cláusula penal como una obligación necesariamente condicional, estaríamos afirmando, en otras palabras, que la cláusula penal se va a derivar del hecho futuro e incierto consistente en que el deudor cumpla con su obligación; en otras palabras, que la ejecute.

Pero ello sería inexacto debido a que el cumplimiento de una obligación no es, por sí misma, condicional, ya que depende exclusivamente de la ejecución de la prestación asumida por el deudor y no de terceros, salvo el supuesto excepcional de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, contemplado por los artículos 1470, 1471 y 1472 del Código Civil.

Cabe pensar, sin duda, en el caso excepcional de una obligación principal que se encuentre sujeta a condición suspensiva. Aquí no habría duda que la cláusula penal, por ser accesoria de la obligación principal, también tendría carácter condicional.

Sin embargo, en los demás casos, si se siguiera el mismo razonamiento, llegaríamos al absurdo de considerar que toda obligación principal es de carácter condicional, por el solo hecho de desconocerse si ella llegará o no a ser cumplida por el deudor.

Pero, como podrá apreciar el lector, tal situación no resultaría coherente, pues nos conduciría de manera inexorable a sostener que se

trataría de una condición potestativa suspensiva, la misma que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 172 del Código Civil, haría nulo al acto jurídico que la contuviese.

Dentro de tal orden de ideas, descartado el carácter condicional de la obligación principal (por lo menos, para la inmensa mayoría de casos), resulta claro que aquella que contuviese una cláusula penal, no tendría carácter condicional.

Ello nos conduce a afirmar que las obligaciones con cláusula penal tienen naturaleza *sui generis* y que no pueden ser asimiladas a otras figuras jurídicas.

17.3. Es una convención de carácter preventivo

La cláusula penal presenta como uno de sus caracteres el de ser preventiva.

En este sentido, Pedro León³⁴² ha afirmado esta característica teniendo en cuenta que ella se pacta porque los sujetos intervinientes prevén de antemano la posibilidad del eventual incumplimiento. Sin embargo, el autor estima que este carácter no es exclusivo de la cláusula penal, sino que aparece en todas las convenciones accesorias asegurativas, como pueden ser las fianzas, las hipotecas, etc.

En lo que respecta al Derecho Nacional, es importante señalar que del texto del artículo 1341 del Código Civil, se puede inferir el carácter preventivo de la cláusula penal. Nuestra ley civil entiende que la pena convencional se estipula cuando los sujetos contratantes prevén por anticipado la posibilidad de incumplimiento.

³⁴² LEÓN, Pedro. *Recopilaciones de clases. Derecho Civil II. Obligaciones*. Tomo I. Córdoba: Editorial Topos, 1969, p. 211. Citado por KEMELMAJER DE CARIUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 86.

De acuerdo con lo que hemos expresado en esta obra, podemos señalar que el carácter preventivo debe asumirse en su sentido más amplio, vale decir, como una fórmula destinada a prevenir la existencia o la eventual existencia de daños y perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones de alguna de las partes contratantes.

Por lo demás, el carácter preventivo de la cláusula penal debe entenderse conjuntamente con las funciones que ella cumple dentro del Derecho y que fueron estudiadas oportunamente.

17.4. Es una convención de carácter subsidiario

Uno de los caracteres de la cláusula penal es el de ser subsidiaria. En esta línea de pensamiento, Llambías³⁴³ manifiesta que la pena convencional es subsidiaria «en cuanto su importe entre en sustitución de la prestación principal, no pudiéndose acumular a ella, a menos que la pena se haya pactado en función del mero retardo en la inejecución».

Coincidiendo con Llambías, Bustamante Alsina³⁴⁴ afirma que la cláusula penal compensatoria tiene el mismo carácter subsidiario que se le ha reconocido a la indemnización de daños e intereses. De allí, que no sea acumulable a la prestación principal en sustitución de la cual puede el acreedor reclamarla a su arbitrio.

Con tesis similar, Cazeaux y Trigo Represas³⁴⁵ sostienen que en las obligaciones con cláusula penal lo que se debe principalmente es la prestación de la obligación, de tal manera que el deudor no puede pretender liberarse del cumplimiento pagando la cláusula penal. En cuanto al acreedor, consideran que antes de la inejecución de la obli-

³⁴³ LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, p. 426.

³⁴⁴ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Op. cit.*, p. 167.

³⁴⁵ CAZEAUX, Pedro N. y FÉLIX A. TRIGO REPRESAS. *Op. cit.*, tomo I, p. 242.

gación no puede pretender que se le pague la cláusula penal en vez de la prestación, pero después de ocurrido el incumplimiento, entonces sí queda a su arbitrio optar entre pedir el cumplimiento de la obligación principal o el pago de la penalidad estipulada. La pena, concluyen, figura en el contrato como un sustituto de la prestación principal en caso de inejecución y, en ello, reside su carácter subsidiario.

Kemelmajer de Carlucci,³⁴⁶ afirmando el carácter subsidiario de la cláusula penal, señala que «el objeto del contrato es siempre la obligación principal, entrando la cláusula penal sólo en su lugar por el incumplimiento imputable y a opción del acreedor».

Por otro lado, algunos autores como Pedro León³⁴⁷ y Héctor Lafaille³⁴⁸ discrepan de la noción de subsidiariedad adoptada y expresan que la pena convencional tiene tal carácter porque funciona cuando «ya no se tiene acción para exigir el cumplimiento de la obligación principal».

En nuestra opinión, la subsidiariedad de la cláusula penal debe entenderse como un aspecto distinto de su accesoriedad. La cláusula penal es accesorio de la obligación principal, en tanto no puede existir sin esta última; y es subsidiaria de dicha obligación porque no puede intentar exigirse su cumplimiento sin que se haya incumplido la obligación principal.

Sin embargo, precisa anotarse que el carácter de subsidiariedad termina allí y que no debe vincularse el incumplimiento de la obliga-

³⁴⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 86.

³⁴⁷ LEÓN, Pedro. *Op. cit.*, tomo I, p. 214. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 86.

³⁴⁸ LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, tomo I, p. 221. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 86.

ción principal con la posibilidad de que el acreedor perjudicado exija el cumplimiento en especie o, alternativamente, el cumplimiento de la cláusula penal.

Tampoco debe apreciarse la subsidiariedad desde la óptica del derecho del acreedor a exigir la penalidad si ya no fuese posible el cumplimiento en especie de la obligación principal.

El carácter de subsidiariedad tampoco debe analizarse en función a si se trata de una cláusula penal compensatoria o moratoria, ingresando a estudiar si ella pueda acumularse o no al cumplimiento de la obligación principal. Esto es ajeno al carácter subsidiario de la penalidad.

Insistimos en que la cláusula penal es subsidiaria única y exclusivamente porque ella solo adquiere vigencia cuando se ha producido el incumplimiento de la prestación principal.

17.5. Es una convención de carácter aleatorio

Resulta importante preguntarnos si la cláusula penal tiene o no carácter aleatorio.

Antes de dar respuesta a este interrogante, consideramos necesario definir lo que se entiende por contrato aleatorio.

Autores como Spota³⁴⁹ sostienen que

[...] es aquel en el cual una de las prestaciones es cierta para una de las partes e incierta para las otras.

Otros tratadistas, como Messineo,³⁵⁰ expresan que un contrato tiene el carácter de aleatorio «cuando la entidad de la ventaja, no

³⁴⁹ SPOTA, Alberto G. *Op. cit.*, tomo I, p. 162.

³⁵⁰ MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato. Op. cit.*, tomo I, p. 423.

puede ser conocida y apreciada en el acto de formación del contrato, sino que se revelará a continuación, según el curso de los acontecimientos».

Agrega Messineo que en los contratos conmutativos, por el contrario, las partes pueden conocer, al momento de su perfeccionamiento, las ventajas y sacrificios que el negocio reportará.

Nos adherimos a esta posición y desde dicha perspectiva bien puede considerarse el carácter aleatorio de la cláusula penal, en razón de que los daños a producirse pueden ser superiores, inferiores o incluso inexistentes, no obstante lo cual la cláusula se debe tal y como fue pactada. Sin embargo, más adelante efectuaremos algunas aclaraciones respecto a esta afirmación.

En esta línea de pensamiento, Busso³⁵¹ expresa que el carácter aleatorio de la cláusula penal

[...] se funda en que no obstante constituir ésta la valuación anticipada de los daños y perjuicios, se debe aunque no existan daños. También para el acreedor sería aleatoria, pues pudiendo ser los perjuicios reales mayores a los pactados, sólo podrá reclamar la pena.

Busso añade que no puede aducirse que exista un pago sin causa cuando la pena se paga no obstante la inexistencia de daños, porque en los contratos aleatorios la causa no depende del efectivo intercambio de valores equivalentes. Dentro de tal orden de ideas, afirma que

El acreedor que pacta por anticipado una indemnización fija, corre el riesgo de sufrir una pérdida (si aquélla resulta insuficiente) a cambio de la posibilidad de obtener una ganancia, si resulta excesiva. Lo mismo ocurre al deudor. Existen, pues, posibilidades parejas que se sirven de contrapeso recíproco.

³⁵¹ BUSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 484.

Por nuestra parte, y tal como lo indicamos en su oportunidad, consideramos necesario realizar ciertas precisiones respecto al carácter aleatorio de la cláusula penal; ello, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el Código Civil Peruano. En este sentido entendemos que el carácter aleatorio es relativo, porque el artículo 1346 del Código permite reducir la pena cuando esta sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.

Además, esta característica no impide invocar la teoría de la imprevisión, como lo establecen los artículos 1440³⁵² y 1441³⁵³ del Código Civil. En efecto, el artículo 1441 señala que las disposiciones contenidas en el artículo 1440 se aplican a los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

Como anota Kemelmajer de Carlucci,³⁵⁴ «en la cláusula penal, el álea consiste en la existencia o no del daño, en su mayor o menor extensión. Así lo ha marcado la moderna doctrina,³⁵⁵ la cual señala que

³⁵² El artículo 1440 del Código Civil Peruano dispone lo siguiente: «En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas».

³⁵³ El artículo 1441 del Código Civil prescribe lo siguiente: «Las disposiciones contenidas en el artículo 1440 se aplican:

1. A los contratos conmutativos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella.
2. A los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato».

³⁵⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 159.

³⁵⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Teoría General del Contrato*. Rosario: Editorial Orbir, 1970, p. 85. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 159.

la noción del álea —como concepto jurídico— debe diferenciarse de las oscilaciones económicas, que son extrínsecas a cada contrato».

Dentro de tal orden de ideas, dicha jurista precisa que si el desfase económico ha superado cualquier cálculo previsible, entiende que se trata de una cuestión ajena al álea normal de la cláusula y, por ende, será admisible la invocación de la teoría de la imprevisión. No es válido sostener, añade, que no están en juego los principios de justicia conmutativa, porque no se trata de recomponer prestaciones, sino de la determinación de indemnizaciones oportunamente tarifadas. Asimismo, afirma que cuando la cláusula penal se ha tornado irrisoria, en la mayoría de los casos deja a la obligación principal sin causa.

En esta línea de pensamiento, Kemelmajer de Carlucci adopta como ejemplo el de una pena compensatoria que accede a un contrato principal conmutativo. Si el acreedor de la cláusula penal ya entregó la prestación a su cargo, se pregunta ¿cómo puede válidamente sostenerse que no están en juego los principios de justicia conmutativa, si por efecto de la cláusula penal el acreedor nada —prácticamente— recibirá como contraprestación? Opina, por ello, que en este caso no se debería decir que el acreedor puede optar por el cumplimiento de la obligación principal, pues como ya se ha expuesto, en muchas ocasiones ello es imposible (o por desaparición del objeto, o porque se trata de obligaciones de hacer no fungibles, etc.).

Si el contrato del cual emana la cláusula penal tiene carácter conmutativo, se entiende la aleatoriedad de la cláusula penal en cuanto al desconocimiento del monto indemnizatorio que al final terminará pagando el deudor que incumple al acreedor perjudicado.

Pero, más allá del sistema acogido por el Código Civil, a través del cual se aprecia que con base en lo dispuesto por el artículo 1346 el acreedor puede terminar indemnizado por un monto absolutamente distinto del pactado, la penalidad en sí misma debería tener por

vocación no ser aleatoria sino conmutativa, en la medida que ambas partes, al momento de celebrar el contrato, serían conscientes de los sacrificios que tendrían que ejecutar una con respecto de la otra.

Sin embargo, en la legislación peruana necesariamente debemos concluir en el carácter aleatorio de la cláusula penal, ya que el artículo 1346 del Código Civil responde a criterios ajenos a los de inmutabilidad de la pena.

18. CRITERIOS CLASIFICATORIOS DE LA CLÁUSULA PENAL

Resulta necesario estudiar cada uno de los criterios clasificatorios de la cláusula penal que recoge la doctrina. En este sentido, la pena convencional puede clasificarse atendiendo a su origen, a su inclusión o no en el negocio principal, y a su función.

18.1. Por su origen: legal y convencional

Bajo este criterio, las cláusulas penales se clasifican en legales y convencionales. Dentro de estos conceptos, Lobato de Blas³⁵⁶ sostiene que

[...] efectivamente, aun cuando pueda parecer sorprendente que una institución que lleva el calificativo de convencional tenga este origen, no cabe duda alguna que las penas convencionales pueden nacer a la vida jurídica por ministerio de la ley. Desde luego que la ley no entrará a precisar de forma absoluta el contenido de la cláusula penal, pero sí podría imponerla e incluso tasar, por máximo o mínimo su cuantía.

Precisa señalarse, sin embargo, que usualmente el origen de la figura en estudio es puramente convencional.

³⁵⁶ LORATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, p. 119.

18.2. Por su inclusión o no en el negocio principal

Como se indicó oportunamente, si bien lo frecuente será que la cláusula penal se integre en una cláusula del documento en el que se contrae la obligación principal que garantiza (de ahí su nombre), nada se opone a que pueda ser pactada en documento separado, después de contraída la obligación principal, y siempre antes, desde luego, de su eventual cumplimiento o incumplimiento.

18.2.1. La cláusula penal como cláusula del negocio principal

Como señala Díez Picazo,³⁵⁷ en este supuesto

[...] la pena convencional se establece por medio de una disposición negocial que se incorpora al negocio constitutivo de la relación obligatoria. Es una cláusula del negocio de constitución de la relación obligatoria, por lo cual es conocida usualmente con el nombre de cláusula penal.

Insistimos en que es este el supuesto usual de la pena convencional, y donde se percibe con mayor claridad su carácter accesorio respecto a la obligación principal que garantiza.

18.2.2. La cláusula penal como negocio jurídico separado

En determinados casos, la pena convencional no se integra mediante una cláusula del negocio principal que garantiza, sino en documento aparte, es decir que ella se crea por medio de un negocio jurídico separado.

Según Lobato de Blas,³⁵⁸ la posibilidad señalada es indiscutible, pues

³⁵⁷ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Op. cit., p. 573.

³⁵⁸ LOBATO DE BLAS, Jesús María. Op. cit., p. 121.

[...] pactándose la pena antes del cumplimiento o incumplimiento de la obligación principal, bien sea antes o después de la celebración de ésta, la naturaleza y función de la figura en examen no sufren alteración ni modificación alguna, conservando su auténtico y verdadero sentido.

Así, la circunstancia de que la pena convencional se pacte en documento separado, distinto del que contiene la obligación principal, no resiente el carácter de accesoria que la liga a esta, siendo en consecuencia aplicables las mismas consideraciones que en el caso usual de que se integre como cláusula penal del documento que encierra la obligación principal. Efectuamos esta afirmación, sin embargo, con las reservas que en su oportunidad expusimos respecto al pacto de una cláusula penal concertada con anterioridad a la obligación principal, por lo que expresamos nuestro desacuerdo con uno de los conceptos antes vertidos por Lobato de Blas.

18.3. Por su función

18.3.1. Cláusula penal pura

18.3.2. Cláusula penal no pura

Afirma Manresa y Navarro³⁵⁹ que

[...] teniendo la pena siempre el mismo fundamento para ser exigida, el incumplimiento de la obligación principal, puede tener dos aspectos y fines distintos: ya limitada su condición estricta de pura, que castiga la infracción cometida, ya como medio de reparar los perjuicios que esta supone. En el primer caso, la pena no resuelve el problema de la indemnización, que deja intacto; en el segundo, por regla general lo soluciona, significando entonces un cálculo aventurado, pero legítimo, dada la libertad que la ley concede a los contratantes, de los perjuicios que el in-

³⁵⁹ MANRESA Y NAVARRO, J.M. *Comentarios al Código Civil Español*. Sexta Edición. Madrid: Editorial Reus, 1967, vol. I, tomo VIII, pp. 480 y 481.

cumplimiento de la obligación supondrá, y aún de éxito que supone para toda demanda de daños y perjuicios la actitud de los Tribunales.

Es importante, asimismo, resaltar lo expresado por Trimarchi,³⁶⁰ quien en este sentido sostiene que la función de castigo en la cláusula penal es insuprimible:

Tal función o carácter existe tanto cuando las partes (o más exactamente el acreedor) quieren obtener el cumplimiento de la obligación principal y exigen, si no lo obtienen, una sanción de castigo, como cuando éstas predeterminan o consideran el eventual pago del daño.

De lo expuesto, concluye precisando que es necesario

[...] distinguir una cláusula penal pura de una cláusula penal no pura; es decir una cláusula pactada exclusivamente con finalidad de pena y otra pactada también con finalidad de pago de daños. El título en los dos casos es formalmente distinto: mientras en el primero la prestación convenida es puramente penal, en el segundo es penal, y además límite del resarcimiento. Con todo, no se pierde por esto la unidad o unicidad de la figura en estudio. Aun en la hipótesis de cláusula penal, en la que es valorado o considerado el aspecto relativo al resarcimiento del daño, permanece la función penal: la relación impuesta por la voluntad de las partes entre el incumplimiento o el retraso (es decir la violación del deber jurídico) y el efecto típico, consiste en un perjuicio para el trasgresor de la regla de la conducta.

Desde nuestro punto de vista, la distinción entre la cláusula penal denominada pura, es decir, aquella que se pacta con función de castigo, y la cláusula penal denominada no pura, entendida como aquella que tiene función de reparación, si bien puede resultar teóricamente correcta, no se aprecia con esa nitidez en el plano práctico, por cuanto la cláusula penal cumple diversas funciones, entre ellas, la función punitiva y la función de reparación o indemnizatoria.

³⁶⁰ TRIMARCHI, Michele. *Op. cit.*, pp. 11 y ss.

Esto equivale a decir que la cláusula penal, ya sea que se haya pactado pura o no pura, cumplirá funciones complementarias y no excluyentes.

En tal sentido, no resulta lógico plantear la existencia de una cláusula penal que solo cumpla una de estas dos funciones, pues el castigo implica indemnizar, independientemente de si el monto indemnizatorio excede o no la cuantía real de los daños y perjuicios sufridos.

Y, a su vez, la reparación de los daños y perjuicios, por lo general, implicará un castigo, ya que resulta difícil imaginar el pacto de una cláusula penal cuyo monto sea lo suficientemente reducido como para considerar que su pago no implica sanción para el deudor que incumple.

El castigo y la reparación son, entonces, dos caras de una misma moneda o, si cabe la expresión, dos aspectos de un problema mayor, en la medida que las funciones de la cláusula penal exceden, como lo vimos oportunamente, las dos analizadas.

Por otra parte, también dentro del criterio clasificatorio basado en su función, es preciso indicar que un importante sector de la doctrina distingue a la cláusula penal en acumulativa y sustitutiva, subdividiéndose esta, a su vez, en compensatoria y moratoria.

Así, Díez Picazo,³⁶¹ entre otros autores, expresa que

[...] será preciso indagar la voluntad de las partes en cada caso, de acuerdo con la finalidad del negocio y de los usos, para decidir el alcance que la estipulación posee, puesto que las partes pueden dar a la pena una función más amplia o más estricta. En la duda, sin embargo, la pena actúa en función de previa liquidación del daño.

³⁶¹ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Op. cit.*, p. 574.

Siguiendo esta línea de análisis, Albaladejo³⁶² explica que

[...] en cada caso la pena tiene el papel que verdaderamente le corresponde, según las circunstancias particulares del mismo, y lo que ocurre es que, como las partes fijan una pena en la que ya va comprendida la cantidad en que calculan la eventual indemnización de daños y perjuicios, la ley entiende que aquélla sólo puede ser exigida, además de ésta, cuando de lo pactado se deduzca que ha sido establecida independientemente de la misma.

A continuación examinaremos cada uno de estos tipos de pena convencional.

18.3.3. *Cláusula penal acumulativa*

Espín Cánovas³⁶³ señala que la pena acumulativa es «aquélla que es debida en el caso de incumplimiento o mero retardo, además de la reparación ordinaria».

Más extensamente Albaladejo³⁶⁴ considera

[...] que, en principio, la cláusula penal desempeña una función coercitiva o de garantía respecto al cumplimiento de la obligación principal (en cuanto que, ante la amenaza de la pena, el deudor está más constreñido a éste que en la obligación ordinaria), y una función punitiva en caso de que se incumpla o no se cumpla exactamente. Cuando desempeña estas funciones la pena es exigible además de la indemnización por los daños y perjuicios que el incumplimiento produzca, es decir, es un plus sobre ésta, pues sólo siendo así se consigue respecto al caso de una obligación normal un reforzamiento para el cumplimiento y un castigo especial en defecto de este. Se califica entonces la pena de acumulativa.

³⁶² ALBALADEJO, Manuel. *Op. cit.*, p. 186.

³⁶³ ESPÍN CÁNOVAS, D.E. «La cláusula penal en las obligaciones contractuales». *Revista de Derecho Privado*. tomo XXX, p. 154, marzo 1946. Citado por LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, p. 124.

³⁶⁴ ALBALADEJO, Manuel. *Op. cit.* p. 185.

En nuestra opinión debe entenderse por pena acumulativa aquella destinada a sancionar el incumplimiento de la obligación por el deudor, para que dicha pena pueda acumularse al eventual reclamo de la ejecución de la propia prestación incumplida. Nos referimos, concretamente, a la cláusula penal moratoria.

Consideramos que se percibe con claridad que la función acumulativa de la cláusula penal nunca podría presentarse si se entendiese acumulativa de la indemnización compensatoria de daños y perjuicios que eventualmente tuviera que pagar el deudor al acreedor.

Sería ilógico pensar que la cláusula penal esté destinada solo a sancionar, dejándose abierta la posibilidad de que el acreedor cobre, además de la penalidad pactada, la indemnización de daños y perjuicios.

Es impropio, por ello, pensar en una pena acumulativa de la indemnización o en una pena acumulativa de la propia prestación incumplida, que no tenga carácter compensatorio.

18.3.4. *Cláusula penal sustitutiva*

Indica Espín Cánovas³⁶⁵ que en la cláusula penal sustitutiva «es la pena la que es debida, en caso de incumplimiento, en sustitución de la reparación ordinaria».

En esta línea de pensamiento, Albaladejo³⁶⁶ considera que

[...] puede desempeñar, además, la cláusula penal una función liquidatoria de la indemnización de daños y perjuicios que dicho incumplimiento o cumplimiento inexacto ocasione, ya que la cantidad fijada

³⁶⁵ ESPÍN CÁNOVAS, D.E. *Op. cit.*, p. 154. Citado por LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, p. 125.

³⁶⁶ ALBALADEJO, Manuel. *Op. cit.*, p. 185.

como pena puede ser aquella en que por anticipado se evalúe la misma. Cosa que tiene la ventaja de que, entonces, no es preciso probar ni la existencia del mencionado daño ni su cuantía. Mas en teoría, no supone una mayor garantía para el acreedor ni una agravación especial de la condición del deudor que no cumple exactamente. Se califica entonces a la pena de sustitutiva.

Dentro de este criterio clasificatorio se entiende que la cláusula penal es sustitutiva cuando tiene por finalidad sustituir la indemnización derivada del incumplimiento de la prestación a que se ha obligado el deudor.

Sin embargo, no llegamos a entender los verdaderos alcances de subdividir a esta penalidad, en la medida que la cláusula penal compensatoria siempre va a tener finalidad sustitutiva; y, por otra parte, si lo vemos desde otra óptica, no se trata de que la cláusula penal sustituya a la indemnización de daños y perjuicios, sino que más bien la representa.

En otras palabras, no nos encontramos en la disyuntiva de pagar indemnización o de pagar penalidad, ya que la penalidad constituye la indemnización, con prescindencia del monto real de tal indemnización.

18.3.5. Cláusula penal compensatoria

18.3.6. Cláusula penal moratoria

Parte considerable de la doctrina distingue las subespecies de compensatoria y moratoria, las mismas que procedemos a explicar.

Lafaille³⁶⁷ sostiene que las cláusulas penales se dividen en dos clases, según se refieran al incumplimiento o a la mora. Asimismo, ex-

³⁶⁷ LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, p. 140.

presa que esta división reviste importancia por los efectos prácticos que derivan de una y otra subespecie. Dicho autor añade

[...] que la pena compensatoria es aquélla derivada de la inejecución de la obligación, la que en principio, se sustituye a los daños y perjuicios, pero no se podrá exigir el cumplimiento y la pena, porque ello significaría cobrar dos veces; salvo que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal.

En cambio, agrega, «en la mora se puede exigir el cumplimiento de la obligación y el pago de la cláusula penal, porque se entiende que ésta viene a indemnizar el perjuicio causado por la mora».

De acuerdo con estos conceptos, Espín Cánovas³⁶⁸ manifiesta que la pena sustitutiva compensatoria «es la que sustituye a la indemnización ordinaria cuando ésta proviene del incumplimiento de la obligación principal», y que la pena sustitutiva moratoria «es la pena que sustituye a la indemnización ordinaria cuando esta proviene del mero retardo en el cumplimiento».

Conviene destacar, asimismo, la siempre ilustrada opinión de Kemelmajer de Carlucci,³⁶⁹ quien al respecto distingue la cláusula penal en compensatoria y moratoria, señalando que la primera es aquella que prevé el incumplimiento, en tanto que la segunda contempla el cumplimiento tardío.

Esta posición, basada en la admisión del predominio de la función indemnizatoria, es a su juicio estrecha e incompleta.

La cláusula penal no solo puede prever estas dos situaciones, sino que, además de esta alternativa, puede ser pactada para los casos de cumpli-

³⁶⁸ ESPÍN CÁNOVAS, D.E. *Op. cit.*, p. 154. Citado por LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, p. 126.

³⁶⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 161-166.

miento defectuoso, parcial, fuera del lugar convenido, de distinta manera, etc. [...]. Por eso; si bien admitimos la clasificación tradicional en moratorias y compensatorias, aclaramos que deben contemplarse dentro de las primeras todas aquellas estipulaciones que prevén cumplimientos producidos de manera diferente de lo pactado. En consecuencia, la categoría de cláusulas penales moratorias incluye la ejecución tardía, irregular, parcial, defectuosa, o fuera de lugar.

Para reforzar su argumento, Kemelmajer de Carlucci recoge lo expresado por Moisset de Espanés,³⁷⁰ quien considera que

[...] cumplimiento, en sentido estricto, es sólo aquel que se produce del modo debido (en cuanto al tiempo, lugar y modo). Por tanto, cualquier alteración en la forma de cumplimiento sería, genéricamente, incumplimiento. Pero esta palabra tiene en el lenguaje jurídico corriente, una acepción más limitada, reservándose para aquellas hipótesis en las cuales la prestación debida no se realizó. Entre el cumplimiento perfecto y el incumplimiento (total) nos encontramos con una serie de matices entre los cuales ubicamos el cumplimiento parcial, defectuoso, fuera de lugar, etc. Estas formas incompletas, tan poco estudiadas por la doctrina nacional, han sido resueltas por la jurisprudencia por razones prácticas, aplicando análogamente el régimen jurídico de la mora.

Por nuestra parte, disentimos de la opinión de Kemelmajer de Carlucci cuando efectúa la distinción entre los ámbitos de la cláusula penal compensatoria y la cláusula penal moratoria.

Entendemos que el ámbito de la cláusula penal moratoria estará ceñido única y exclusivamente al supuesto en que ella esté destinada a indemnizar la mora en el pago, y es evidente, para que haya mora,

³⁷⁰ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. «Reflexiones sobre la clasificación de los plazos, la mora y las obligaciones de inscribir una transferencia de automotores». En: *E.D.*, tomo XXXXI, p. 1974 y ss. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.* pp. 162 y 163.

que debe haber retraso en el cumplimiento de la obligación, ya que el retraso constituye uno de los requisitos fundamentales de la mora: no hay mora sin retraso.

Esto nos lleva a considerar, de acuerdo con la doctrina que venimos sosteniendo desde la Primera Parte de nuestro Tratado, que la cláusula penal compensatoria regirá para los casos de incumplimiento parcial, excesivo, anticipado, defectuoso y no adecuado de las obligaciones.³⁷¹

Es importante, por lo demás, destacar la indudable trascendencia práctica de esta clasificación, debido a las siguientes razones:

- (a) En primer lugar, la pena estipulada para el supuesto de incumplimiento no es trasladable a los casos de mora, y viceversa. Se trata de una consecuencia del principio general conforme al cual toda pena debe ser interpretada restrictivamente.
- (b) La acumulación de la cláusula penal con el cumplimiento efectivo de la obligación principal solo es procedente, por regla general, cuando la cláusula es moratoria mas no compensatoria.
- (c) Las cláusulas compensatorias se agotan, por lo general, en una sola prestación. Las moratorias, en cambio, suponen prestaciones duraderas o reiteradas (se devengan por mes, por día, etc.).

Como señala Kemelmajer de Carlucci,³⁷² implica resolver hasta cuándo son debidas.

En algunos casos la respuesta es sencilla: se devengan hasta el momento de producirse el cumplimiento o el incumplimiento definitivo, sin que

³⁷¹ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Op. cit.*, Primera Parte, tomo II, p. 239.

³⁷² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 163 y 164.

al efecto tengan incidencia los cumplimientos parciales. Pero en otros la solución no es tan clara.³⁷³

Teniendo en cuenta las diferencias expresadas, resulta necesario proporcionar algunos criterios rectores para analizar cuál ha sido el tipo de cláusula penal pactado, cuando los términos contractuales no hayan sido claros.

Un sector mayoritario de la doctrina³⁷⁴ coincide en señalar que si la pena se estipula sin expresión particular, debe presumírsela compensatoria, ya que no puede pedirse el cumplimiento de la obligación principal y de la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio, a menos que aparezca haberse estipulado la cláusula penal por el simple retardo.

Por nuestra parte, coincidimos con lo expresado por Kemelmajer de Carlucci, en el sentido que frente a una duda insoluble, la cláusula penal debería presumirse compensatoria y no moratoria.

Debe reconocerse, sin embargo, que resulta improbable un supuesto en el cual, dada la redacción o la forma como se ha convenido la cláusula penal, no se pueda deducir claramente su naturaleza compensatoria o moratoria.

No obstante, resulta académicamente aceptable plantearse el supuesto en el cual no se pudiera llegar a esa conclusión.

Lo expresado no significa que la pena moratoria requiera términos sacramentales, sino que la intención pueda resultar tanto de una de-

³⁷³ En ese orden de ideas, Kemelmajer de Carlucci (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 164) señala que la jurisprudencia argentina ha resuelto esta problemática, vinculándola al elemento «daño» (no obstante estar este presumido).

³⁷⁴ Representado, entre otros, por: Mosset Iturraspe (MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.*, p. 1248), Gatica Pacheco (GATICA PACHECO, Sergio. *Op. cit.*, p. 305) y Piola (PIOLA, Giuseppe. *Op. cit.*, Segunda Parte, tomo VII, p. 367).

claración explícita, cuanto de otras circunstancias implícitas, pudiendo, en torno al tema, formularse las siguientes conclusiones:

- Se dice que si el monto de la cláusula penal es inferior al valor de la prestación principal, debe presumírsela —salvo prueba en contrario— moratoria. Si no desaparecería su función compulsiva.

Nosotros no estamos de acuerdo con lo indicado por Kemelmajer de Carlucci a este respecto, en la medida en que entendemos que parte de un supuesto equivocado cuando afirma que si la penalidad fuese menor que el valor de la prestación, no podría compensar su incumplimiento.

Ello no es así. Cuando nos referimos a la ejecución de un contrato en el cual se ha establecido una penalidad, por lo general lo estamos haciendo respecto de un contrato con prestaciones recíprocas, vale decir a un contrato en que la prestación a ejecutar vaya a verse correspondida por una contraprestación.

Dentro de tal orden de ideas, si el valor de la penalidad compensatoria fuese menor que el de la prestación incumplida, no habría problema para entender su adecuada función indemnizatoria, en la medida que en este último caso el deudor incumpliente deberá pagar la penalidad, pero no recibirá ninguna contraprestación a cambio.

Esta es la lógica de la penalidad compensatoria cuyo valor sea inferior al de la prestación incumplida. De lo contrario carecería de sentido la norma del Código Civil Brasileño de 1916, que establece que el monto de la penalidad compensatoria no podrá exceder el valor de la prestación principal.

- Asimismo, es preciso señalar que muchas veces la propia naturaleza de las obligaciones es la que dilucida el problema.

Sobre el tema, Kemelmajer de Carlucci³⁷⁵ manifiesta que cuando el pacto principal comprende varias obligaciones y el cumplimiento de ellas sea necesario para conseguir o satisfacer el fin propuesto, debe considerarse la pena como moratoria.

Para reforzar su línea argumentativa, la profesora argentina recoge el siguiente ejemplo:

Si una persona se obliga con otra a construir una casa, estipulándose que en un plazo determinado deberá presentar los planos y especificaciones, dentro de otro mayor la obra gruesa terminada, en otro la terminación de los pisos, en otro las tareas de pintura, etc., y se pacta una multa respecto de cada una de estas obligaciones; ellas sólo producen sus efectos respecto de las estipulaciones a que ellas se refieren y, por consiguiente, deben estimarse moratorias y acumulables a la obligación principal. En efecto, no cabe presumir que el acreedor se satisface con el pago de la pena, porque de hecho necesita los planos para poder comenzar a construir, la obra gruesa para colocar los pisos, etc.

- Además es pertinente indicar —como lo hace Kemelmajer de Carlucci—,³⁷⁶ que si la obligación requiere necesariamente de su cumplimiento para restablecer la situación jurídica quebrantada por la inexecución del contrato, la cláusula debe presumirse moratoria.

La profesora argentina afirma, al respecto, que esta presunción sería aplicable al caso en que se pacta una cláusula penal para el supuesto que la cosa entregada por arrendamiento, comoda-

³⁷⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 165 y 166.

³⁷⁶ Este tema ha sido exhaustivamente estudiado al analizar los elementos de las obligaciones. En OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Op. cit.* Primera Parte, Tomo I, pp. 139-182.

to, o cualquier otro vínculo precario no sea restituida dentro del término convenido.

- Las relaciones de carácter personal que existan entre las partes, las costumbres del lugar, etc., podrán servir como elementos para determinar la voluntad de los celebrantes.
- Cabe señalar, por último, que si la cláusula penal accede a obligaciones de no hacer, generalmente (pero no siempre) debe estimársela compensatoria, ya que este tipo de obligaciones usualmente no admiten el estado de mora, sino que suponen el incumplimiento.

Por lo expuesto, aseveramos que para determinar cuál ha sido el tipo de cláusula penal pactado —cuando los términos contractuales no hubiesen sido claros—, debe tenerse en cuenta lo que las partes hayan dispuesto de manera explícita o implícita. Pero en caso de duda, no obstante las pautas indicadas sobre cuál ha sido la intención, deberá presumirse que la cláusula es compensatoria.

19. CONDICIONES DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

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

19.1. La existencia de una obligación principal válida

Dada la naturaleza de la cláusula penal, como medida de garantía para el cumplimiento de las obligaciones, aparece como primera condición para que se aplique, la existencia de una obligación principal válida.

No cabe duda acerca del requisito de validez en la obligación principal. Como señala Diez Picazo,³⁷⁷ «la cláusula penal se encuentra en una relación de dependencia con la obligación principal, y de esta accesoriadad se desprende que la obligación principal ha de ser válida, para que sea válida la cláusula penal».

En el mismo sentido se pronuncia Castán Tobeñas,³⁷⁸ quien manifiesta que «para la constitución válida de la cláusula penal se requiere la existencia de una obligación principal válida». En esta línea de pensamiento, el artículo 1344 del Código Civil Peruano de 1984, oportunamente estudiado, determina que la nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal.

19.2. Validez de la cláusula penal estipulada

La segunda de las condiciones para la aplicación de la cláusula penal es la validez de la pena estipulada.

Para determinar tal validez debe tenerse en cuenta lo expresado anteriormente en torno al estudio de los elementos de la cláusula penal. Asimismo conviene dejar en claro, siguiendo a Albaladejo,³⁷⁹ que obviamente

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

³⁷⁷ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 573 y 574.

³⁷⁸ Citado por LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, p. 149.

³⁷⁹ ALBALADEJO, Manuel. *Op. cit.*, p. 322.

Una vez definidas las dos condiciones generales de aplicación de la cláusula penal, conviene determinar sus requisitos de exigibilidad.

20. REQUISITOS PARA LA EXIGIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

Este tema responde a la interrogante de cuáles son los requisitos que deben cumplirse para que el acreedor tenga derecho a reclamar la pena convencional.

20.1. Incumplimiento total o cumplimiento parcial, defectuoso, fuera de tiempo o lugar de la obligación principal

Kemelmajer de Carlucci³⁸⁰ sostiene que el primer presupuesto para que sea exigible la cláusula penal es que

[...] exista un vínculo jurídico nacido con anterioridad al hecho que motiva la aplicación de la pena; es decir, una obligación principal previa que el deudor incumplió o cumplió parcial, defectuosamente, fuera de tiempo, lugar o modo convenido (esto depende de los diversos tipos de cláusula que pudieron pactarse).

En esta línea de pensamiento, Manresa y Navarro³⁸¹ señala que

[...] es indudable que para la procedencia del pago de la pena basta el incumplimiento de la obligación principal, y esto no sólo cuando conserva aquélla su carácter estricto de sanción (que entonces es evidente), sino también cuando tiene el de medio reparatorio de daños y perjuicios.

Este incumplimiento del que habla Manresa, ha de ser entendido en su más amplio sentido, precisando al respecto Díez Picazo³⁸² que

³⁸⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 175.

³⁸¹ MANRESA Y NAVARRO, J.M. *Comentarios al Código Civil Español*, Sexta Edición, vol. I, tomo VIII. Madrid: Editorial Reus, 1967, p. 481. Citado por LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, pp. 158 y 159.

³⁸² DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.* p. 575.

«la prestación de la pena se hace exigible en los casos de incumplimiento, de cumplimiento defectuoso o de retraso en la ejecución de la obligación principal».

Utilizando los mismos conceptos, Ospina Fernández³⁸³ señala que siendo así que la obligación penal, por su naturaleza, es condicional, en cuanto está subordinada al hecho futuro e incierto de que el deudor de la obligación principal no dé cumplimiento a ella o lo retarde, antes de realizarse este evento condicionante, el acreedor solo tiene acción para exigir esa obligación principal; su derecho a cobrar la pena solo nace con el acaecimiento de la condición y no antes.

El mismo autor añade que

[...] si la obligación principal es negativa, se incurre en la pena desde que el deudor ejecuta el hecho por el cual se ha obligado a abstenerse; pero si la obligación principal es positiva no basta el solo retardo del deudor, sino que es necesario además, que éste quede constituido en mora, o sea que la mora marca el momento en que ya se sabe de cierto que se ha realizado la condición suspensiva de la cual pende la exigibilidad de la pena.

Ospina Fernández finaliza destacando la similitud entre la exigibilidad de la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, ya que respecto de esta la mora del deudor también se requiere cuando la obligación es positiva, mientras que basta la sola contravención cuando dicha obligación es negativa.

También debe tenerse en cuenta, como lo pone de relieve Albaladejo,³⁸⁴ que

³⁸³ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Op. cit.* pp. 160 y 161.

³⁸⁴ ALBALADEJO, Manuel. *Op. cit.*, pp. 183 y 184.

[...] si bien para que se dé la exigibilidad de la cláusula se ha de tratar del cumplimiento inexacto o incumplimiento de la obligación principal (sea éste total o parcial) asegurada con la pena y no de otros complementarios, accesorios o secundarios de ésta, no quiere decir esto, que no proceda la pena por incumplimiento de obligaciones complementarias, accesorias o secundarias (en relación con la principal del caso), cuando tal pena se estableció para el incumplimiento de éstas (por ejemplo, la pena dispuesta, no para la obligación de entregar la cosa, sino para la de entregar su documentación). Lo cual equivale a decir que, a estos efectos, el término 'obligación principal' no ha de entenderse en su sentido riguroso o estricto, sino en un sentido amplio, dependiendo de las partes tal calificación de 'principal', que puede corresponder a una obligación que, en sí misma, sea complementaria, accesoria o secundaria de otra.

Comparte lo expresado Ruiz Vadillo,³⁸⁵ quien manifiesta que no debe considerarse incumplimiento el que afecta circunstancias irrelevantes que no fueron determinantes de la voluntad de las partes, ya que «el incumplimiento debe afectar lo esencial de la obligación prevista por los celebrantes del acto».

Por nuestra parte, en torno al incumplimiento de las obligaciones como primer requisito de exigibilidad de la cláusula penal, no compartimos el parecer de los autores que piensan que el incumplimiento debe recaer sobre alguna prestación de carácter principal, y que la penalidad no resulta exigible cuando el incumplimiento recae sobre una obligación de menor importancia.

Con absoluta independencia de la posibilidad que brinda el artículo 1346 del Código Civil, en el sentido de que el deudor podrá exigir la reducción de la pena cuando considere que ha ejecutado parcial o defectuosamente la obligación, resulta evidente que podrá

³⁸⁵ RUIZ VADILLO, E. *Algunas consideraciones sobre la cláusula penal*. Editorial R.D.P., 1975, pp. 374-412. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 175.

exigirse la penalidad no obstante que el incumplimiento se haya derivado de una obligación de menor importancia.

Dentro de tal orden de ideas, es claro que el acreedor perjudicado no podría exigir la ejecución íntegra de la pena, pues el resto de prestaciones u obligaciones objeto del referido contrato habrían sido cumplidas.

Por lo demás, no resultaría procedente empezar a distinguir entre el incumplimiento de obligaciones que puedan calificarse como «importantes» y el incumplimiento de obligaciones susceptibles de denominarse como «poco importantes», en la medida que ingresaríamos a un terreno fundamentalmente subjetivo, en el cual resultaría muy difícil distinguir cuándo nos encontraríamos ante obligaciones cuya inejecución diera lugar al reclamo de las penalidades pactadas y cuándo no.

En el Derecho de Obligaciones, todas las relaciones jurídicas obligatorias garantizadas con cláusulas penales deben considerarse de igual importancia. Al fin y al cabo, dentro de la legislación nacional resultará aplicable la primera parte del artículo 1346 del Código Civil, precepto que establece que el deudor podrá solicitar judicialmente la reducción de la pena cuando el cumplimiento hubiese sido parcial, tardío o defectuoso.

20.2. Constitución en mora del deudor

Con relación al supuesto de constitución en mora del deudor, afirma Albaladejo³⁸⁶ que

[...] en las obligaciones de dar o hacer, la pena no puede ser exigida hasta que el deudor incurra en mora, lo que generalmente no se produce

³⁸⁶ ALBALADEJO, Manuel. *Op. cit.*, p. 187.

automáticamente desde que llega el momento de cumplir y no se cumple, sino cuando llegado aquél, el acreedor exige el cumplimiento. Claro que puede pactarse que, llegado tal momento y no cumpliéndose, se incurra en la pena automáticamente sin necesidad que sea exigido el cumplimiento.

20.2.1. *Las reglas de Kemelmajer de Carlucci*

Con relación a este tema, consideramos conveniente recoger el pensamiento de Kemelmajer de Carlucci,³⁸⁷ quien formula determinadas reglas que vamos a mencionar seguidamente, pero que a la vez constituirán materia de nuestros propios comentarios:

- a) En primer lugar, sostiene que cuando el plazo fijado para el cumplimiento de la obligación principal es esencial o perentorio, el deudor debe la pena por el solo acaecimiento de aquel. Es decir, expresa la profesora argentina, «si la cláusula penal se adjunta a la obligación de ejecutar un concierto en determinada fecha aniversario, es evidente que el simple incumplimiento hará que se deba *ipso facto* la pena, puesto que la obligación principal es de aquellas que no admiten demora ni tardanza en su ejecución».

Agrega que esta simple regla requiere algunas aclaraciones, ya que operado el vencimiento del término fijado para el cumplimiento de la principal, se produce su «incumplimiento», pues no puede hablarse estrictamente de estado de mora porque no habrá en definitiva cumplimiento tardío.

Por nuestra parte, coincidimos con lo previsto por Kemelmajer de Carlucci, ya que el ejemplo citado por ella definitivamente constituye un caso en el cual no podría hablarse de mora, sino de incumpli-

³⁸⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.* pp. 200-213.

miento de la obligación, por cuanto la mora supone la posibilidad de cumplimiento futuro, hecho que escapa a aquellos supuestos en los cuales dicho cumplimiento no tendría ni sentido ni utilidad.

Sin embargo —precisa la profesora argentina—, además del incumplimiento de la obligación principal, se opera no solo la exigibilidad de la cláusula penal, sino también su mora. En este sentido manifiesta que «la exigibilidad es un presupuesto del estado de mora, pero no se identifica con él». Es decir, resulta factible pactar que no obstante el vencimiento del término que torna exigible a la obligación, será necesaria la interpelación para colocar en mora al deudor, ya que conceptualmente una cosa es la exigibilidad y otra la mora.

Por ello, Kemelmajer de Carlucci señala que es menester explicar por qué, en algunos casos, el estado de incumplimiento se identifica con el de la mora, salvo que la cláusula penal estuviese sometida a plazo o condición. En esta línea de pensamiento expresa que se trata de un supuesto de mora *ex re* en la obligación de pagar la cláusula penal, porque la esencialidad del plazo previsto para el cumplimiento de la principal «trasciende», «se traslada», «tiñe» a la accesoria.

Siguiendo este criterio, afirma que no encuentra fundamento para colocar sobre el acreedor la carga de interpelar. Además, añade que no existe razón legal para que no pesen sobre el deudor los riesgos de la contratación en su plenitud (o sea, tanto en sus elementos esenciales como accidentales) desde el momento en que se produce el incumplimiento en el término perentorio determinado.

Para visualizar lo expresado, la profesora argentina recoge el siguiente caso:

Una persona se obliga a transportar un caballo al hipódromo el día fijado en que se corre un gran premio, bajo sanción de que si el animal no llega en el día determinado, el acarreador deberá pagar una pena cuyo objeto consiste en dos potrillos pura sangre que tiene en su *stud* [...].

En este sentido, Kemelmajer de Carlucci considera que si el deudor incumple la obligación de trasladar, cae también en mora en su obligación de dar los dos potrillos; por eso, si estos mueren al día siguiente, aun por caso fortuito, deberá su valor, aunque el acreedor de la pena no lo hubiese interpelado para que entregara la accesoria (supuesto recogido por el artículo 1336³⁸⁸ del Código Civil Peruano, referente a la responsabilidad del deudor en caso de mora).

Kemelmajer de Carlucci finaliza afirmando que cuando la pena no está sometida en sí misma a una modalidad, la mora se produce juntamente con la de la obligación principal.

Por nuestra parte, señalamos que debe tenerse cuidado al analizar los supuestos en los cuales la jurista argentina distingue la mora de la obligación principal y la mora de la cláusula penal.

Vamos a expresar opinión al respecto.

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

³⁸⁸ El artículo 1336 del Código Civil Peruano prescribe lo siguiente: «El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irroque por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable. Puede sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en retraso sin culpa, o que la causa no imputable habría afectado la prestación, aunque se hubiese cumplido oportunamente».

Dentro de tal orden de ideas, asumiendo que el deudor se encuentre en mora, ello implicará que el acreedor ya pueda exigirle el cumplimiento de la penalidad moratoria.

Ahora bien, cabe preguntarse, si llegara esta eventualidad y el acreedor *no exigiera el cumplimiento de la penalidad moratoria*, cuál sería la situación que se presentaría, jurídicamente hablando.

A nuestro modo de ver, resultará evidente que siguiendo la regla general, el acreedor estaría prorrogando el plazo de cumplimiento de la obligación asumida por el deudor. Ello no tiene nada de particular, en la medida que el cumplimiento de las obligaciones con cláusula penal se rige, igualmente, por las disposiciones generales relativas a cualquier obligación.

Esto significa que el acreedor de la penalidad moratoria podría exigir su cumplimiento en el momento que lo considere pertinente.

Por otra parte, si no se constituyera en mora al deudor por el cumplimiento de la obligación principal, no se encontraría en mora y, por lo tanto, no se le podría exigir el pago de una cláusula penal moratoria.

Dentro de ese orden de ideas, cuando el deudor sea constituido en mora por el incumplimiento de la obligación principal, automáticamente se derivarán sobre la penalidad las consecuencias moratorias, no teniéndose que exigir, necesariamente, su pago.

Así, no encontramos, a diferencia de Kemelmajer de Carlucci, sustento para considerar la importancia o no del cumplimiento oportuno de la penalidad, a fin de asignarle consecuencias de orden moratorio.

Creemos que el tema debe regirse exclusivamente por los principios que acabamos de precisar.

- b) En segundo lugar, Kemelmajer de Carlucci formula la siguiente regla para el supuesto en que la obligación principal estuviese sometida a plazo cierto:

El deudor debe la pena y la principal por el solo vencimiento del término. La solución inversa, indica,

[...] supondría una contradicción, porque la pena, en lugar de hacer más fuertes los derechos del acreedor, los debilitaría. Resulta pues, que si la obligación no está reforzada mediante una cláusula penal, el deudor cae en mora por el solo vencimiento del término; en tanto que si lo está, se requiere la interpelación. Tal ilógica solución nos convence de que si la obligación es a plazo cierto, se haya o no estipulado una cláusula penal, el deudor se halla en mora por el solo vencimiento del término y este simple paso del tiempo torna exigible la cláusula penal.

La profesora argentina concluye señalando que esta exigibilidad produce también la constitución en mora de la obligación que contiene el negocio cláusula penal, pues si se sostuviese lo contrario, la necesidad de interpelación eliminaría la función afflictiva de la pena, permitiendo al deudor nuevas dilaciones. Por ello, afirma que el plazo fijado para la principal trasciende a la cláusula penal y debe considerarse que el mismo también ha sido fijado para la accesoria, salvo que esta estuviese sometida a alguna modalidad.

Nosotros debemos señalar que el razonamiento de Kemelmajer de Carlucci no tendría la misma aplicación en el ámbito del Derecho Peruano.

No debe confundirse el que una obligación tenga un plazo señalado para su cumplimiento, con el hecho de que el incumplimiento de ese plazo determine que el deudor se encuentre automáticamente en mora. Esto significaría, simplemente, que la regla que imperaría en estos casos sería la de la mora automática y no la de la mora por intimación o requerimiento, concepto este último acogido —salvo excepciones— por la ley peruana.

Sin embargo, si nos encontrásemos en el supuesto previsto por el inciso 1 del artículo 1333 del Código Civil, vale decir que las partes hubiesen pactado la constitución en mora automática por el solo vencimiento del plazo, sí podría exigirse de inmediato la penalidad moratoria pactada por las partes.

- c) En tercer lugar, Kemelmajer de Carlucci analiza el supuesto de la obligación principal sometida a plazo incierto y concluye expresando que si la obligación principal estuviese sometida a plazo de esa naturaleza, será necesario que el acreedor comunique al deudor el advenimiento del hecho para que se torne exigible la cláusula penal. Esta posición encuentra fundamento en el principio de la buena fe contractual, en razón de que el deudor puede desconocer el acaecimiento del hecho previsto por las partes, precisamente por tratarse de circunstancias que aunque deben acaecer necesariamente, no se conoce cuándo ocurrirán.

Por nuestra parte, consideramos que cuando la jurista argentina alude a las obligaciones con plazo incierto puede estar refiriéndose a las obligaciones con plazo determinable.

Una obligación puede ser con plazo determinable, cuando él vaya a ser determinado en el futuro por un acontecimiento que dependa de un hecho ajeno a las partes o de la simple decisión del acreedor. En este último caso, correspondería al acreedor indicar el término final del plazo.

Además, dada la naturaleza del tema bajo tratamiento, resulta evidente que nos encontramos en presencia de un plazo determinable de carácter suspensivo y no resolutorio.

Dentro de tal orden de ideas, es evidente que si el deudor no tomara conocimiento del hecho que tornara en determinado el plazo determinable, ya sea porque no llega a conocer el evento al cual esta-

mos haciendo referencia o porque el acreedor no pone en su conocimiento el advenimiento de dicho evento (si el mismo estuviera en su esfera de conocimiento), o si el acreedor no comunicara al deudor su decisión de tornar en cierto el plazo incierto o determinable, no podríamos hablar de la posibilidad de que el acreedor hiciera exigible el cumplimiento de la obligación del deudor, por la sencilla razón de que este último no sabría cuándo la tendría que cumplir.

Siguiendo este razonamiento, podríamos imaginar el caso en el cual el deudor ya hubiese tomado conocimiento del vencimiento del plazo determinable y, aun así, no cumpliera con su obligación.

En este supuesto habría que tener cuidado para dar una solución al respecto, en la medida que no se podría identificar el conocimiento del vencimiento de dicho plazo por parte del deudor, con la exigibilidad por parte del acreedor para que el deudor cumpla con su obligación.

No dudamos que ambos momentos serían susceptibles de identificarse, en la medida que el acreedor podría exigir al deudor el cumplimiento de su obligación al mismo tiempo en que le comunica que el plazo se ha tornado en cierto (cualquiera que fuere la razón que ha llevado a que se presente esta solución); pero no debe partirse de la idea de que estos dos momentos son necesariamente indesligables.

Así las cosas, para nosotros resulta claro que al tema del plazo determinable deben aplicarse las consideraciones generales sobre mora en las obligaciones con cláusula penal, que antes hemos analizado.

- d) En cuarto lugar, la profesora argentina formula la regla siguiente para el caso de la obligación principal sometida a plazo tácito:

Si la obligación principal está sometida a plazo tácito, el deudor no debe la pena sino a partir de la interpelación efectuada por el

acreedor. Añade, asimismo, que aunque se trate de una pena compensatoria no acumulable a la principal, bastará con que el acreedor intime al cumplimiento de la principal, siendo innecesario un nuevo requerimiento. Es decir:

[...] aun cuando en la interpelación requerida para constituir la mora, el acreedor no haya hecho constar que opta por una u otra prestación, el deudor habrá caído en mora tanto en su obligación de pagar la principal, como en la de satisfacer la pena, pues si quiso liberarse de ella debió consignar la principal con todos sus accesorios.

En nuestra opinión, el razonamiento de Kemelmajer de Carlucci presenta algunas imprecisiones.

Si se tratara de una obligación principal cuyo cumplimiento estuviese sujeto a un plazo tácito suspensivo, el hecho de que sea tácito implicará necesariamente que, a pesar de no haberse indicado de manera expresa, se inferirá con claridad la existencia de dicho plazo y sus características.

Entonces las reglas a aplicarse en el supuesto de que el plazo sea tácito, serán las mismas que aquellas que hemos señalado para el caso en que el plazo se hubiese pactado de manera expresa.

En ambos casos resultará necesario, entonces, que el acreedor constituya en mora al deudor, dada la regla general del Código Civil Peruano, salvo que nos encontremos dentro de lo previsto por la parte final del artículo 1333 de ese Código, cuando establece que no es necesaria la intimación para que la mora exista, si la ley o el pacto lo declaran expresamente; cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla; cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación; y cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.

- e) En quinto lugar, Kemelmajer de Carlucci encuentra similar solución que la anteriormente esbozada, para el supuesto de la obligación pura y simple, ya que señala que también será necesaria la interpelación para que el deudor quede constituido en mora y se haga exigible el cumplimiento de la cláusula penal.

Los fundamentos de esta posición que acoge un sector mayoritario de la doctrina,³⁸⁹ consideran que en estas obligaciones existe un plazo, el mismo que está dado por el momento en que el acreedor exige el cumplimiento de la obligación.

- f) Finalmente, Kemelmajer de Carlucci analiza el supuesto de la obligación principal sometida a plazo indeterminado.

En tal sentido, la profesora argentina llega a la conclusión de que

[...] si la obligación principal está sometida a un plazo incierto indeterminado se requerirá la fijación judicial del plazo, vencido el cual deben aplicarse las mismas reglas previstas para las obligaciones de plazo cierto.

Por nuestra parte, y en lo que respecta al Derecho Peruano, entendemos que las expresiones de Kemelmajer de Carlucci podrían encuadrarse dentro de lo dispuesto por el artículo 182 del Código Civil, precepto que establece que si el acto jurídico no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración.

Dicha norma agrega que el juez también fija la duración del plazo, cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero, y estos no lo señalaren, tramitándose la demanda como proceso sumarísimo.

³⁸⁹ En este sentido, podemos señalar a los siguientes autores: Guillermo A. Borda (BORDA, Guillermo A. «La Reforma del Código Civil. Mora». En: *E.D.*, tomo XXIX, p. 758) y Jorge Bustamante Alsina (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, p. 95), entre otros.

Por lo demás, hacemos de aplicación a este supuesto las consideraciones que venimos expresando sobre la mora y la cláusula penal.

En aquellos casos, solo después de que el plazo hubiese sido determinado judicialmente, a través de resolución firme, será posible que el acreedor exija al deudor el cumplimiento de la obligación.

Por lo tanto, solo allí resultará factible hablar de una posible constitución en mora del deudor, si el requerimiento no fuese seguido del pago.

Nosotros entendemos que cuando Kemelmajer de Carlucci hace referencia a las obligaciones puras y simples está aludiendo a aquellas en las cuales no se ha señalado un plazo suspensivo para su cumplimiento.

En el Derecho Peruano estos casos se rigen por lo previsto en la regla general del artículo 1240 del Código Civil, precepto que señala que si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación.

Esto significa que mientras el acreedor no exija al deudor el cumplimiento de la obligación, no sería posible hablar de mora, salvo que fuera automática. Si no lo es resultaría un contrasentido que el acreedor pudiera beneficiarse de una situación que implica la ausencia de interés en el cumplimiento de la obligación, pues se entiende que si no ha reclamado tal cumplimiento, mal podría sancionarse al deudor con los efectos moratorios propios del incumplimiento.

20.2.2. La cláusula penal en las obligaciones de no hacer

Consideramos útil analizar el tema de la exigibilidad de la cláusula penal en las obligaciones negativas. En este sentido, Busso³⁹⁰ expresa

³⁹⁰ BUSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 465.

que «en las obligaciones de no hacer, la inejecución se consuma, en la generalidad de los casos, con la realización del hecho prohibido, pero esta regla no es absoluta [...]».

Dentro de tal orden de ideas, Kemelmajer de Carlucci³⁹¹ sostiene que

[...] las obligaciones de no hacer, por su propia naturaleza, no son susceptibles de retardo, y que sólo por impropiedad del lenguaje puede decirse que en ellas el deudor cae en mora por la sola comisión del hecho, cuando en realidad allí existe incumplimiento.

Por su parte, Larombière³⁹² señala que

[...] en las obligaciones de no hacer la pena se debe por el mero incumplimiento, aun cuando no se hayan producido los efectos perniciosos que se pretendió evitar, sin perjuicio de otorgar a los Tribunales la facultad de investigar cuál fue la verdadera intención de las partes, la que deberá aparecer, sin embargo, como indubitable para eximir del pago de la pena.

En esta línea de pensamiento, Demolombe³⁹³ se pregunta si el deudor incurre en la pena, ya definitivamente al realizar el hecho prohibido, o solo cuando ese hecho produce sus efectos propios. El citado autor enseña que la solución varía en cada caso particular según cual haya sido la intención de las partes, interpretada sobre la base del principio de buena fe que constituye el alma de las convenciones.

Para aclarar lo expresado, Demolombe propone el siguiente ejemplo:

³⁹¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 209 y 210.

³⁹² LAROMBIÈRE, M.L. *Théorie et Pratique des Obligations*. París: Editorial Durand, 1857, tomo III, artículo 1230, n.º 5.

³⁹³ DEMOLOMBE, C. *Op. cit.*, tomo XXVI, n.º 687.

Pablo, que se había comprometido bajo pena de mil francos a no alquilar su finca para una industria molesta, celebra un contrato que importa la violación de ese compromiso, pero ocurre que antes de llegar a la ocupación del inmueble el convenio de locación es rescindido. ¿Habría incurrido Pablo en la pena? La solución negativa parece imponerse, ya que las condiciones deben cumplirse en la manera en que las partes verosímilmente quisieron y entendieron que habían de cumplirse. Sobre la base de ese principio, cabe sostener que la obligación contratada bajo pena, no tenía en cuenta la mera celebración de un contrato de locación sino las incomodidades que la ejecución de él iba a reportar.

En un caso similar —pero no idéntico—, Demogue³⁹⁴ sustenta una opinión más rígida, pues manifiesta que «si alguien se ha comprometido bajo cláusula penal a no otorgar un acto jurídico, incurre definitivamente en la pena desde el momento en que lo otorga, aun cuando ese acto sea posteriormente anulado». Cita en apoyo de su tesis, un fallo del Tribunal de Besancon del 11 de diciembre de 1901, que resuelve que «si un asegurado no declara una venta que según la póliza debía declarar bajo pena de caducidad, pierde por esa reticencia sus derechos, aunque luego se anule la venta».

Dentro de estos conceptos, Von Thur³⁹⁵ expresa «que debido al carácter definitivo de la pena, resulta que el acreedor tiene derecho a la pena cuando el incumplimiento se ha consumado, aunque con posterioridad pierda el interés que tuvo en cuenta al establecerla».

Para acentuar su parecer, el autor citado acude al siguiente ejemplo:

La pena accesoria a un compromiso de no establecerse (cláusula de no competencia) queda irrevocablemente incurrida en caso de infracción, y no se extingue por el hecho de que con posterioridad el acreedor venda

³⁹⁴ DEMOGUE, René. *Op. cit.*, tomo VI, p. 502.

³⁹⁵ VON THUR, Andreas. *Op. cit.*, tomo II, p. 237.

su fondo de comercio. Por esa razón, el acreedor conserva el derecho a la cláusula penal moratoria devengada desde que se produjo el incumplimiento hasta que se procedió a la venta del negocio.

En nuestra opinión, en las obligaciones de no hacer, la cláusula penal compensatoria —entendida como la valuación anticipada de los daños y perjuicios resultantes de la inexecución de la obligación—, tal vez prodría hacerse exigible por el mero incumplimiento de la misma, aun cuando no se hayan producido los efectos perniciosos que se pretendió evitar.

Este principio se encuentra previsto por el artículo 1343 del Código Civil, cuando establece que «para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos [...]». Dicha norma enuncia una característica esencial de la cláusula penal: para exigirla no es necesario probar la existencia del daño ni su cuantía.

Recordamos al lector que este tema fue estudiado en su oportunidad, y que el artículo 1159 de dicho Código prevé que en las obligaciones de no hacer que se inexecuten por culpa del deudor, corresponderá al acreedor el derecho a exigir el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

En palabras de Laurent,³⁹⁶

[...] estas obligaciones, por su naturaleza, requieren la intervención personal del deudor y como en principio nadie puede ser forzado a no hacer lo que no quiere, la libertad humana no puede ser compelida; y como sólo el deudor es quien puede realizar el hecho, si en este caso el deudor niega su participación al cumplimiento directo —y el forzoso se vuelve imposible—, al acreedor sólo le queda el derecho a la compensación por daños y perjuicios.

³⁹⁶ LAURENT, François. *Op. cit.* tomo XVI, p. 265.

Por ello, si las partes contratantes hubiesen convenido una cláusula penal para el caso en que el deudor incumpliera la obligación de no hacer, evitando así la prueba del perjuicio y el arbitrio judicial en su estimación, y se inejecutara efectivamente la obligación, entonces es claro que el acreedor tendría expedito su derecho para reclamar el cumplimiento de la pena convencional.

Conviene recordar —como lo indicáramos oportunamente—, que en la gran mayoría de supuestos la constitución en mora es ajena a las obligaciones de no hacer. Se entiende que en estos casos la simple acción del deudor viola la obligación y no es necesario, por consiguiente, que el acreedor le recuerde que debe abstenerse de actuar, para exigirle la cláusula penal.

No obstante, también debemos recordar que de manera excepcional, y de acuerdo con la naturaleza de determinadas obligaciones, sobre todo aquellas de ejecución continuada o periódica, podría resultar factible la constitución en mora del deudor en las obligaciones de no hacer.

Sin ánimo de reabrir el debate en torno de la relación existente entre este tema y las obligaciones con cláusula penal, diremos que cuando no sea posible la constitución en mora y se hubiese pactado una cláusula penal compensatoria, resultará evidente que ante el incumplimiento de la obligación, se generará automáticamente el derecho del acreedor para exigir el cumplimiento de la pena.

De resultar posible la constitución en mora del deudor en las obligaciones de no hacer, tendríamos que concluir que habiéndose pactado una cláusula penal moratoria, el acreedor, a partir del momento de la constitución en mora, tendría el derecho a exigir la referida penalidad moratoria.

Si en este caso también se hubiese pactado una penalidad compensatoria, esta última solo podría ser exigida en la medida que el in-

cumplimiento moratorio se hubiese convertido en incumplimiento absoluto de la obligación, todo ello con la salvedad de que la penalidad compensatoria podría ser adicionada a la penalidad moratoria, si esta última se hubiere pactado y devengado.

20.3. *Que el incumplimiento sea imputable al deudor*

Un sector mayoritario de la doctrina consultada³⁹⁷ concibe que para que la cláusula penal entre en vigencia es necesario que la inejecución de la prestación principal sea imputable al deudor, esto es que medie dolo o culpa. Los autores agregan que si el incumplimiento se debiera a caso fortuito o fuerza mayor, la pena no sería exigible.

Esta posición se encuentra notoriamente influida por la doctrina francesa,³⁹⁸ la que afirma que siendo la imputabilidad a título de culpa o dolo uno de los requisitos para la procedencia de la acción de daños y perjuicios del Derecho Común, lo es también para la aplicación de la cláusula penal.

Siguiendo este criterio, Busso³⁹⁹ expresa que

[...] uno de los supuestos en los que no se debe la cláusula penal pactada, a pesar de existir incumplimiento, es cuando el incumplimiento par-

³⁹⁷ En este sentido, podemos señalar a los siguientes autores: Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas (CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS, *Op. cit.*, tomo I, pp. 254 y 255), Jorge Joaquín Llambías (LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, pp. 471-473) y Gustavo Palacio Pimentel (PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. *Elementos de Derecho Civil. Op. cit.*, tomo I, p. 392), entre otros.

³⁹⁸ Por su parte, Savigny (SAVIGNY, M.F.C. De. *Sistema del Derecho Romano actual*. Segunda edición. (Traducido por Jacinto Mesía y Manuel Poley). Madrid: Editorial Centro Editorial de Góngora, 1839-1847, tomo II, p. 447) también afirma que el deudor puede invocar la imposibilidad fortuita: los principios lógicos y sobre todo el de la buena fe, llevando a la no aplicación de la letra rigurosa de la convención y por ende a liberar al deudor cuando probara que de hecho había realizado todo cuanto podía para evitar la imposibilidad.

³⁹⁹ BUSSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 497.

cial se debiera a causas de fuerza mayor o a culpa del acreedor. En tales casos, por aplicación de los principios generales, no hay responsabilidad a cargo del deudor, y en consecuencia no incurrirá en la pena ni siquiera parcialmente.

Dentro de esta línea de pensamiento, Ospina Fernández⁴⁰⁰ señala

[...] que la cláusula penal, según su denominación lo indica, establece una sanción por el incumplimiento de la obligación principal, como lo es también la sanción de resarcimiento de perjuicios que, en general, la ley impone por el mismo motivo; y como en la tradición latina la responsabilidad del deudor depende de la imputabilidad que mora en éste, quien obra así sólo sufre las consecuencias de su dolo o de su culpa, pero no las provenientes de un caso fortuito que no haya asumido expresamente; se sigue que la inejecución de la obligación principal, o su ejecución defectuosa o retardada, hechos estos que condicionan la exigibilidad de la pena convencional, también suponen el dolo o la culpa de dicho deudor, o sea que ni éste ni el tercero que haya asumido la obligación penal están obligados a pagarla cuando el incumplimiento de la obligación principal se deba a caso fortuito o a la culpa exclusiva del acreedor.

En este sentido, Kemelmajer de Carlucci⁴⁰¹ fundamenta la tesis mayoritaria en los principios generales en materia de responsabilidad, que establecen como causal eximente por excelencia al caso fortuito o la fuerza mayor.

La profesora argentina precisa, sin embargo, que el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor no contempla razones que puedan justificar subjetivamente al deudor. Por ejemplo, indica, «no exime del pago el incumplimiento por error de cálculo o de otro tipo, ni la buena fe ni el exceso de confianza del deudor».

⁴⁰⁰ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Op. cit.*, p. 161.

⁴⁰¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 182.

Similar planteamiento aduce Llambías,⁴⁰² quien manifiesta que no eximirán de responsabilidad al deudor las meras dificultades que pueden oponerse al cumplimiento. Así, no podría el deudor excusarse aduciendo su buena voluntad de cumplir, ni su buena fe, o los tropiezos corrientes que pueden presentarse en la ejecución de cualquier contrato.

Por su parte, Rezzónico⁴⁰³ anota que el deudor no deberá la cláusula penal cuando por caso fortuito o fuerza mayor no haya podido cumplir su obligación.

Significa, solamente, que no le basta para eximirse de la pena su buena fe, su buena voluntad o motivos particulares —un olvido, un disgusto, una indemnización—, dificultades simples y no insalvables, ni le basta probar que de su parte no hubo ni dolo ni culpa, sino que debe probar que se debió a caso fortuito o fuerza mayor.⁴⁰⁴

Sobre la materia cabe recordar que el artículo 1315 del Código Civil Peruano define los casos fortuitos o de fuerza mayor como causas no imputables al deudor que impiden la ejecución de la obligación o determinan su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, atribuyéndoles las características de eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles.

⁴⁰² LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, p. 472.

⁴⁰³ REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, vol. I, pp. 256-258.

⁴⁰⁴ Compartiendo los argumentos esgrimidos por los autores mencionados, Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas (CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS, *Op. cit.*, tomo I, p. 255) expresan que la enfermedad del deudor, o la no obtención de un prestamo, o la dificultad de conseguir obreros, o la demora en la tramitación de un juicio, o el retardo en la terminación de una sucesión, o la quiebra del deudor, no constituyen excusas que justifiquen la inexecución de la prestación y la pretensión de liberarse de la pena.

Los casos fortuitos o de fuerza mayor deben reunir esos tres caracteres. Teóricamente, sin embargo, cabe hacer una distinción. Así, se considera que el caso fortuito alude solo a los accidentes naturales —lo que en el Derecho Anglosajón se denomina «Act of God» (hecho de Dios)—; en cambio, la fuerza mayor involucra tanto los actos de terceros como los atribuibles a la autoridad, denominados en el Derecho Anglosajón «Act of Prince» (hecho del Príncipe).

Como ya se ha expresado, ambos consisten en acontecimientos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles para el deudor y, desde luego, independientes de su voluntad. En todo caso fortuito o de fuerza mayor hay, necesariamente, ausencia de culpa. Estos eventos configuran, definitivamente, causas no imputables.

Luego de recordar estos conceptos, consideramos conveniente referirnos a otros supuestos específicos adicionales que eximen o reducen la responsabilidad del deudor, respecto del cumplimiento de la cláusula penal, ante la inejecución de su obligación.

En primer lugar, si el deudor actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Por consiguiente, a dicho deudor no le será exigible el cumplimiento de la pena. El artículo 1314 del Código Civil Peruano —precepto analizado en su oportunidad— contempla esta situación. En tal sentido, la norma se refiere a la causa no imputable, es decir a la ausencia de culpa, como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad.

Basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida, para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular, y en estos casos no sería exigible la cláusula penal. Es justamente este principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa.

En caso de ausencia de culpa, el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o de fuerza mayor, es decir la causa del incumplimiento por un evento de origen conocido pero extraordinario, imprevisto e inevitable. En la ausencia de culpa el deudor simplemente está obligado a demostrar que prestó la diligencia que exigía la naturaleza de la obligación y que correspondía a las circunstancias del tiempo y del lugar, sin necesidad de acreditar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación.

Luego tenemos el caso en que el deudor incumple la obligación principal debido a culpa del acreedor. Aquí la cláusula penal no se debe, pues el incumplimiento del deudor es imputable al acreedor. Esta era la solución en el Derecho Romano y actualmente es aceptada por la doctrina moderna, aun por aquellos que atienden exclusivamente a la función compulsiva de la cláusula penal.⁴⁰⁵

En esta línea de pensamiento, Kemelmajer de Carlucci⁴⁰⁶ manifiesta que la solución expresada «no hace sino aplicación del principio de que nadie puede alegar su propia torpeza».

La profesora argentina también recoge lo argumentado por un antiguo fallo de la Cámara Civil Argentina, que fundándose en la culpa del acreedor, impidió el ejercicio de la cláusula penal:

No procede la pérdida de la suma retenida por el comprador para asegurar la terminación y funcionamiento de las obras de desagüe, si aquél introdujo modificaciones en la casa que entorpecieron el despacho de los certificados finales e impidieron el cumplimiento de la obligación asumi-

⁴⁰⁵ En este sentido podemos señalar a los siguientes autores: Jorge Mosset Iturraspe (MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.*, p. 1246) y Michele Trimarchi (TRIMARCHI, Michele. *Op. cit.*, p. 37), entre otros.

⁴⁰⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 193.

da por el vendedor dentro del plazo fijado, y ello, ya se considere la estipulación como cláusula penal o como mero depósito.

Laurent,⁴⁰⁷ por su parte, ilustra el tema con un caso muy preciso:

[...] si un mandante se compromete a pagar una cláusula penal al mandatario si le revoca el poder, ésta no se debe si la revocación se efectúa por abuso de confianza del mandatario, porque evidentemente la cláusula se ha pactado para los casos de revocación arbitraria; lo contrario sería legitimar un robo o un delito.

El Código Civil de 1984 prevé esta situación en el artículo 1327 —norma anteriormente estudiada al analizar el tema de inexecución de las obligaciones—, el mismo que se refiere a los perjuicios que el acreedor hubiera podido evitar usando la diligencia ordinaria requerida.

Se considera razonable —y así lo establece el precepto— que el deudor no deba resarcimiento por los daños que el acreedor perjudicado hubiera podido evitar usando la diligencia ordinaria. Se supone que ya ocurrió el incumplimiento, pero se supone, además, que el acreedor se ha abstenido culposamente de hacer algo para evitar el mayor daño. Es evidente que el acreedor no debe agravar, con su propio comportamiento, la situación del deudor que ha incumplido.

Por ello, podemos concluir que la inexecución de la obligación puede también obedecer a culpa del acreedor, inclusive a culpa exclusiva de este. Aquí resulta evidente el efecto liberatorio y desde luego la inimputabilidad del deudor, no siéndole exigible el cumplimiento de la cláusula penal estipulada.

En tercer lugar, cabría analizar el supuesto del incumplimiento de la obligación asegurada, que obedezca a culpa del deudor y del acreedor.

⁴⁰⁷ LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XVII, p. 438.

Kemelmajer de Carlucci,⁴⁰⁸ en relación con el difícil tema de la concurrencia de culpas, coincide con la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, en el sentido que los jueces están facultados para valorar ambas culpas y atribuir a cada uno, proporcionalmente, la parte que le corresponde en las consecuencias dañosas. En esta apreciación, afirma la profesora argentina,

[...] los jueces están dotados de amplio poder y de este principio se deduce que habiéndose pactado una cláusula penal, ella deberá ser reducida teniendo en cuenta la conducta culposa del acreedor. En supuestos excepcionalísimos podrá llegarse a su eliminación cuando el proceder imputable del deudor no ha tenido relación causal adecuada con el del incumplimiento.

Precisa recordarse que el artículo 1326 del Código Civil Peruano —precepto estudiado en su oportunidad— prevé esta situación, cuando dispone que «si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él se deriven».

Compartiendo el pensamiento de Kemelmajer de Carlucci, consideramos que se trata de una cuestión de apreciación que el juez debe evaluar. Si el hecho doloso o culposo del acreedor ha concurrido a ocasionar el daño, la entidad del resarcimiento, es decir, el monto de la cláusula penal pactada, se deberá reducir en proporción a la gravedad de tal hecho y a las consecuencias que se hayan derivado del mismo. La responsabilidad por la inexecución de la obligación es compartida entre el deudor y el acreedor. Se configura una situación intermedia entre el daño inimputable y el daño debido por entero a que del deudor. Esto es lo que en doctrina se conoce con el nom-

⁴⁰⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 194 y 195.

bre de concurso o concurrencia de culpas, en el cual cada sujeto responde en proporción al grado de su culpa eficiente, o como «compensación de culpas», expresión que no se refiere, naturalmente, a la compensación en sentido estricto, vale decir como medio extintivo de obligaciones.

Corresponde en cuarto lugar que se analice el tema de la impuntabilidad del deudor ante el incumplimiento de las obligaciones a cargo del acreedor.

En el estudio que ha antecedido se evalúa la situación que se origina cuando la obligación asegurada mediante la cláusula penal no es cumplida por el deudor, pero motivado por una conducta también imputable al acreedor. Aquí, en cambio, nos referimos al caso de un deudor que no cumple con las obligaciones a su cargo, a las cuales acceden cláusulas penales, porque el acreedor no ejecuta acabadamente las suyas. Nos referimos al caso de las obligaciones recíprocas.

Respecto a este tema, Kemelmajer de Carlucci⁴⁰⁹ considera que quien invoca la cláusula penal, debe a su vez haber cumplido las obligaciones a su cargo. Este principio, sostiene, ha sido reiteradamente aceptado por la jurisprudencia de su país: «Habiendo faltado ambos contratantes a las obligaciones que les incumbían, ninguno de ellos puede exigir la aplicación de la cláusula penal convenida». A modo de conclusión la profesora argentina expresa que «la pena prevista para el caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales supone el cumplimiento de las suyas por la contraparte».

Estas prestaciones recíprocas se encuentran regidas especialmente por los artículos 1426 a 1434 del Código Civil de 1984. El primero

⁴⁰⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 195.

de ellos,⁴¹⁰ referido a contratos con prestaciones recíprocas que deben cumplirse simultáneamente, permite oponer la *exceptio non adimpleti contractus* ante el incumplimiento de la contraparte e impide la mora de una de las partes si la otra no cumple o no garantiza su cumplimiento. Esto último se encuentra expresamente recogido por el artículo 1335 del Código de 1984 —norma estudiada oportunamente—, que dispone que «en las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá».

Por otro lado, el artículo 1427 del Código Civil⁴¹¹ faculta a la parte a oponer la excepción de caducidad de plazo, suspendiendo la ejecución de su prestación ante el riesgo de que la contraparte que debe cumplir en segundo lugar, después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas, que no deben ejecutarse simultáneamente, no pueda hacerlo hasta que esta última satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento.

Concluimos el tema anotando que quien invoca la cláusula penal debe haber cumplido con las obligaciones a su cargo. Por consiguiente, el acreedor no podría exigir al deudor el cumplimiento de la cláusula penal ante la inejecución de su propia prestación, en tanto no cumpla acabadamente la suya.

⁴¹⁰ El artículo 1426 del Código Civil Peruano prescribe lo siguiente: «En los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento».

⁴¹¹ El artículo 1427 del Código Civil Peruano establece lo siguiente: «Si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas sobreviniere el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar puede suspender su ejecución, hasta que aquella satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento».

Luego de lo expuesto, y como criterio general, podemos afirmar que para que proceda la exigencia de la cláusula penal, habrá de darse siempre la culpabilidad del deudor. Sin embargo, cabría formularnos la siguiente interrogante: ¿podría pactarse que se exigirá la pena aun en el supuesto de que el incumplimiento de la obligación principal no se deba a culpa del deudor?

La doctrina coincide en la validez de los pactos por los cuales el deudor asume los riesgos de la contratación, pero se disiente en cuanto a la naturaleza jurídica de ellos cuando se ha pactado una cláusula penal.

Para algunos autores,⁴¹² la existencia de este pacto no desnaturaliza la pena. En cambio, para otros la cláusula penal se ha convertido en un pacto de garantía.

En esta línea de pensamiento, Spota⁴¹³ indica que «Más que una cláusula penal, media una estipulación que significa la asunción del riesgo técnico o económico de la locación de obra».

Compartiendo el mismo criterio, Albaladejo,⁴¹⁴ de manera precisa y ocupándose de la mutación de la cláusula penal en su funcionalidad en tales supuestos, comenta la circunstancia de que se ejecute la pena aunque el incumplimiento no fuese imputable al deudor. El profesor citado expresa que

[...] realmente la pena pactada para este supuesto, no sirve en lo que atañe a ese incumplimiento no imputable, de constrictión para que

⁴¹² PUIG PEÑA, Federico. *Op. cit.*, vol. I, tomo IV, p. 81. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1946 y GATICA PACHECO, Sergio. *Op. cit.*, p. 312, entre otros autores.

⁴¹³ SPOTA, Alberto G. *Tratado de la Locación de Obra*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1976, 3ª ed., vol. II, p. 256.

⁴¹⁴ ALBALADEJO, Manuel. *Op. cit.*, vol. I, tomo II, p. 184.

aquél cumpla, ya que, por definición, en tal caso el incumplimiento no es por su culpa. Entonces la pena es más bien un simple aseguramiento de la posición del acreedor, que así como normalmente vería extinguirse la obligación principal cuando el deudor, sin su culpa, no pudiese cumplir, por el contrario, mediante la pena ve sustituida por ésta la obligación que el otro no cumplió.

Llambías,⁴¹⁵ por su parte, manifiesta que si el deudor ha asumido el caso fortuito, la ocurrencia de este hecho no lo eximirá de la pena. Sin embargo, la cláusula penal dejará de ser tal, para convertirse en un pacto de garantía. «Será una cuestión de hecho dependiente de las circunstancias de cada caso, determinar cuándo la aparente cláusula penal constituye, en verdad, un pacto de garantía».

El Código Civil Peruano permite, en virtud del artículo 1343,⁴¹⁶ que el cumplimiento de la cláusula penal pueda demandarse aun cuando la inejecución de la obligación principal por parte del deudor no obedezca a dolo o culpa del mismo, cuando exista un pacto expreso de por medio. Dicho precepto señala una característica esencial de la pena convencional.

En este sentido, Kemelmajer de Carlucci⁴¹⁷ manifiesta que «en algunos supuestos el legislador ha admitido responsabilidad sin culpa y considera válido el pacto por el cual el deudor asume los riesgos del caso fortuito, pero esto es demostrativo de que para que la fuerza mayor no exima se necesita una disposición legal clara y precisa en contrario, o un pacto expreso: la doctrina más especializada ha reco-

⁴¹⁵ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, pp. 472 y 473.

⁴¹⁶ El artículo 1343 del Código Civil prescribe lo siguiente: «Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario».

⁴¹⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 182 y 183.

nocido siempre que esta cláusula de asunción de riesgos debe constar en forma indubitable y ser objeto de interpretación restrictiva».

En consecuencia, podemos afirmar que para la exigibilidad de la pena es necesario el requisito de imputabilidad del deudor, a no ser que se prometa la cláusula penal para los casos en que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso haya sido sin culpa de este.

Por último, consideramos necesario mencionar un supuesto adicional. Nos referimos al caso del incumplimiento producido por hechos imprevisibles cuando existe mora del deudor.

Al respecto, Kemelmajer de Carlucci⁴¹⁸ expresa que «por aplicación de los principios generales, el deudor deberá la cláusula penal, no obstante la existencia del hecho imprevisible, si éste se produjo cuando ya estaba constituido en mora».

El Código Civil Peruano recoge este mismo criterio en el artículo 1336 —norma estudiada oportunamente—, cuando preceptúa que

[...] el deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irroque por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable. Puede sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en retraso sin culpa, o que la causa no imputable habría afectado la prestación, aunque se hubiese cumplido oportunamente.

En nuestra opinión, el deudor en mora responde necesariamente de la indemnización de daños y perjuicios derivada del retraso en el cumplimiento de la obligación. Es decir, siempre es exigible el cumplimiento de la cláusula penal pactada. El deudor en mora también deberá la pena convencional, desde luego, por el deterioro o la pérdi-

⁴¹⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 192.

da de la prestación, aun cuando se produzca por causa que no le sea imputable. Podrá, sin embargo, evitar el pago si probara que la causa no imputable la habría afectado aunque se hubiera cumplido a su debido tiempo.

20.4. La cláusula penal exime al acreedor de la prueba de los daños y perjuicios

El artículo 1343 del Código Civil Peruano establece que «para exigir la cláusula penal no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos [...]», señalando una característica esencial de la cláusula penal: que para exigirla no es necesario probar la existencia del daño ni su cuantía.

Esta norma constituye una clara excepción a la regla general del artículo 1331 de dicho Código, el que dispone que «la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponden al perjudicado por la inexecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

Como la pena convencional importa la fijación anticipada de las pérdidas y los daños, estaría de más que el acreedor alegue y compruebe el perjuicio, ya que el deudor no podría pretender liberarse demostrando que él no ha existido.

Esta prescripción obedece a tres razones. En primer lugar, las partes acordaron la pena para el caso de inexecución o de mora; ocurrido el hecho previsto, la pena se aplica. La inexecución y la mora equivalen a condiciones suspensivas, a las que está subordinada la pena. Luego, la pena se establece para evitar la discusión de las pérdidas y daños; consecuentemente, no hay que debatir esa materia. Las partes previamente aceptaron que la inexecución o la mora sería perjudicial. Es una presunción que favorece al acreedor y que no se destruye por alegaciones contrarias del deudor. En tercer lugar, la cláusula penal, además de ser una prefijación de las pérdidas y los daños, también

funciona como fuerza coercitiva para constreñir al deudor a cumplir su promesa y como reacción punitiva contra el delito civil de inejecución o de mora. Bajo esta relación, consideramos que está excusada la prueba del perjuicio.

En esta línea de pensamiento, De Gásperi⁴¹⁹ señala que la pena releva al acreedor de la prueba del daño. «Constituye una presunción *iuris et de iure* de que existe un daño y en la medida en que ha sido pactada. En consecuencia, el deudor no se exime por la prueba de que no ha habido daño». Finalmente, agrega que el fundamento de la pena no es el daño, sino la voluntad de las partes.

De acuerdo con estos conceptos, Llambías⁴²⁰ expresa que

[...] ni la efectiva existencia del daño que provoca al acreedor el incumplimiento de la obligación principal, ni menos la prueba de dicho daño, son requisitos de la pretensión de la pena. Acá juega una dosificación convencional del daño, que las partes deben acatar por respeto que merece la autonomía de la voluntad exenta de vicios. No cabe pues hacer cuestión sobre la improcedencia de la pena o multa, en base a la ausencia de daño por parte del acreedor: el daño existe por acuerdo de las partes, en la medida del importe de la pena.

El profesor argentino añade que se advierte en el régimen de la cláusula penal, una variante de importancia con respecto a los principios generales de la teoría de los daños y perjuicios.

Por regla general el acreedor que intenta hacer efectiva la responsabilidad del deudor, está precisado a producir la prueba del daño cuya reparación reclama. Pero si juega una cláusula penal y pretende el pago de la pena o multa, está dispensado de producir esa prueba.

⁴¹⁹ DE GÁSPERI, Luis. *Op. cit.*, tomo I, p. 447.

⁴²⁰ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, pp. 470 y 471.

En opinión de Llambías, aunque de ordinario la cláusula penal llena esta función resarcitoria, no es forzoso que tenga tal carácter. Aun los deberes de conducta que no importan obligaciones *stricto sensu*, por ser de contenido no susceptible de apreciación pecuniaria, pueden ser fortalecidos en su cumplimiento mediante la estipulación de cláusulas penales: ahí no se puede decir que tal cláusula tenga función resarcitoria, puesto que —por hipótesis— la persona en cuyo favor se ha comprometido la conducta esperada, no experimenta daño patrimonial alguno por la frustración de esa expectativa. Así, el autor cita como ejemplo el de dos amigos que conciertan hacer un viaje de placer conjunto, en determinada fecha, y convienen que uno de ellos pagará al otro una suma de dinero si por su culpa hiciera fracasar la excursión: allí la cláusula penal asume el papel de una pena privada y no tiene carácter indemnizatorio.

Por su parte, Emiliani Román⁴²¹ afirma que la cláusula penal presenta diversas ventajas de orden práctico, ante las cuales se encuentra el que libera al acreedor de la carga de la prueba de la existencia de los perjuicios, puesto que las partes lo han reconocido previamente desde el momento en que los evaluaron. Por lo mismo, el deudor no podrá alegar su inexistencia, ni que el acreedor reportó beneficio de la inejecución; y agrega que con la misma lógica no debería admitirse que el acreedor desconozca la cláusula penal para poder reclamar la indemnización de perjuicios cuando le pareciere que aquella es exigua o inconveniente, pues esto lo coloca en pie de igualdad con el deudor cuando se le niega el derecho a demostrar la inexistencia de los perjuicios o los beneficios del incumplimiento.

En este orden de ideas, Cazeaux y Trigo Represas⁴²² destacan que la cláusula penal es una indemnización *a forfait*, según la acertada ex-

⁴²¹ EMILIANI ROMÁN, Raimundo. *Op. cit.*, pp. 296 y 297.

⁴²² CAZEAUX, Pedro. N. y FÉLIX A. TRIGO REPRESAS. *Op. cit.*, pp. 255 y 256.

presión de Planiol, a ganancias y pérdidas, ya que el acreedor toma a cargo el riesgo de que los daños efectivos del incumplimiento excedan del tope fijado por la cláusula penal, así como el deudor se expone, a su vez, a que dichos daños sean inferiores a ese tope y aun a que no exista daño.

Sin embargo —añaden los citados autores—, si el daño no es requisito necesario para la exigibilidad de la cláusula penal, tiene en cambio su importancia cuando se trata de juzgar problemas como el que se refiere a la inmutabilidad de la misma en los casos de penas excesivas. En tales circunstancias, concluyen Cazeaux y Trigo Represas, ante una impugnación del monto de una cláusula penal por exorbitante, puede ser decisiva la prueba de la existencia y magnitud del daño sufrido por el acreedor y de ella el juez podrá extraer la conclusión adecuada.

Según Kemelmajer de Carlucci,⁴²³ «es hoy criterio predominante que la modificación más importante que la cláusula penal produce en el régimen común de la indemnización de daños, es la de la innecesariedad de acreditar la existencia y el monto de los perjuicios». En este sentido, la profesora argentina recoge las palabras de De Page,⁴²⁴ quien afirma que «la ley presume que las partes, al estipular la cláusula penal, implícitamente reconocen que la inejecución o retardo será siempre dañoso».

En consecuencia —concluye Kemelmajer de Carlucci—, la fijación de una cláusula penal releva al acreedor de la prueba del daño efectivamente sufrido, porque si el deudor pudiera eximirse de satisfacer la pena probando que el acreedor no ha sufrido daños, se habría hecho de la cláusula penal una estipulación completamente inútil.

⁴²³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*

⁴²⁴ DE PAGE, Henri. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. Bruselas, 1936, tomo III, p. 124. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 213.

Por nuestra parte, en torno al extremo relativo a que la cláusula penal exime de la prueba de los daños y perjuicios, cabe manifestar que ello es exacto, en el sentido que la cláusula penal tiene, dentro de sus funciones, aquella de simplificación probatoria, vale decir, que no resultará necesario que el acreedor pruebe la existencia de daños y perjuicios para poder reclamar la cláusula penal, ya que la misma constituye su valorización anticipada.

Aspecto distinto será el considerar si en la realidad se producen o no los daños y perjuicios y, de originarse, si se generan en la magnitud correspondiente a la penalidad pactada.

Pero, independientemente de tales circunstancias, resulta innegable que dentro de cualquiera de los sistemas legislativos, bastará que el acreedor pruebe el incumplimiento del deudor para que pueda exigir la penalidad. Corresponderá por tanto al deudor demostrar que la inejecución de la obligación se debió a causa que no le es imputable para eximirse del pago de tal penalidad. Estos principios son plenamente aplicables en el Perú.

Ahora bien, si analizamos el esquema expuesto dentro del régimen legal peruano, la solución no será exactamente la misma, en la medida en que, de producirse el incumplimiento culposo o doloso del deudor, el acreedor podrá exigir la penalidad pactada, pero el deudor podrá solicitar al juez su reducción, de haberse producido un incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación o si el deudor considerase que la penalidad es manifiestamente excesiva con respecto a la entidad de los daños y perjuicios verdaderamente causados al acreedor.

Así, más allá de las consideraciones negativas en torno de este sistema, conviene advertir que dentro de la ley peruana es posible que el deudor exija la reducción de la penalidad y que, por tanto, el tema de la entidad de los daños y perjuicios termine siendo materia probatoria.

20.5. *Materias que deben probarse*

De Gásperi⁴²⁵ expresa que en materia de cláusula penal, solo se exige la prueba de la convención y de la mora del deudor. Dice —con referencia a los requisitos para la aplicación de la cláusula penal— que la inexecución o retardo en el cumplimiento de la obligación debe ser imputable al deudor, o sea que haya habido culpa o dolo de su parte. Sin duda —indica De Gásperi— la culpa o dolo es la base de toda responsabilidad, pero tratándose de la cláusula penal el acreedor no tiene necesidad de probarlos. En todo caso, incumbe al deudor el descargo, por alegación y prueba del caso fortuito o fuerza mayor o de que la inexecución es debida al hecho mismo del propio acreedor. La constitución en mora hace presumir la culpa. Por consiguiente, concluye manifestando que «al acreedor le bastará con justificar la doble existencia de la obligación y la cláusula penal pactada».

En opinión de Llambías,⁴²⁶ «el acreedor sólo debe de probar el incumplimiento para pretender la pena, ya que la culpa se presume». Aquí —precisa el autor—, siguen funcionando los principios generales. Pero si el acreedor alega el dolo del deudor, para intensificar la responsabilidad de este, a él le incumbe la prueba de ese dolo. Finalmente, Llambías concluye anotando que si es el deudor el que alega un caso fortuito, para eximirse de la pena, a él le toca la prueba del *casus*.

Busso,⁴²⁷ por su parte, sostiene «que el acreedor que pretende la pena tiene la misma situación —en cuanto al *onus probandi*— que el que demanda el cumplimiento de la prestación principal. No necesita probar el incumplimiento del deudor, siendo por el contrario este —si

⁴²⁵ DE GÁSPERI, Luis. *Op. cit.*, tomo I, pp. 447 y 448.

⁴²⁶ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, p. 473.

⁴²⁷ BUSSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 467 y 468.

pretende excepcionarse— quien debe justificar haber ejecutado regularmente las obligaciones a su cargo, o bien acreditar los eximentes de responsabilidad que puedan beneficiarle». En sede de cláusula penal —finaliza el autor— es aplicable el principio de Derecho Común según el cual la prueba del pago incumbe al deudor. Este principio descarta a aquel otro según el cual el acreedor bajo condición debe probar que se ha cumplido el hecho al cual su crédito estaba subordinado.

Ahora bien, en materia de prueba de la cláusula penal, también consideramos importante recoger el pensamiento de Lobato de Blas,⁴²⁸ quien en este sentido y para mayor claridad, hace la distinción entre: a) prueba del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal y b) prueba de la cláusula penal: cláusula penal acumulativa y cláusula penal sustitutiva.

Sobre el primer supuesto, refiere que «el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal, es evidente que, en caso de reclamación de la pena pactada, deberá realizarse siempre, previamente a ella, prueba de tal extremo que [...] actúa de *conditio iuris* de la exigibilidad de la pena».

De otro lado, respecto a la prueba de la cláusula penal propiamente dicha y en caso de ser esta acumulativa, Lobato de Blas manifiesta que «resulta claro que no será necesario realizar prueba alguna que no sea la de la existencia de la pena pactada y que, en la generalidad de los casos, se integrará por el documento en el que se recoge el pacto».

En cuanto al supuesto que la pena sea sustitutiva, señala que equivaliendo la pena «a una indemnización convenida y calculada de an-

⁴²⁸ LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, pp. 162-164.

temano, que excluye la necesidad de pruebas y apreciaciones relativas a las consecuencias del incumplimiento, se deriva como lógica secuela de tal principio, la fijeza en la cuantía determinada de aquélla».

Por nuestra parte, y luego de lo expuesto, consideramos que en materia de prueba de los presupuestos que condicionan la pretensión de la pena, el acreedor no tiene que demostrar más que el incumplimiento del deudor, ya que establecido ese hecho queda admitida la imputación del mismo al deudor, porque su culpa se presume. Esto último se encuentra previsto por el artículo 1329 del Código Civil Peruano —norma analizada oportunamente—, cuando dispone que «se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor».

Pero si el acreedor alega dolo o culpa inexcusable del deudor, para agravar su responsabilidad, a él corresponde la prueba. Este principio previsto por el artículo 1330 del mencionado cuerpo normativo, preceptúa que «la prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

Cabe señalar, por último, que el deudor puede exonerarse probando su inculpabilidad, pues la presunción contenida en el artículo 1329 —como ya ha sido estudiado— es *iuris tantum*, es decir que admite prueba en contrario.

Sin embargo, si el deudor alega un caso fortuito o de fuerza mayor para eximirse de la pena, o en general una causa no imputable a él, le incumbe su prueba, ya que tales circunstancias son incompatibles con la situación de culpa, salvo que el deudor haya asumido la ocurrencia de estos hechos como no eximentes de la pena.

21. EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL

Al analizar esta materia debemos responder a la interrogante de las consecuencias que produce la incorporación de la estipulación penal.

A fin de ordenar conceptos, resulta necesario estudiar separadamente los efectos que se originan cuando existe pluralidad de sujetos en la relación obligacional, pues en estos casos se producen consecuencias particulares.

21.1. *Efectos en general*

En el tema de los efectos en general de la cláusula penal, estos deben distinguirse según se contemple la institución antes o después del momento en que se produce la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal que garantiza.

En el primer caso, la pena convencional origina en el deudor un efecto intimidatorio o de presión para el cumplimiento de la obligación, toda vez que, como ya se ha expresado, puede acarrear consecuencias más gravosas que un simple incumplimiento. Así, la voluntad de cumplir tendrá mayor vigor, lo que, en definitiva, muestra su función general de garantía.

En el segundo de los momentos señalados, es decir, en caso de que ya hubiese ocurrido la inexecución o el cumplimiento tardío, parcial o defectuoso de la obligación, los efectos de la cláusula penal serán distintos, según haya sido pactada como compensatoria o moratoria. Estos conceptos ya han sido estudiados.

21.1.1. *Si la cláusula penal fuese compensatoria*

En cuanto a los efectos respecto al deudor, manifiesta Bustamante Alsina⁴²⁹ que «su obligación principal sigue siendo la pactada, de

⁴²⁹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Op. cit.*, p. 180.

modo que no puede liberarse de la obligación ofreciendo el pago de la pena. Sin embargo, si el acreedor opta por el pago de la cláusula penal la obligación del deudor se extingue con relación a la prestación principal».

En cuanto a los efectos respecto al acreedor, el autor citado expresa que

[...] producida la inexecución de la obligación, nace el derecho de opción para el acreedor quien puede exigir el cumplimiento de la prestación principal, si es aún factible, o el pago de la pena, pero no puede reclamar ambas a la vez, salvo que se hubiese reservado expresamente ese derecho, es decir que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.

Agrega Bustamante Alsina que el derecho de opción del acreedor tiene carácter de irrevocable.

El significado de este principio de irrevocabilidad suscita, sin embargo, determinadas divergencias: algunos autores consideran que la opción es definitiva desde que la elección ha sido notificada debidamente al deudor; desde ese momento el acreedor no puede volver sobre su decisión. Por otro lado, otros autores sostienen que la opción es irrevocable si el acreedor ha elegido la pena, y no si ha reclamado el cumplimiento, pues no se entiende que ha renunciado a aquélla.

En este sentido, Castán⁴³⁰ afirma que el pacto de una cláusula penal compensatoria produce los siguientes efectos:

Del lado del deudor viene éste obligado a cumplir la pena sin que ello suponga un derecho de opción entre el incumplimiento y la satisfacción de la pena. En caso de haberse reservado tal posibilidad el pacto sale de la órbita de la cláusula penal, constituyendo la llamada pena o multa de

⁴³⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J. *Op. cit.*, tomo III, pp. 131 y 132.

arrepentimiento. Por otra parte, del lado del acreedor, éste no puede exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la pena sin tener expresamente otorgada tal posibilidad. Esto no impide que en una misma denuncia se solicite el cumplimiento de la obligación principal y, de modo subsidiario, la pena.

Por su parte, Cazeaux y Trigo Represas⁴³¹ señalan que en el caso de que se haya estipulado una cláusula penal compensatoria, el acreedor no puede acumular en su demanda la exigencia de que se le pague la prestación principal y la pena, sino que debe elegir, a su arbitrio, entre una u otra.

Este principio es aplicable únicamente a la cláusula penal compensatoria, es decir a la que se conviene para el supuesto de inejecución absoluta, en el que la pena tiene, entonces, por objetivo reemplazar o indemnizar tal incumplimiento y es lógico, por lo tanto, que no se pueda exigir la indemnización y el cumplimiento.

En opinión de Busso,⁴³² la cláusula penal compensatoria, si existe incumplimiento, «da al acreedor un derecho optativo ya que puede exigir la pena o la prestación principal. No puede acumular una y otra, ni puede en caso de elegir la pena pretender otra indemnización».

Dentro de tal orden de ideas, Kemelmajer de Carlucci⁴³³ sostiene que en el caso bajo estudio, el acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas a su arbitrio. Añade la profesora argentina que esta prohibición encuentra fundamento —como bien lo expresa Demolombe—⁴³⁴ en el carácter

⁴³¹ CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS, *Op. cit.*, tomo I, pp. 256 y 257.

⁴³² BUSSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 468.

⁴³³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 220-229.

⁴³⁴ DEMOLOMBE, C. *Op. cit.*, tomo XXVI, p. 653. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 221.

resarcitorio de la cláusula penal. Este autor manifiesta que como la cláusula penal compensatoria resarce los daños que produce la falta de cumplimiento de la principal, su acumulación supondría un enriquecimiento sin causa, pues el acreedor recibiría dos veces la misma prestación (en especie y por equivalente).

Kemelmajer de Carlucci también señala que la opción o elección del acreedor (la misma que configura una declaración unilateral de carácter recepticio), debe formularse inmediatamente después de operado el incumplimiento imputable, no siendo requisito indispensable que la prestación principal se haya tornado imposible. Esta declaración producirá efectos desde que es notificada al contratante incumpliente.

La profesora argentina finaliza expresando que la opción del acreedor es irrevocable cuando elige la pena.

La solución es razonable porque al preferirla, el acreedor ha demostrado su falta de interés en la prestación principal; el deudor dejará de tomar entonces los recaudos necesarios para su cumplimiento. En cambio, si optó por la principal, puede ocurrir que no obstante la decisión judicial que condene al deudor a cumplir con ella, el obligado no la efectivice, o que la prestación se haya tornado imposible. En esos casos, debe concederse al acreedor el derecho de volver sobre sus pasos y reclamar la pena.

A criterio de Llambías,⁴³⁵ por razón del carácter subsidiario de la cláusula penal compensatoria, el acreedor no puede acumular el importe de la pena a la percepción de la prestación principal. «Ciertamente, producida la inexecución del deudor, el acreedor goza de un

⁴³⁵ LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, pp. 456 y 457.

derecho de opción: él puede exigir el cumplimiento específico debido o bien atenerse al importe de la pena».

Llambías agrega que

[...] la opción del acreedor es irrevocable sólo cuando elige el importe de la pena: «electa una vía, *non datur regressus ad alteram*». Si, en cambio, prefiere exigir el cumplimiento específico de la obligación, como ello corresponde a la normalidad de las facultades de cualquier acreedor, que no resultan disminuidas por la existencia de la cláusula penal, debe entenderse que no renuncia a hacer valer los derechos emergentes de esta cláusula, sino que los posterga para un momento ulterior.

Es importante, por último, destacar los argumentos de Palacio Pimentel,⁴³⁶ cuando señala que

[...] si se conviene entre las partes una cláusula penal compensatoria, garantizando el cumplimiento íntegro de una obligación o de un contrato, el acreedor no podría exigir al deudor conjuntamente el cumplimiento de la obligación principal y el pago de la suma en que consiste la pena.

Dentro del marco legal peruano, y en lo que respecta a los efectos de la cláusula penal compensatoria, previos al incumplimiento de la obligación, sería reiterativo ahondar en ellos, en la medida que están estrechamente ligados con las funciones de la cláusula penal, materia que oportunamente analizamos.

Sin embargo, el tema que ahora importa son los efectos de la cláusula penal con posterioridad al incumplimiento de la obligación por el deudor.

Para ello resulta necesario distinguir entre las medidas que puede adoptar el acreedor perjudicado por el incumplimiento y las que corresponden al deudor de la cláusula penal.

⁴³⁶ PALACIO PIMENTEL, Gustavo. *Op. cit.*, tomo I, p. 390.

En lo que atañe al acreedor perjudicado, este —ante el incumplimiento del deudor— puede exigir el pago de la prestación incumplida en especie, lo que implica la posibilidad de que se dirija hacia el cumplimiento de la prestación debida, no obstante su derecho a reclamar la cláusula penal compensatoria.

Lo expresado equivale a decir que el acreedor no tendría por qué considerar necesariamente la penalidad pactada, pues puede prescindir de ella y recurrir a los medios que en general concede la legislación civil para lograr ver satisfechas sus expectativas en especie.

Pero el acreedor, como es obvio, también podría considerar inútil el cumplimiento de la prestación en especie y optar por resolver el contrato y exigir la ejecución de la penalidad compensatoria pactada.

Si el acreedor adoptara este camino, el deudor, a partir de la resolución del contrato, se encontraría impedido de cumplir con la prestación debida. En otras palabras, desde que el acreedor se decide por la penalidad, el deudor ya no podría cumplir con la prestación principal.

Cabe aclarar que dentro de la lógica de la cláusula penal, si el acreedor exigiera al deudor el cumplimiento de la prestación en especie, ello no implicaría que el deudor gozara de la facultad de no cumplir con dicha prestación, y que, en sustitución, pretendiera cumplir con la penalidad pactada.

Por otra parte, y en lo que respecta al deudor, ante su incumplimiento, si a dicho deudor nada se le hubiera exigido, deberá cumplir con la prestación debida y no con la penalidad pactada.

Ahora bien, si el deudor ya hubiese sido constituido en mora, teniendo en consideración que ella implica el requerimiento de pago de la prestación debida y no la voluntad de dar por extinguida la obligación, será claro que el deudor únicamente podría cumplir con

dicha prestación y no obligar a su acreedor a aceptar la penalidad pactada.

Debemos considerar que la condición moratoria implica la posibilidad de cumplimiento de la obligación. Se entiende, como lo hemos analizado oportunamente, que mientras el acreedor mantenga a su deudor en mora, ello significa que guarda la expectativa de que todavía pueda dar cumplimiento a la prestación debida.

Siguiendo con este razonamiento, si el acreedor ya hubiese dado por extinguida la obligación principal, el deudor solo podría cumplir con la penalidad y no con la prestación misma.

21.1.2. Si la cláusula penal fuese moratoria

Bustamante Alsina⁴³⁷ manifiesta que la cláusula penal moratoria no es subsidiaria de la prestación principal, sino que se pacta por el retardo en el cumplimiento; por consiguiente, es acumulable a esta última. «El acreedor puede exigir ambas a la vez y el deudor no puede pagar la prestación principal sin pagar al mismo tiempo la cláusula penal moratoria, dada la indivisibilidad del pago y el carácter accesorio de ésta».

Por su parte, Cazeaux y Trigo Represas⁴³⁸ expresan que cuando la pena se conviene para el caso de retardo, entonces el acreedor sí puede reclamar la prestación y la pena.

Si el deudor cumple con retardo la prestación y no paga al mismo tiempo la pena moratoria estipulada, el acreedor debe tener el cuidado de hacer una reserva expresa en el sentido de que no se le ha pagado dicha pena y por lo tanto mantiene sus derechos para reclamar-

⁴³⁷ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Op. cit.*, p. 180.

⁴³⁸ CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS, *Op. cit.*, tomo I, p. 257.

la, dejando al mismo tiempo la debida constancia de que ha hecho esta reserva, porque de lo contrario corre el riesgo de que se tenga por caduco su derecho a exigir el pago de la cláusula penal moratoria.

Siguiendo esta línea de análisis, Llambías⁴³⁹ señala que en el supuesto de la cláusula penal moratoria la finalidad de la pena es enjugar el daño moratorio soportado por el acreedor por la tardanza en la ejecución de lo debido. «Se comprende que él pueda acumular el bien representado por la prestación principal, y el valor del daño derivado de un cumplimiento tardío, apreciado convencionalmente en el importe de la pena moratoria».

Es opinión de Busso,⁴⁴⁰ respecto a la cláusula penal moratoria, que «si el acreedor demanda la prestación principal, y la obtiene con retardo, puede acumularla a la pena moratoria, o de lo contrario exigir la indemnización de los daños e intereses derivados del atraso del deudor».

Compartiendo este criterio, Palacio Pimentel⁴⁴¹ indica que

[...] si la cláusula penal se estipuló para el caso de mora o también para garantizar un perjuicio especial que el acreedor quiso evitar, vale decir, por ejemplo una estipulación concreta —de las varias que contiene el contrato—, entonces sí podrá exigir conjuntamente la satisfacción de la pena estipulada y el cumplimiento de la obligación principal.

Por nuestra parte, recordamos que el artículo 1342 del Código Civil Peruano, establece que «cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación principal».

⁴³⁹ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, pp. 457 y 458.

⁴⁴⁰ BUSSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 468.

⁴⁴¹ PALACIO PIMENTEL, Gustavo. *Op. cit.*, tomo I, p. 390.

En este sentido, la *stipulatio poenae* puede referirse a la ejecución completa de la obligación o a alguna cláusula especial o simplemente al caso de mora.

En efecto, si la cláusula penal es la determinación anticipada de los daños y perjuicios que se deriven de alguna obligación, puede recaer en las distintas modalidades dentro de las cuales tales daños y perjuicios pueden presentarse.

Si la pena concierne al caso de incumplimiento, puede referirse a la obligación total o a una parte de ella, pues si en este último caso está destinada a actuar en el ánimo del deudor para que cumpla su obligación con exactitud y puntualidad, comprenderá la estipulación de mayor interés para el acreedor que la pacte; por eso, en vez del cumplimiento mismo de la obligación, puede concretarse a un perjuicio especial que el acreedor quiera preferentemente evitar. Por la misma razón, la pena puede dirigirse al caso de mora.

La pena estipulada para el caso de incumplimiento no permite al acreedor exigir conjuntamente la obligación y la pena, ya que esta última importa la fijación anticipada de los perjuicios compensatorios, y el pago de los mismos se verifica en sustitución del cumplimiento de la obligación *in natura*.

Se ha sostenido, sin embargo, que la regla no es de orden público y que se puede pactar que el acreedor está en aptitud de demandar las dos prestaciones. Esto, en nuestra opinión, no es posible, pues el acreedor tendría acceso, entonces, dos veces a la prestación: una en la forma de pena y la otra en su forma natural.

Si la pena fue estipulada para el caso de mora, desaparece todo inconveniente para que se acumule el cumplimiento de la obligación principal y el pago de la pena.

Por otra parte, cabe reparar en el extremo del artículo 1342 del Código Nacional, cuando establece que la cláusula penal puede establecerse “en seguridad de un pacto determinado”.

La misma acumulación puede producirse si la pena fue estipulada en garantía de algún pacto determinado, es decir si no se refiere a la prestación misma objeto de la obligación, sino a una cláusula especial. Podría señalarse como ejemplo de tales cláusulas, la inejecución en el lugar convenido, cierto vicio de la cosa objeto de la prestación, etc.

Cuando la ley realiza esta precisión, resulta claro que no está aludiendo al incumplimiento total de la obligación o de las obligaciones contraídas por el deudor, así como tampoco lo está haciendo con respecto a un eventual cumplimiento tardío.

Esa expresión (“en seguridad de un pacto determinado”) alude al cumplimiento parcial o defectuoso de las obligaciones o de la obligación asumida por el deudor; pero no debe entenderse como referido a todos los supuestos de incumplimiento parcial o defectuoso, sino única y exclusivamente a aquellos casos en los cuales las partes hubiesen convenido de manera especial que la cláusula penal asegure una prestación en particular cuyo cumplimiento interese particularmente al acreedor.

Para ilustrar lo antes mencionado, podríamos citar el siguiente ejemplo:

Una cantante famosa es contratada por una empresa promotora de espectáculos para efectuar una presentación en Lima.

La labor artística de esta cantante se caracteriza, entre otros aspectos, por tener un grupo coral extraordinario, cuya ausencia ha sido notoria en algunas presentaciones previas en otras ciudades del mundo.

Precisamente, con el objeto de asegurar la presencia del referido coro, la empresa promotora de espectáculos pacta con la cantante una cláusula penal de US\$10,000.00 que sancione el incumplimiento de la presencia del grupo coral. Pero nótese que no se ha pactado una sanción para el incumplimiento del íntegro de las prestaciones que debe ejecutar la cantante, y podría decirse incluso que no se ha pactado una cláusula penal que sancione el incumplimiento absoluto de todas las prestaciones asumidas por ella (tema que se regiría por las normas generales de inexecución de obligaciones), sino única y exclusivamente se sanciona la eventual ausencia del coro.

Aquí, dentro de los términos del artículo 1342 del Código Civil Peruano, la penalidad se ha pactado “en seguridad de un pacto determinado”.

Es necesario subrayar que cuando se trata de esta modalidad de cláusulas penales, ellas tienen carácter compensatorio, pues pueden exigirse ante el incumplimiento de determinada prestación y en sustitución de esta última. Por lo demás, es evidente que ella no podría tener carácter moratorio, pues aquí no nos estamos refiriendo a la mora en el pago, sino al incumplimiento definitivo (o tal vez defec-tuoso) de una prestación.

Luego de lo expuesto, analizaremos algunas variantes que se pueden presentar con relación al derecho de reclamar la cláusula penal.

21.1.3. Acumulación de cláusulas penales moratorias y compensatorias

Respecto a este tema, Llambías⁴⁴² expresa que puede ser que las partes hayan convenido dos cláusulas penales: una para el retardo, que

⁴⁴² LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, p. 458.

funcionará generalmente en razón del tiempo de la demora, por ejemplo, tanto por día, por mes, etc.; y otra, para el incumplimiento de las obligaciones. Y se pregunta si podría el acreedor acumular ambas penas, la moratoria por la tardanza en el pago hasta cierto momento, y la compensatoria por la inexecución definitiva denunciada en ese mismo momento.

Estima el profesor argentino que la respuesta debe ser, en principio, afirmativa, porque la imposición de las penas moratoria y compensatoria, responde a presupuestos no excluyentes el uno del otro; la tardanza en la ejecución solo exige, para ser imputable al deudor, que este haya estado en la posibilidad de cumplir, lo que no queda esfumado por un incumplimiento definitivo sobreviniente. De ahí que la conducta de mero retardo en que haya incurrido el deudor hasta un cierto momento, no queda absorbida por la conducta ulterior de incumplimiento definitivo. Por tanto, es factible la acumulación de ambas penas; el incumplimiento definitivo del deudor no hace desaparecer el presupuesto de la pena moratoria.

A decir de Llambías, la conclusión precedente no es válida si el acreedor pretende hacer valer ambas penas, fundado en hechos contemporáneos, pues el incumplimiento definitivo del deudor excluye su simple demora, la cual requiere —para ser tal— que medie la posibilidad de cumplir. El autor cita el siguiente ejemplo:

[...] si se conviene que un departamento en construcción será entregado en cierta fecha, pactándose una multa de US \$ 10,000 por cada día de demora, y asimismo una pena de US \$ 500,000 por el incumplimiento de la obligación, el comprador sólo puede pretender esta última cantidad cuando llegada la fecha prevista se encuentra con que el departamento ha sido enajenado a un tercero de buena fe. En cambio, si el incumplimiento definitivo, mediante la enajenación al tercero, se produce después de aquella fecha, el acreedor puede acumular la pena moratoria por la tardanza, hasta el momento del incumplimiento definitivo, y asimismo la pena compensatoria pactada.

En esta línea de pensamiento, Kemelmajer de Carlucci⁴⁴³ coincide con lo manifestado por Llambías, ya que considera que el acreedor puede reclamar la cláusula penal moratoria por la tardanza, hasta cierto momento, y la compensatoria por la inejecución definitiva denunciada en ese momento, siempre que invoque hechos no simultáneos. Por ejemplo,

[...] si un comodatario de un automotor se obliga a pagar al comodante una multa de US\$ 9,000 por cada día de demora en la restitución, la que debe producirse el día 30 de enero de 1978; además se estipula la suma de US\$ 8'000,000 por la falta de restitución definitiva. El día 30 de marzo del mismo año, el vehículo se incendia (con o sin culpa del deudor; la solución es idéntica porque el deudor ya se hallaba en mora). El acreedor tiene derecho a exigir los US \$ 9,000 diarios desde el 31 de enero hasta el 30 de marzo de 1978 y además los US \$ 8'000,000 previstos ante la imposibilidad de restituir en especie. En cambio, si el vehículo se hubiese destruido antes del 30 de enero por causa imputable al deudor, el acreedor sólo tendría derecho a exigir la pena compensatoria, porque al vencimiento del término el cumplimiento se había tornado imposible; es decir, en ese caso no existe mora sino incumplimiento, por lo que sólo la pena compensatoria puede ser aplicada.

Nosotros compartimos lo expresado por los autores citados al entender que no existe inconveniente en que se estipule una pena convencional para el supuesto de inejecución, y otra para el supuesto de retardo; y, en tal caso, ambas penas podrían acumularse, para considerar daños y perjuicios diferentes, siempre que el sujeto activo, es decir el acreedor, invoque hechos no contemporáneos.

21.1.4. Acumulación de la cláusula penal y la indemnización de daños y perjuicios

Con relación a este tema, Ospina Fernández⁴⁴⁴ señala

⁴⁴³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 231.

⁴⁴⁴ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Op. cit.*, pp. 162-164.

[...] que fundándose en la presunción de que la cláusula penal implica la estimación anticipada de todos los perjuicios que habrán de seguirse del incumplimiento o el retardo de la obligación principal, no podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.

Precisa el profesor colombiano que la solución no podría ser distinta, ya que el acreedor también podría recibir una doble indemnización:

[...] la preestipulada en la cláusula penal y la resultante de la estimación judicial de los perjuicios; de manera que si al pactar la cláusula penal, la intención real del acreedor es la de establecer un apremio para el deudor, independientemente del cumplimiento de la obligación principal y de la indemnización compensatoria de ella, así deberá dejarlo expresamente estipulado, pues de no hacerlo, no habrá lugar al cúmulo de la pena y de la obligación principal, a menos de que aparezca que la pena sólo se refiere a la indemnización moratoria, como tampoco al de aquella y la indemnización compensatoria.

Resulta claro que en opinión de Ospina Fernández el acreedor puede exigir la pena y la indemnización de perjuicios, siempre que esta se deje expresamente a salvo y, por ello, dicha pena asume el carácter de apremio al deudor, como también en el caso de que aparezca del pacto que la pena solo se endereza a sancionar el retardo en el cumplimiento de la obligación, sin que quede afectado el derecho del acreedor para que se le resarza por la inejecución total o parcial, o por la ejecución defectuosa de esa obligación. La solución contraria, según el autor, además de no compadecerse con el régimen general del cúmulo de las indemnizaciones, se opondría a las reglas sobre la interpretación de los actos jurídicos que mandan atender principalmente a la intención de los agentes y al sentido en que las cláusulas de aquellos actos puedan producir algún efecto en vez de ninguno. Al negársele al acreedor la facultad de cobrar los US\$ 100 diarios es-

tipulados por la demora —indica el profesor citado—, más los perjuicios compensatorios sufridos, se le restaría toda eficacia a la cláusula penal.

Por último, Ospina Fernández expresa que el acreedor —pese a la estipulación penal— goza de la opción para acogerse a esta o para prescindir de ella y exigir la indemnización de los perjuicios, lo que sucedería cuando estos fueran mayores que el monto de la pena pactada. Esta regla, que data del Derecho Romano, se suele defender diciendo que la equidad exige que el acreedor insatisfecho resulte siempre ileso, por lo cual, si la estimación convencional es inferior a los perjuicios realmente sufridos por él, aunque la pena le haya sido pagada, tiene derecho a cobrar la diferencia. Concluye el profesor citado afirmando que como la regla en cuestión es de índole meramente supletoria, ella no puede tener aplicación cuando del acto aparezca claramente que la intención de los interesados ha sido la de limitar a la pena la responsabilidad del deudor.

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci,⁴⁴⁵ respecto a la cuestión de resolver si pueden acumularse la cláusula penal y la indemnización ordinaria de daños y perjuicios derivados de la misma conducta prevista en la pena, sostiene que de conformidad con el sistema de inmutabilidad que insufla su Código, la solución debe ser negativa, ya que se prohíbe al acreedor reclamar mayores daños aunque pruebe que la pena es insuficiente. La regla, indica, no es sino aplicación del principio *non bis in idem*.

Sin embargo —agrega la profesora argentina—, el principio de la inmutabilidad no impide la acumulación de cláusula penal y daños y perjuicios, cuando la pena tuvo en consideración determinados perjuicios y se producen otros.

⁴⁴⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 231-234.

Asimismo, Kemelmajer de Carlucci refiere que, aun cuando se trate de daños derivados de la misma conducta o que hayan producido el perjuicio previsto en la cláusula penal, la acumulación de pena y daños será posible cuando medie cláusula expresa en tal sentido.

Añade la profesora argentina que en algunos supuestos se pacta la acumulación lisa y llana de la pena, y todos los daños producidos. Pero si los términos no son suficientemente claros, precisa, debe interpretarse que solo pueden solicitarse las diferencias entre la multa y el efectivo daño.

Kemelmajer de Carlucci finaliza manifestando que este derecho a la acumulación debe surgir de términos claros e inequívocos, ya que «la regla general prescribe que la multa excluye la acción de daños y perjuicios del Derecho Común, salvo los casos anteriormente señalados».

Por nuestra parte, afirmamos que la acumulación de la cláusula penal y la indemnización ordinaria de los daños y perjuicios derivados de la misma conducta prevista en la pena convencional, en principio, no sería posible dada la naturaleza de esta última, consistente en la determinación anticipada de los daños y perjuicios que resulten de la inexecución o del cumplimiento tardío, parcial o defectuoso de la obligación principal, así como la intención de los interesados de limitar a la cláusula penal la responsabilidad del deudor.

Sin embargo, si la cláusula penal pactada tuvo en consideración determinados perjuicios y se producen en la realidad otros, siempre que ellos sean consecuencia directa e inmediata de la inexecución, consideramos que sería lógico sostener que el acreedor tiene el derecho de acumular ambas indemnizaciones, ya que el deudor deberá responder, además, por los daños y perjuicios cuya cuantía nunca fue evaluada anteladamente.

21.1.5. Acumulación de la cláusula penal e intereses

Antes de abordar este tema, consideramos conveniente recordar la diferencia entre los intereses moratorios y los intereses compensatorios.

En tal sentido, Kemelmajer de Carlucci⁴⁴⁶ anota que se denominan *intereses moratorios* o *punitorios* a aquellos intereses debidos, en concepto de indemnización, a la mora del deudor en el pago de una obligación dineraria, distinguiéndolos de los *compensatorios* que son aquellos que se pagan por el uso de un capital con independencia del estado de mora del deudor.

Estas definiciones coinciden con las previstas por el artículo 1242 del Código Civil Peruano, en el que se expresa que

[...] el interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien. Es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

La norma citada, como fue estudiado en su oportunidad, define dos especies de intereses: de un lado, los intereses compensatorios; del otro, los intereses moratorios.

El interés compensatorio tiene como propósito restablecer el equilibrio patrimonial, impidiendo que se produzca un enriquecimiento indebido a favor de una parte e imponiendo, a quien aprovecha del dinero o de cualquier otro bien, una retribución adecuada por su uso. Sin duda en la gran mayoría de casos también tiene una finalidad lucrativa.

El interés moratorio, en cambio, es debido por el retraso doloso o culposo del deudor en el cumplimiento de la obligación. Su función es la de indemnizar la mora en el pago.

⁴⁴⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 353.

Aquí consideramos importante recoger el pensamiento de Kemelmajer de Carlucci,⁴⁴⁷ quien destaca algunas de las diferencias y similitudes más relevantes entre la cláusula penal y los intereses. No obstante, cabe señalar que este tema será estudiado con mayor detenimiento más adelante, al analizar las diferencias y semejanzas entre la pena convencional y otras figuras jurídicas.

Con relación a las similitudes de la cláusula penal y los intereses, la profesora argentina manifiesta que:

[...] los dos son accesorios de créditos principales, tienen origen convencional y para su exigibilidad no es menester una conducta maliciosa, bastando que sea imputable; tampoco requieren actividad jurisdiccional, sino que pueden ser aplicados extrajudicialmente. Ambos son una estimación anticipada de los daños y perjuicios, sirviendo también como medio de constreñimiento de la voluntad del deudor. El daño se presume, resultando inútil que el deudor pretenda acreditar la inexistencia de perjuicios. Sin embargo, estas semejanzas no significan identidad.

A lo indicado debemos agregar que —como sabemos— los intereses también pueden tener origen legal.

Por otro lado, respecto de las diferencias entre las figuras bajo estudio, Kemelmajer de Carlucci expresa que:

[...] los intereses —cualquiera que sea su especie— son frutos civiles de un capital; o sea, que su importe o cuantía no es discrecional, sino que provienen de una tasa o porcentaje que se calcula con referencia a un capital determinado. Es decir, una de las características fundamentales de la deuda por intereses, es la existencia de «proporcionalidad al capital-tiempo».

Debe además indicarse —agrega la profesora argentina— que mientras la cláusula penal puede acceder a todo tipo de obligaciones,

⁴⁴⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 354.

los intereses solo se devengan en las obligaciones que tienen por objeto cosas genéricamente designadas.

Siguiendo esta línea argumentativa, estima útil recordar que:

[...] hay obligación de intereses cuando el deudor de una suma de dinero o de cosas genéricamente designadas, está obligado a pagar al acreedor sobre aquella cantidad, una compensación por la privación de su uso, en cosas de igual género y calidad, o en su equivalente pecuniario y en proporción a la cantidad debida principalmente y a lo que haya durado la privación de su uso.

De lo previamente expuesto, podemos deducir que es notable la diferencia conceptual entre la cláusula penal y los intereses, no obstante lo cual, en determinadas circunstancias, cumplen funciones análogas.

Sin embargo, la riqueza de esta materia no se encuentra al analizar los intereses de manera conjunta, sino separando a los moratorios y a los compensatorios, más allá de que ambos cumplen funciones sustancialmente distintas; ello es indispensable debido a que las cláusulas penales también tienen, necesariamente, carácter moratorio o compensatorio.

21.1.5.1. Acumulación de la cláusula penal e intereses moratorios

Busso⁴⁴⁸ señala que la acumulación de intereses está prohibida cuando configura un caso de anatocismo. «Fuera de esa situación está permitido estipular un interés punitivo que en caso de mora se acumule al ordinario, pero esa acumulación tiene sus límites».

Recuerda Busso que en un fallo se recoge que:

[...] ella no podría exceder el margen de lo que en esta clase de obligaciones puede considerarse una ganancia lícita, o del perjuicio reparable,

⁴⁴⁸ BUSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 473.

para convertirse en un enriquecimiento ilícito. En otros pronunciamientos se dice que la acumulación no es admisible cuando excede de lo razonable o resulta contraria a la moral.

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci,⁴⁴⁹ al estudiar este tema, hace una distinción entre la acumulación de la cláusula penal e intereses moratorios no convenidos y la acumulación de la pena convencional e intereses moratorios pactados entre las partes o punitorios.

Respecto al primer supuesto, la profesora citada refiere:

[...] el deudor moroso debe los intereses que estuviesen convenidos; si no hubiese intereses pactados debe los legales, y si no se hubiere fijado un interés legal, el que los jueces determinen.

En este sentido se pregunta, ¿si se ha pactado una cláusula penal se deben los intereses legales o en su caso los judiciales?

Es cierto que entre la cláusula penal y los intereses moratorios median diferencias conceptuales muy significativas; pero también lo es que ambos indemnizan al acreedor por el mismo hecho; es decir, si la principal devenga intereses y además hay pactada una cláusula penal, de hecho el acreedor recibirá una indemnización superior a la pactada: reclama la indemnización pactada y además la que deriva del Derecho Común.

La autora concluye manifestando que coincide con la tendencia jurisprudencial que veda la acumulación de ambos rubros, en razón de que significaría doble sanción por el mismo hecho.

Con relación al segundo supuesto, la profesora argentina expresa:

[...] nadie duda sobre las importantes diferencias conceptuales que median entre intereses punitorios y cláusulas penales; sin embargo, un gran

⁴⁴⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 234-236.

sector doctrinal señala que los intereses moratorios pactados reemplazan normalmente a la cláusula penal, porque en el fondo ambos tienen funciones análogas (coercitiva e indemnizatoria).

Precisa Kemelmajer de Carlucci que los intereses punitivos juegan a la manera de una cláusula penal en cuanto prefijan los daños y perjuicios compeliendo al deudor al cumplimiento. Sin embargo, indica, nada obsta a que las partes pacten una cláusula penal y además intereses moratorios. Concluye manifestando que «en este caso deberán acumularse, pero normalmente ocurrirá que ambas sanciones serán exorbitantes».

Por nuestra parte recordamos que el artículo 1246 del Código Civil Peruano —norma estudiada oportunamente— prescribe que «si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal».

El precepto alude al interés que el deudor se encuentra obligado a pagar por causa de mora en caso de que no se haya convenido un interés moratorio; es decir, al resarcimiento por el retraso. En tal supuesto, el deudor debe pagar el interés compensatorio pactado, el mismo que se entiende continuará devengándose después del día de la mora con la calidad de interés moratorio. Si no hubiese interés compensatorio pactado, el deudor pagará el interés legal.

Ahora bien, si se ha estipulado entre las partes una cláusula penal y no se ha convenido intereses moratorios, cabría formularnos la siguiente interrogante: ¿el deudor moroso debe adicionalmente el interés compensatorio si se hubiese pactado o en su defecto el interés legal?

En el supuesto de que no se hubiese estipulado un interés compensatorio, entendemos que el deudor moroso deberá pagar por causa de mora el interés legal o la cláusula penal convenida. Compartimos el argumento de Kemelmajer de Carlucci, quien en este sentido

señala que la acumulación supondría una doble sanción para el deudor por el mismo hecho, ya que el acreedor reclamará la indemnización pactada y los intereses que devenga la obligación principal.

Por otro lado, en caso de que las partes pacten una cláusula penal e intereses moratorios, conviene precisar que no encontramos obstáculo para la acumulación de ambos conceptos, no obstante que los intereses moratorios convenidos usualmente reemplazan a la cláusula penal, en cuanto prefijan los daños y perjuicios.

Sin embargo —coincidiendo con el pensamiento de Kemelmajer de Carlucci—, estimamos que la suma por ambos conceptos no deberá exceder la tasa máxima del interés convencional moratorio fijada por el Banco Central de Reserva del Perú, norma contemplada por el artículo 1243 del Código Civil Peruano, la misma que busca corregir los excesos y reprimir los abusos de la usura.

21.1.5.2. Pena e intereses compensatorios

Respecto de este tema, Kemelmajer de Carlucci⁴⁵⁰ indica:

[...] no existe ningún obstáculo en acumular la cláusula penal a los intereses lucrativos o compensatorios, pues ambos cumplen funciones absolutamente diversas. Los intereses retributivos constituyen exclusivamente el precio del uso del capital ajeno y, por tanto, ninguna vinculación tienen con los daños y perjuicios. Por eso es perfectamente posible reclamar ambos rubros.

Por nuestra parte, tampoco encontramos inconveniente para acumular la cláusula penal a los intereses compensatorios pactados, ya que ambas figuras cumplen finalidades distintas.

⁴⁵⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Aída*. *Op. cit.* p. 236.

Los intereses compensatorios constituyen la contraprestación por el uso del dinero y tienen como único propósito restablecer el equilibrio patrimonial, impidiendo que se produzca un enriquecimiento indebido a favor de una parte. Por consiguiente, no tienen vinculación con la función que desempeña la pena convencional: la reparación de los daños y perjuicios anticipadamente tasados.

21.1.6. Acumulación de la cláusula penal y las «astreintes»

No obstante que las astreintes no han sido reguladas por nuestra legislación civil ni aplicadas nunca en el Perú, consideramos importante abordar el tema pues, coincidiendo con el pensamiento de Carlos Block Castilla,⁴⁵¹ su incorporación a nuestra normativa podría constituir una futura tarea para el Derecho Peruano, dada su especial naturaleza como medio compulsivo eficaz destinado al cumplimiento específico de obligaciones de hacer personalísimas, de no hacer de carácter sucesivo y de dar de naturaleza no fungible.

Antes de ingresar al tema bajo estudio, creemos necesario formular una breve referencia sobre el concepto, finalidad, características y principales diferencias entre las astreintes, la indemnización de daños y perjuicios, y la pena privada, nociones destacadas por diversos tratadistas⁴⁵² que han estudiado la materia. Sin embargo, advertimos

⁴⁵¹ BLOCK CASTILLA, Carlos G. «Las Astreintes o Intereses de Demora: ¿Por qué deben ser incorporadas a nuestra legislación?» Tesis de Bachiller. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1977, pp. 125 y 126.

⁴⁵² En este sentido podemos citar a los siguientes autores consultados: MESSINEO (MESSINEO, Francesco. *Derecho Civil y Comercial. Obligaciones*. Parte General, tomo IV, pp. 343 y 344. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979), CAZEAUX y TRIGO REPRESAS (CAZEAUX, Pedro N. y FÉLIX A. TRIGO REPRESAS. *Op. cit.* pp. 100-107), LLAMBÍAS (LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, pp. 93-116), AMEAL (AMEAL, Oscar. *Astreintes e indemnización*. pp. 319-328. En: ALTERINI y LÓPEZ CABANA. *La Responsabilidad. Homenaje a Isidoro H. Goldenberg*) y HENRI, LÉON y JEAN MAZEAUD (MAZEAUD, Henri, LÉON y JEAN. *Op. cit.*, pp. 209-234), entre otros.

al lector que formularemos explicación más detallada al analizar las diferencias y semejanzas entre la cláusula penal y otras figuras jurídicas, entre ellas las astreintes.

El origen de las astreintes se remonta a comienzos del siglo XIX, habiéndose creado y desarrollado por la *jurisprudencia francesa*.

En cuanto al concepto de las astreintes, como señala la doctrina, son condenas pecuniarias dictadas por el juez, a razón de tanto por día u otro lapso, con la finalidad de que el deudor contumaz cumpla con la obligación a la que ha sido condenado en la sentencia.

El objetivo de las mismas es doble: tiende, por un lado, a que el deudor cumpla con ejecutar la obligación tal como fue contraída, evitando el cumplimiento por el equivalente; por el otro, a que acate la resolución judicial que dispone el cumplimiento.

Las astreintes no son una reparación del perjuicio por el incumplimiento o cumplimiento tardío; son un medio de coacción destinado al cumplimiento específico. Su efecto es más coercitivo que reparatorio, más intimidatorio que punitivo.

Su objetivo está encaminado a presionar la voluntad del deudor para obtener el cumplimiento de la obligación emanada de una decisión judicial que así lo ha ordenado.

Cabe indicar, asimismo, que las astreintes no tienen nada en común con la indemnización de daños y perjuicios y la pena privada; los daños y perjuicios, como sabemos, tienen por objetivo reparar el daño efectivamente sufrido, midiendo su valor y procurando su reparación en cuanto sea justa.

Respecto de la pena privada, las astreintes se diferencian de esta porque no están destinadas a ser cumplidas efectivamente en la forma en que son decretadas, aun cuando en definitiva no se cumpla la

obligación. En cambio, la pena se impone irrevocablemente por la comisión del hecho sancionado. También conviene agregar que las astreintes miran al futuro y tratan de prevenir una conducta indebida, no practicada. Por su parte, las penas miran al pasado y reaccionan contra una conducta censurable que ya ha sido obrada. Finalmente, se puede señalar que, a diferencia de las penas privadas, la institución en estudio constituye una amenaza de sanción, teniendo un efecto intimidatorio ya que si el deudor cumple inmediatamente, esta no llegará a utilizarse.

Conviene agregar que las astreintes tienen como características el ser arbitrarias, ya que son fijadas por el libre arbitrio del juez; ser provisionarias, pues están sujetas a modificaciones; y ser conminatorias, porque su finalidad es constreñir al deudor.

La figura bajo análisis es aplicada tanto en las obligaciones de dar, como en las de hacer y de no hacer, siendo indiferente que la obligación tenga origen contractual o extracontractual.

Por otra parte, es necesario precisar que en el Derecho Comparado existen condenas pecuniarias que tienen la misma finalidad que las astreintes —el cumplimiento específico de una obligación reconocida— que, sin ser idénticas, tienen afinidades y semejanzas.

En el caso de las astreintes es necesario referirnos a la República Argentina —por tratarse de una realidad más cercana a la nuestra—, pues la institución se encuentra legislada por el ordenamiento jurídico de ese país y, en tal virtud, incorporada en su Código Civil. Por ello, al analizar la posibilidad de acumulación de la pena convencional y las astreintes recogemos, principalmente, los argumentos de los tratadistas argentinos consultados que se pronuncian sobre la materia.

Como lo indicamos al iniciar el tema, creemos que la posibilidad de acumular la cláusula penal y las astreintes es de especial interés teórico. Como ya lo expresamos, las astreintes constituyen un medio

ideal que suple las deficiencias del Derecho en cuanto al cumplimiento específico, pudiéndose considerar la posibilidad de incorporarlas tanto en nuestra normativa sustantiva como adjetiva.

A modo de conclusión, cabe establecer, compartiendo el pensamiento de Block Castilla,⁴⁵³ que su incorporación podría darse considerando aspectos importantes que no han sido suficientemente determinados en los países que las acogen, tales como su ejecutabilidad, naturaleza jurídica, carácter facultativo y campo de aplicación.

Ahora bien, luego de lo expuesto abordaremos el tema relacionado con la posibilidad teórica de acumular la pena convencional y las astreintes.

Para tal efecto resulta preciso formularnos la siguiente interrogante: ¿puede el juez condenar a astreintes (obviamente dentro de los regímenes jurídicos que las contemplan) cuando las partes han pactado una cláusula penal? De responderse afirmativamente esta pregunta, ¿podríamos sostener que son acumulables la cláusula penal y las astreintes?

En este sentido, Mazeaud y Tunc⁴⁵⁴ responden afirmativamente a la primera pregunta. Consideran que la estipulación de una cláusula penal no obsta a que el acreedor pueda reclamar el cumplimiento de la principal en especie, sancionando su incumplimiento mediante la aplicación de astreintes.

Afirman los citados autores:

[...] la cláusula penal no limita el poder del juez de condenar a una astreinte. En verdad, mediante esta cláusula las partes han querido fijar por anticipado, de manera definitiva, la suma de dinero debida en el

⁴⁵³ BLOCK CASTILLA, Carlos G. *Op. cit.*, p. 126.

⁴⁵⁴ MAZEAUD, Henri y Léon y André TUNC. *Op. cit.*, vol. I, tomo III, n.º 2507-5.

caso de incumplimiento o de mora en el cumplimiento. Sin embargo, el acreedor puede reclamar siempre, en lugar de la pena estipulada, el cumplimiento. Este puede ser ordenado con pena de astreintes. Así, dondequiera que la coacción sobre los bienes pueda asegurar eficazmente la condena, la astreinte se emplea justificadamente.

En cambio, Demogue⁴⁵⁵ responde negativamente a la primera interrogante cuando manifiesta que:

[...] el acreedor tiene siempre el derecho a reclamar el cumplimiento de la principal, pero carece de la facultad de solicitar la aplicación de astreintes en razón de que los daños y perjuicios fueron previamente estipulados mediante la cláusula penal.

Cabe mencionar que una resolución de la Corte de Apelaciones de París⁴⁵⁶ parece adherirse al criterio del famoso profesor francés (autor de la distinción de las obligaciones en aquellas de «medios» y aquellas de «resultado»), pues señala:

[...] cuando un contrato de trabajo contiene interdicción para el empleado de ocupar, después de la terminación de sus servicios, un empleo similar en determinada región y durante un plazo limitado y esta interdicción se sanciona con una cláusula penal, el empleador tiene derecho, en caso de violación de la promesa, a la indemnización prevista en la cláusula penal. Pero esta indemnización no puede acumularse con la ejecución efectiva de la obligación, ni tiene derecho el empleador a que se condene al empleado a abandonar su nuevo destino bajo pena de astreintes.

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci⁴⁵⁷ se adhiere a la opinión afirmativa de los Mazeaud, al indicar que no existe una total identi-

⁴⁵⁵ DEMOGUE, René. *Op. cit.*, tomo VI, n.º 470.

⁴⁵⁶ Revista «La Ley» del 18 de enero de 1930, tomo VIII, p. 31. Sección Jurisprudencia Extranjera. Citada por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 237 y 238.

⁴⁵⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.* pp. 238 y 239.

cación entre astreintes y daños y perjuicios, de la misma manera que esta no se produce entre astreintes y cláusula penal. En consecuencia, no encuentra obstáculo para que el acreedor reclame el cumplimiento de la obligación principal con la sanción de astreintes, aun cuando se hubiese pactado una cláusula penal. En este sentido, expresa la profesora argentina que el hecho de que «la obligación principal esté asegurada mediante una cláusula penal no significa un impedimento para la aplicación de astreintes».

Ahora bien, cabe preguntarnos —naturalmente dentro del plano teórico, pues las astreintes no existen en el Derecho Peruano— si el hecho de que el juez pueda condenar a astreintes, no obstante la existencia de una cláusula penal, supondría que el acreedor puede acumular ambas pretensiones.

Para dar respuesta a la interrogante planteada es necesario analizar, en primer término, el debate doctrinario en torno de la procedencia o no de acumular astreintes y daños y perjuicios.

En este sentido, Rocca y Griffi,⁴⁵⁸ argumentando la inviabilidad de la acumulación de las astreintes a la indemnización, expresan que

[...] este problema implica un círculo vicioso sin salida, porque si los daños y perjuicios sufridos deben descontarse de lo que se pagó en razón de astreintes, éstas habrían perdido su función compulsoria; y si se manda pagar el total habría una superposición de cobros a favor del acreedor, porque se le pagaría dos veces por el mismo daño, entrando a jugar los principios del enriquecimiento sin causa.

Con idéntica orientación, Rezzónico⁴⁵⁹ reconoce al acreedor el derecho a exigir el cumplimiento de la obligación principal, además de

⁴⁵⁸ ROCCA, Ival y GRIFFI, Omar. *Astreintes*. Segunda Edición. Buenos Aires: Editorial Grial, 1970, p. 275.

⁴⁵⁹ REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, p. 277.

las astreintes, lo que no libera al condenado de resarcir el daño suplementario que haya ocasionado el deudor por el incumplimiento de la sentencia. Vale decir que el daño que queda comprendido por el monto de las astreintes no admite reparación.

Borda,⁴⁶⁰ por su parte, se adhiere a la misma opinión, sosteniendo que las astreintes «no son aplicables si la indemnización de daños satisface plenamente el interés del acreedor», con lo que le otorga a la institución un alcance distinto de su naturaleza, pues la identifica con el daño, en lugar de reconocerla como un instrumento procesal destinado a asegurar la ejecución de los mandatos judiciales.

Aquí conviene recoger las expresiones de Ameal,⁴⁶¹ quien manifiesta que los autores que participan del criterio de no acumulabilidad distinguen:

- (a) Si la cuantía del daño es superior al monto de las astreintes, el acreedor puede reclamar únicamente el total de la indemnización, en el cual estaría comprendido o subsumido lo liquidado en concepto de astreintes.
- (b) En cambio, si el monto de las astreintes es mayor que el daño, el acreedor podrá reclamar el total de aquellas, pero no la cuantía de la indemnización, ya que la percepción de la condena conminatoria agota el derecho del damnificado que no puede ser doblemente indemnizado.
- (c) El fundamento doctrinal de la no acumulabilidad radica en el principio de la *compensatio damni cum lucro* o compensación de beneficios, que orienta al juez para que en el momento de

⁴⁶⁰ BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 50.

⁴⁶¹ AMEAL, Oscar. *Op. cit.*, pp. 326 y 327.

valuar el daño compute las circunstancias favorables y desfavorables originadas por el incumplimiento.

Sin embargo, el profesor citado critica la tesis de la no acumulación, cuando afirma que las astreintes no indemnizan daños, sino que cumplen un rol instrumental enderezado a preservar el cumplimiento de los mandatos judiciales.

Por tal razón —agrega Ameal— no puede hallarse en el tema sujeto a estudio, para impedir la acumulación, razón suficiente que sostenga la aplicación del principio del enriquecimiento sin causa, ya que el acreedor puede percibir perfectamente el monto de los daños y perjuicios que le produjo el incumplimiento del deudor (reunidos que sean los presupuestos del responder civil) y el monto que le correspondiere en virtud de la aplicación de las astreintes; este último como beneficiario de ellas.

Por lo tanto

[...] existe suficiente causa en ambos supuestos, ya que no derivan del mismo hecho: las astreintes se perciben por el incumplimiento de la resolución judicial, mientras que la indemnización corresponde por el incumplimiento obligacional obrado. No puede, entonces, operar compensación del daño con el lucro mencionado *ut supra*.

López Cabana,⁴⁶² por su parte, también se inclina por la acumulación, y señala que no es necesario para la imposición de las astreintes que opere un factor de atribución fundante de responsabilidad, mientras que ello —sea objetivo o subjetivo— es imprescindible cuando se trata de establecer la procedencia de la indemnización. Este distingo permite justificar la acumulación de los montos que resulten de la funcionalidad de dichas instituciones.

⁴⁶² LÓPEZ CABANA, Roberto. *La Demora en el Derecho Privado*. Buenos Aires, 1989, pp. 147 y ss.

Compartiendo la misma línea argumentativa, Ricardo Reimundín reconoce que «las astreintes tienen carácter autónomo frente a las normas relativas a daños y perjuicios y su imposición es independiente de la indemnización».

Los Mazeaud y Tunc,⁴⁶³ propugnando la no acumulación, sostienen:

[...] el acreedor debe elegir; por ello, no puede acumular la condena en especie, con las astreintes y con la pena. Las razones son las siguientes: las astreintes tienden al cumplimiento en especie; es decir que mediante ellas se está logrando el cumplimiento de la obligación principal; si la pena es compensatoria y se acumulara a las astreintes, se violaría el precepto que niega expresamente el derecho a acumular prestación principal y pena, salvo pacto expreso en contrario. Si la cláusula penal fuera moratoria, tampoco tal acumulación sería factible, porque supondría una doble sanción.

En esta línea de pensamiento, Llambías⁴⁶⁴ expresa:

[...] si las astreintes han superado el monto de los perjuicios, nada debe restituir el acreedor, porque la causa del mayor valor incorporado a su patrimonio está en la conducta procesal de la otra parte; pero entonces no podrá iniciar ningún reclamo por los daños y perjuicios (convenidos o no mediante cláusulas penales), porque sería pretender doble sanción; en cambio, si las astreintes han sido insuficientes, será viable la reclamación del daño no cubierto por la sanción procesal, pero entonces la cláusula penal habrá dejado de funcionar y será menester acudir al régimen de indemnización del Derecho Común.

Las soluciones expuestas de no acumulación derivan de un principio fundamental que domina la teoría de los daños y perjuicios, se-

⁴⁶³ MAZEAUD, Henri y Léon y André TUNC. *Op. cit.*, vol. II, tomo III, n.º 2637.

⁴⁶⁴ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, pp. 108 y 109.

gún el cual le está impedido al damnificado lucrar a expensas del responsable. De ahí que en la computación del daño haya que deducir el provecho obtenido por el damnificado a causa del mismo hecho que lo lesiona, y que hace nacer la obligación de reparar a cargo del responsable. Si no se practicara esa compensación de lucros y daños el damnificado se enriquecería sin causa a costa del responsable, desde que este haría ingresar en el patrimonio de aquel una suma superior al detrimento sufrido por ese mismo patrimonio: el exceso sería un enriquecimiento sin causa.

Kemelmajer de Carlucci,⁴⁶⁵ adoptando los mismos conceptos, afirma que «la estipulación de una pena no coarta el derecho a reclamar el cumplimiento específico y la aplicación de astreintes, pero en ese caso el acreedor no puede reclamar la pena (sea moratoria o compensatoria)».

En nuestra opinión, si la cláusula penal es la estimación anticipada por las partes de los daños y perjuicios futuros, no encontramos inconveniente para que proceda la acumulación del monto de la cláusula penal y el resultante de la aplicación de las astreintes, por cuanto ambas se originan en el funcionamiento de instituciones distintas, con entidad propia e independiente, ya que las astreintes se perciben por el incumplimiento de la resolución judicial, mientras que la cláusula penal corresponde al incumplimiento obligacional del deudor.

Las astreintes son una especie de multa o sanción cuyo pago es ordenado por los tribunales de justicia a los deudores que no cumplen. Las astreintes no constituyen una indemnización. No tienen como función la de resarcir los daños y perjuicios sufridos por el acreedor. Solo se trata de una multa o sanción de peculiares caracte-

⁴⁶⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 240.

rísticas, considerando que no deben pagarse al Estado sino al acreedor perjudicado.

Es este hecho el que podría conducir a pensar que las astreintes tienen función indemnizatoria; pero, a nuestro juicio, el tema debe ser apreciado desde una perspectiva radicalmente distinta.

Las astreintes deben ser vistas como la sanción que impone el Estado, a través del Poder Judicial, contra los deudores que no ejecutan sus obligaciones.

Dentro de tal orden de ideas, el Estado es quien sanciona el incumplimiento de las obligaciones de los deudores; por ello es evidente que las astreintes son una especie de castigo que, sin lugar a dudas, tienen una función disuasiva, pero también sancionatoria.

El Estado aplica las astreintes porque considera que es una forma de prevenir el incumplimiento y hacer que los deudores, en general, conozcan que frente al Estado el incumplimiento no queda impune.

De lo que acabamos de exponer queda en evidencia que existen notables similitudes entre las cláusulas penales y las astreintes. Sin embargo, a pesar de que las astreintes cumplen algunas de las funciones que también son propias de las cláusulas penales, queda claro que no asumen todas ellas, lo que determina que concluyamos afirmando que se trata de dos figuras de naturaleza jurídica diferente.

21.1.7. *¿La cláusula penal devenga intereses?*

Kemelmajer de Carlucci,⁴⁶⁶ al analizar el tema, propone una solución, según sea el caso de penas compensatorias o moratorias. Con

⁴⁶⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 240-245.

relación a estas últimas, hace el distingo respecto de las que acceden o no a obligaciones dinerarias.

Con referencia al caso de la cláusula penal compensatoria, la profesora argentina manifiesta que «si la cláusula penal es compensatoria, no abriga ninguna duda sobre la procedencia de los intereses sobre la suma adeudada».

Contrario a esta posición, Salvat⁴⁶⁷ sostiene que «ella viola el principio de inmutabilidad de la pena, porque en definitiva el acreedor estaría percibiendo más de la indemnización tarifada».

A tal argumento, Kemelmajer de Carlucci responde que los intereses moratorios no resarcan en este caso el incumplimiento de la obligación principal (que es lo que la cláusula prevé), sino la demora en el pago de la penalidad.

Añade la profesora argentina que producido el incumplimiento, la pena adquiere cierta vida independiente. El deudor es, como ella lo denomina en sentido figurado, *incumplidor* por «partida doble»: al incumplir la principal debe la pena (si el acreedor optó por esta); pero, además, debe los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la pena, que están representados por los intereses que la suma pactada ha devengado. Es decir, los intereses no resarcan el incumplimiento de la principal sino el cumplimiento tardío de la cláusula penal. La solución contraria supone permitir al deudor incumpliente el congelamiento de su deuda mediante un acto contrario a Derecho. Ningún interés, afirma, tendrá en cumplir el deudor, porque de cualquier manera nada deberá más allá de la cláusula penal.

⁴⁶⁷ SALVAT, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, p. 215.

Kemelmajer de Carlucci insiste en que incumplida la cláusula penal y estando en mora el deudor en su obligación de pagarla, este asume todos los riesgos de la contratación, debiendo indemnizar al acreedor por la demora en el pago de la accesoria (ya sea que el acreedor haya optado por ella o la haya acumulado a la principal por previsión contractual). Por ello, concluye señalando que «procede disponer el pago de los intereses desde la interposición de la demanda sobre la suma que se fijó como pena por violación del contrato».

Nosotros coincidimos plenamente con el parecer expuesto.

Por otro lado, respecto al supuesto de penas moratorias, Kemelmajer de Carlucci afirma que provocan algunas dudas.

Si ellas acceden a obligaciones que no tienen por objeto dar sumas de dinero, deben regir los mismos principios antes expuestos. Ningún inconveniente existe en que éstas devenguen intereses.

Para mayor claridad de lo argumentado, la profesora citada recoge el siguiente ejemplo: el vendedor se ha obligado a entregar la cosa enajenada en el término de 30 días, bajo apercibimiento de que si no lo hace pagará una pena de \$ 100 diarios por cada día de demora. «No existen razones ni legales ni morales —señala— para eximir al vendedor incumpliente de los intereses correspondientes a los \$ 100 diarios».

A modo de conclusión, expresa que la cláusula penal opera a la manera de un capital impago que debe reeditar intereses por todo el tiempo que el deudor contraría la palabra empeñada de pagar en tiempo oportuno.

Por otra parte, con relación a las penas moratorias que acceden a obligaciones dinerarias, Kemelmajer de Carlucci manifiesta que la cuestión resulta un poco más dudosa. Dentro de tal orden de ideas, propone el siguiente ejemplo: la compradora se obliga a pagar el pre-

cio de \$ 1,000 y para el supuesto del cumplimiento tardío, se estipula una pena de \$ 10 diarios. En este caso «sustancialmente todo interés que devenguen los \$ 10 significan un interés sobre un interés (por cuanto en esencia esos \$ 10 no representan sino el 1% de interés diario); de este modo se produciría el anatocismo vedado por el Código Civil».

En esta línea de pensamiento, la jurista argentina indica que el devengamiento de intereses sobre intereses está vedado, salvo pacto en contrario posterior o existencia de liquidación judicial aprobada. En consecuencia, añade, «admitir el anatocismo por esta vía, supondrá en definitiva permitir que viole la ley impunemente».

Gatica Pacheco,⁴⁶⁸ argumentando con criterio distinto, postula el devengamiento de intereses cualquiera que sea la obligación a la cual accede la pena. En este sentido sostiene que «el contratante que incurre en la sanción de la cláusula penal pactada debe también los intereses de ésta desde que fue puesto en mora mediante la interpelación extrajudicial».

Retomando los conceptos de Kememajer de Carlucci,

[...] si el acreedor reclama sólo la cláusula penal moratoria (por ejemplo, porque el deudor cumplió con la principal, habiéndose hecho oportuna reserva de reclamar la cláusula penal), es viable la pretensión de cobrar intereses sobre la cláusula, en función de que se ha capitalizado, siendo ella el monto reclamado. Se nos podrá atacar de formalistas, porque otorgamos o no el derecho a los intereses basándonos en un hecho contingente, cual es que la pena se reclame o no juntamente con el capital. Sin embargo, estimamos que tal crítica sería injusta, porque la prohibición se funda más que en el derecho a reprimir la usura, en evitar la sorpresa o la extorsión. Por eso, una vez que la cláusula penal se ha capitali-

⁴⁶⁸ GATICA PACHECO, Sergio. *Op. cit.*, p. 242.

zado, pareciera que de ninguna manera el deudor podrá sostener que ha sido extorsionado o sorprendido.

Por nuestra parte coincidimos con Kemelmajer de Carlucci, cuando sostiene que si la cláusula penal es compensatoria no encuentra inconveniente para que la suma adeudada devengue intereses.

Este argumento encuentra su base en el hecho de que si el deudor incumple la obligación principal, entonces debe la cláusula penal pactada si el acreedor optó por ella. Además, si el deudor incumple el pago de la pena, debe los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento, y estos están representados por los intereses que la suma convenida ha devengado. La solución contraria acarrearía como consecuencia la falta de interés del deudor en cumplir, ya que de cualquier manera nada debería más allá de la cláusula penal.

Respecto al caso de las cláusulas penales moratorias, entendemos que si ellas acceden a obligaciones que no tienen por objeto dar sumas de dinero —compartiendo el argumento de la profesora argentina—, no existe obstáculo para que la suma reclamada devengue intereses, pues en este caso la cláusula penal opera a la manera de un capital impago que debe reeditar intereses por todo el tiempo en que el deudor contraría la palabra empeñada de pagar en tiempo oportuno.

Por otro lado, si las penas moratorias acceden a obligaciones dinerarias, consideramos que está vedado que las mismas devenguen intereses, ya que ello significaría la acumulación de intereses sobre intereses.

La solución opuesta nos acercaría peligrosamente al fraude a la ley, permitiendo, por vía indirecta, violar el precepto contenido en el artículo 1249 del Código Civil Peruano, el mismo que establece que «no se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares». La norma —como señalamos al estudiarla en su

momento— tiene como propósito evitar los actos de usura por parte del acreedor.

Asimismo, precisa recordar que la ley también admite la capitalización de intereses por convenio escrito después de contraída la obligación. En tal orden de ideas, el artículo 1250 del Código Civil prescribe que

[...] es válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses.

Es esta una facilidad que se acuerda a favor del deudor que no cuente en el momento debido con los recursos necesarios para efectuar el pago. La norma dispone, sin embargo, para asegurar debidamente al deudor, que el convenio solo puede celebrarse después de contraída la obligación, por escrito y siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de intereses. El precepto se refiere, por consiguiente, a intereses vencidos y no por devengarse.

Por lo expuesto consideramos factible que las penas moratorias devenguen intereses cuando acceden a obligaciones dinerarias, siempre que medie un convenio escrito entre las partes luego de contraída la obligación penal y que exista no menos de un año de atraso en el pago de los mismos.

21.1.8. Cláusula penal y depreciación monetaria

Antes de analizar este tema, es preciso recordar algunos conceptos fundamentales relativos a las normas que rigen en nuestro país respecto al cumplimiento de obligaciones que deben ser pagadas en moneda nacional.

Como oportunamente se estudió, la regla general sobre esta materia está prevista por el artículo 1234 del Código Civil, precepto que consagra el nominalismo, al establecer que el pago de una deuda

contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta ni en cantidad diferente del monto nominal originalmente pactado.

El legislador peruano (y lo hace desde la promulgación del Código Civil de 1936) ha optado por el nominalismo, lo que determina que el pago de una obligación dineraria en moneda nacional no se afecte en cuanto a la cantidad debida por las fluctuaciones de su valor.

Esto también significa que mientras no nos encontremos dentro de alguno de los supuestos de excepción previstos por los artículos 1235 y 1236 del propio Código Civil, no podremos hablar de un eventual reajuste de valor de una deuda por más importante que hubiese sido la variación de su valor o por más injusto que aparentase ser el cumplimiento en la moneda y cantidad pactadas.

Por otra parte, y dentro del ámbito de la libertad contractual, el Código Civil prevé en el citado artículo 1235 el pacto de las denominadas cláusulas valoristas, en el entendido que los contratantes deseen proteger el valor de la prestación asumida, refugiándose en cláusulas que adopten como referencia el valor de algunas otras monedas, mercancías, metales preciosos, Índice de Precios al Consumidor o Índice de Precios al por Mayor publicados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática, Índices de Reajuste Automático que fija el Banco Central de Reserva del Perú, o cualquier otra cláusula destinada a mantener el valor constante de la prestación.

Para que se apliquen las cláusulas valoristas, estas deben haberse pactado con antelación, por ser imprescindible el convenio entre las partes.

Pero el artículo 1235 no es la única norma que recoge el valorismo, habida cuenta que el artículo 1236 prevé el tema de las denominadas deudas de valor u obligaciones de valor, al establecer

que cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquel se calcula al que tenga al día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

Sin embargo, debemos aclarar que aquí, a diferencia del supuesto previsto por el artículo 1235, no se requerirá convenio entre las partes.

Lo expuesto obedece a que existen obligaciones que por su naturaleza son deudas de valor y que la ley, en tal virtud, les asigna este carácter. Tal es el caso de la deuda nacida de una expropiación o de aquella que se origina al devolver lo que se recibió en virtud de un pago indebido.

Hechas estas precisiones, queda claro que es factible que tanto una deuda de carácter nominal (de las previstas por el artículo 1234 del Código Civil), como una deuda de carácter valorista (de las contempladas por los artículos 1235 y 1236 del propio Código), lleven acompañadas determinadas penalidades.

Sin embargo, será difícil que ello ocurra en la práctica, en los supuestos a que se refiere el artículo 1236, en la medida que en tales casos la penalidad deberá estar establecida por la propia ley pues no parece posible un pacto entre acreedor y deudor, dada la naturaleza del origen de la obligación.

Ahora bien, luego de haber precisado la relación y alcances de las obligaciones nominales y de valor y una cláusula penal, debemos aclarar que pasamos a ocuparnos de un tema en especial: si la estipulación de una cláusula penal impide el reajuste dinerario de la obligación principal. Añadimos que todo lo que exponemos a continuación resulta ajeno a los alcances del artículo 1234 del Código Civil Peruano.

Manifiesta Kemelmajer de Carlucci⁴⁶⁹ que «la solución del tema está íntimamente vinculada al fundamento jurídico por el cual se admite la repotenciación de la deuda principal dineraria».

El valorismo absoluto sostiene que la condena a soportar la indexación no es una pena al deudor moroso ni un resarcimiento de daños y perjuicios, sino un mecanismo corrector de cifras, derivadas de la oscilación del poder de adquisición de la moneda, destinado a mantener el equilibrio patrimonial entre el deudor y el acreedor para que ninguno de ellos se pueda considerar ni perjudicado ni beneficiado.

Si el reajuste no significa un resarcimiento de daños, señala esta teoría, no existe impedimento alguno en hacer lugar a la repotenciación del capital principal, aun cuando se haya pactado una cláusula penal.

En este sentido, los seguidores de esa posición manifiestan que en tanto la cláusula penal constituya la estimación pecuniaria fijada por las partes intervinientes, previendo los posibles daños y perjuicios derivados del incumplimiento, no precisa la prueba de los daños producidos por su misma naturaleza convencional.

Pues bien, tales daños y perjuicios pueden producirse ante el incumplimiento de la obligación, independientemente de que haya existido o no envilecimiento de la moneda, y es de advertir que todo incumplimiento acarrea usualmente algún perjuicio, aun en el caso de que el signo monetario no haya sufrido variaciones, puesto que el perjuicio no deriva ya de la depreciación sino del simple retardo en la ejecución de la prestación convenida.

Por consiguiente, la cláusula penal cubre los presuntos daños emergentes del incumplimiento, mientras que la actualización, sin

⁴⁶⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 246.

modificar intrínsecamente el valor comprometido, intenta la adecuación de los guarismos representativos de aquel, de modo que el capital resultante guarde proporcionada relación con la variación meramente cuantitativa operada por obra del proceso inflacionario.

Por otro lado, Kemelmajer de Carlucci,⁴⁷⁰ quien no es partícipe del valorismo, expresa que

[...] cuando la obligación de dinero lleva pacto de intereses moratorios, ellos tienen el significado de una cláusula penal, que entra en sustitución de los daños y perjuicios moratorios. Por lo tanto, siendo que la inmutabilidad —por cierto relativa— es un rasgo típico de la cláusula penal, y que en virtud de tal carácter el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente, habida cuenta que en la especie media pacto de intereses punitivos, es que debe estimarse que el reajuste pretendido por devaluación de la moneda resulta improcedente.

Asimismo, la profesora argentina señala que la solución propuesta de que la cláusula penal obsta al reajuste monetario de la obligación principal deberá ser entendida en un doble aspecto:

Por un lado, la existencia de la cláusula penal no impedirá al acreedor invocar y acreditar la teoría de la imprevisión y, por ende, que el juez deje sin efecto la cláusula penal pactada cuando esta resulta absolutamente insuficiente para cubrir los perjuicios producidos, permitiéndose un reajuste equitativo de la prestación principal. Y, por otro, la no revaluación de la principal no impide la repotenciación de la cláusula penal cuando el deudor ha caído en mora, debiéndose distinguir adecuadamente la repotenciación del capital cuando existe cláusula penal (respuesta negativa), de la repotenciación de la cláusula penal cuando exista mora en el cumplimiento de la obligación accesoria (respuesta positiva).

⁴⁷⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 251 y 252.

Adicionalmente, Kemelmajer de Carlucci considera que si existe pacto de acumulación, el caso no ofrecerá dificultades por cuanto habrá que estar a la voluntad de las partes. Sin embargo, concluye indicando que «si esta estipulación no aparece clara, el reajuste deberá ser denegado en razón de que se presume que la cláusula fue pactada para indemnizar todos los perjuicios causados».

Una posición intermedia entre las dos soluciones expuestas ha sido desarrollada por Moisset de Espanés,⁴⁷¹ quien concluye en no dar reglas absolutas. Sostiene que si bien en principio el pacto de intereses moratorios o la cláusula penal impedirían el reajuste del capital, ello no acontece cuando se acredita que las partes pretendieron el pago de la pena con independencia del reajuste monetario.

Afirma el autor citado que la solución requerirá un mayor esfuerzo por parte de los magistrados por cuanto, en cada caso concreto, deberán indagar cuidadosamente cuál fue la función que las partes adjudicaron a la cláusula penal.

Por nuestra parte, discrepamos del argumento de Kemelmajer de Carlucci, cuando considera que la estipulación de la cláusula penal obsta al reajuste monetario de la obligación principal. En este sentido, entiende que si los daños y perjuicios moratorios (pacto de intereses moratorios) se han valuado previamente mediante una pena convencional, no podría el acreedor reclamar otra indemnización (el reajuste monetario), aunque probase que la pactada es insuficiente, pues le atribuye una jerarquía equivalente a la cláusula penal.

Nosotros consideramos que el reajuste del valor de una prestación es independiente del eventual reajuste del valor de la cláusula penal que se hubiese pactado para asegurar su cumplimiento.

⁴⁷¹ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. «El reclamo de intereses moratorios o punitorios y el reajuste por depreciación monetaria». En: *Zeus*, tomo XVIII, pp. 61 y ss.

Ante el incumplimiento de una prestación el acreedor podrá, si lo considera conveniente y posible, exigir el cumplimiento de la prestación principal.

Si esa prestación principal fuese una deuda de valor, ya sea por haber nacido en función de cláusula valorista o por ser esa su naturaleza, el acreedor podría exigir el reajuste del valor de dicha deuda; pero todo ello sería independiente de la existencia de la penalidad, en consideración a que no es la penalidad la que ha sido exigida por el acreedor sino la prestación principal.

No obstante, bien puede el acreedor, ante el incumplimiento del deudor, exigir la penalidad pactada.

Es en este último caso donde cabría formularse la pregunta de si el acreedor podría solicitar judicialmente el reajuste del valor de la penalidad o si, por el contrario, ella resultaría inmutable.

No obstante que el tema no se encuentra regulado en forma expresa por las normas del Código Civil Peruano relativas a la cláusula penal, entendemos que interpretando conjuntamente las obligaciones de valor y las obligaciones con cláusula penal, resultaría factible efectuar el reajuste del valor de la penalidad, a fin de que ella no resulte diminuta. No existe precepto legal alguno que lo impida, así como tampoco disposición alguna que constituya obstáculo para aplicar los artículos 1235 y 1236 a las cláusulas penales.

Sin embargo, conviene aclarar que la aplicación de los conceptos valoristas a una cláusula penal requiere que esta sea una deuda de carácter valorista, bien nacida de una cláusula valorista (artículo 1235) o por tratarse de una obligación que por naturaleza sea de valor (artículo 1236).

21.1.9. Cláusula penal y resolución

El régimen de resolución de las obligaciones con cláusula penal plantea diversos problemas, entre ellos: 1) si el acreedor en cuyo beneficio se incluyó la pena puede pedir la resolución del contrato por incumplimiento del deudor; 2) en caso afirmativo, cómo debe practicarse la liquidación de los daños y perjuicios de la resolución.

Respecto al primer punto, los autores franceses,⁴⁷² en general, sostienen que la inclusión de una cláusula penal no impide que en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor demande la resolución del contrato. El acreedor, en consecuencia, podría optar: a) sea por hacer valer el contrato reclamando a su opción la prestación principal o la pena; b) sea demandando la resolución.

En esta línea de pensamiento, Kemelmajer de Carlucci⁴⁷³ manifiesta que la cláusula penal no supone una renuncia al derecho de resolver.

Este es un elemento natural de las convenciones con prestaciones recíprocas, por lo que es menester una cláusula clara que obste al ejercicio de este derecho por parte del cumplidor. Esta es la razón por la cual la doctrina nacional que admite la renuncia al derecho a resolver en razón de ser una facultad establecida en exclusivo interés privado de las partes, alerta sobre las grandes dificultades que ocasiona la renuncia tácita, ya que como toda manifestación tácita de voluntad suele dar lugar a grandes dificultades. Por eso, exige hechos o cláusulas de las cuales se deduzca necesariamente la renuncia.

Por su parte, Busso⁴⁷⁴ sostiene por varias razones que no comparte la tesis propugnada por los autores franceses, pues no acepta, en

⁴⁷² En este sentido podemos citar a BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL. *Op. cit.*, tomo II, p. 1348 y a DEMOGUE, René. *Op. cit.*, tomo VI, p. 471, entre otros.

⁴⁷³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.* pp. 253 y 254.

⁴⁷⁴ BUSSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 468 y 469.

principio, que el acreedor pueda invocar el derecho de resolución que la ley le otorga con prescindencia de la cláusula penal.

Asimismo, el citado profesor argentino señala que

[...] esta última (o sea, la cláusula penal) encierra en sí misma un pacto comisorio especial y un reglamento de la indemnización a pagar en el caso de que ese pacto llegue a funcionar. Las condiciones estipuladas en ese pacto resolutorio-indemnizatorio obligan por igual a ambas partes; el acreedor no puede prescindir de ellas para acogerse al pacto comisorio legal y al régimen de indemnizaciones que a éste corresponda.

Tampoco puede sostenerse, añade, que

[...] la pena sea la indemnización correspondiente al incumplimiento de la prestación principal, y que, aparte de ella, la resolución del contrato —en virtud de la cual caen tanto la *promesa principal* como la *cláusula penal*— pueda tener otra indemnización. En las obligaciones con cláusula penal hay una sola prestación debida: la principal. La pena no es una prestación subsidiaria, ni un equivalente; es una indemnización. El incumplimiento de la prestación principal es incumplimiento total del contrato.

Busso concluye expresando que únicamente en dos casos podría proceder la indemnización por resolución con prescindencia de la cláusula penal. El primero, cuando la pena hubiera sido pactada exclusivamente para el retardo y el deudor incurriera en incumplimiento total. En tal supuesto, el acreedor tendría derecho a pedir la resolución con indemnizaciones, pero considera que esto no importaría una excepción a la vigencia de la cláusula penal; se prescindiría de la cláusula, simplemente, por haberse producido una forma de incumplimiento no prevista en ella.

El segundo caso se presentaría si el deudor, aparte de faltar al cumplimiento de la prestación principal, hubiera hecho imposible el cumplimiento de la pena. Para regular el monto de la indemnización

en tal hipótesis no se podrían ya hacer valer las previsiones convencionales.

En nuestra opinión, el pacto de una cláusula penal por las partes, no priva al acreedor del derecho de resolver el contrato ante el incumplimiento de la obligación principal por el deudor.⁴⁷⁵ La resolución contractual es pues un elemento natural de las convenciones con prestaciones recíprocas.

Y entendemos que si se estipula expresamente una cláusula penal para el supuesto de resolución, estimando en forma anticipada los posibles daños y perjuicios que podría causar la resolución contractual al acreedor por el incumplimiento de la obligación principal por el deudor, el acreedor no podría invocar el derecho a resolución que la ley le otorga prescindiendo de la pena convencional.

Lo señalado —recogiendo las palabras de Busso— encuentra asidero en que las condiciones estipuladas en ese pacto resolutorio-indemnizatorio obligan por igual a ambas partes: el acreedor no puede obviarlas para acogerse al pacto comisorio legal y al régimen de indemnizaciones que a este corresponda.

Por otro lado, es importante analizar si la cláusula penal supone o no un pacto resolutorio.

Mucho se discute si la sola existencia de una cláusula penal compensatoria importa un pacto comisorio que permita al acreedor dar por extinguido el negocio ante el incumplimiento de la otra

⁴⁷⁵ Esta facultad se concede legalmente por el artículo 1428 del Código Civil Peruano, precepto que establece que «en los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios...».

parte, mediante la simple comunicación fehaciente de la voluntad de resolver.

El tema tiene íntima vinculación con aquel otro, más general, relativo a si la cláusula penal compensatoria tiene finalidad resolutoria. En este sentido, Busso⁴⁷⁶ manifiesta que

[...] tal función se patentizaría —fundamentalmente— cuando la cláusula penal tiene por objeto otorgar al acreedor el derecho de hacer suyas las sumas entregadas por el deudor. Esto acontece —normalmente— en las ventas por mensualidades. La respuesta afirmativa se ha sostenido con el argumento de que el acreedor, al optar por la cláusula penal, está en realidad disolviendo la obligación, efecto que se produce igualmente con el pacto resolutorio.

Concluye el profesor argentino afirmando que «la cláusula encierra un pacto comisorio, sin perjuicio de ser algo más que un simple pacto comisorio».

Por su parte, Mosset Iturraspe⁴⁷⁷ manifiesta que «aun admitiendo la función resolutoria, esta es eventual, porque las partes podrían excluirla mediante pacto expreso en contrario al admitir la acumulación de la pena y de la principal».

En opinión de Llambías,⁴⁷⁸

[...] cuando la cláusula penal compensatoria funciona en 'conexión' con la resolución del contrato, no es ella la que produce la resolución, sino que ésta se produce por el incumplimiento. Es decir, la causa que motiva la resolución no es la existencia de la cláusula penal, sino el hecho de

⁴⁷⁶ BUSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 462.

⁴⁷⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.*, p. 1227.

⁴⁷⁸ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, p. 137.

que el deudor incumple permitiendo al acreedor el ejercicio de la acción resolutoria.⁴⁷⁹

Kemelmajer de Carlucci,⁴⁸⁰ compartiendo la tesis de Llambías, precisa que la prueba irrefutable de lo antes expuesto está en que el contratante puede exigir la resolución y renunciar a la cláusula. En tal sentido, señala como ejemplo, el caso en donde el vendedor requiere la resolución, pero restituye las sumas entregadas.

De lo expuesto —concluye la profesora argentina—, «se deriva que la sola existencia de una cláusula penal no puede tomarse como la estipulación de un pacto comisorio, sin perjuicio de que el mismo hecho que provoca la eficacia de la cláusula penal —el incumplimiento— motive también el derecho del acreedor a resolver».

Por nuestra parte, y siguiendo la línea de pensamiento de Llambías y Kemelmajer de Carlucci, consideramos que la sola existencia de una cláusula penal no supone la existencia de un pacto resolutorio, pues la causa que motiva la resolución no es la presencia de la pena convencional, sino el hecho de que el deudor incumpla permitiendo al acreedor ejercer su derecho a resolver el contrato, incumplimiento que dará lugar a que la pena convencional despliegue todos sus efectos.

Ahora bien, respecto al segundo tema bajo análisis, es decir, cómo deben liquidarse los daños y perjuicios cuando se produce la resolución del contrato si este contiene una cláusula penal, es preciso reiterar que no obstante la existencia de la cláusula penal, el acreedor tiene derecho a resolver el contrato por incumplimiento del deudor.

⁴⁷⁹ Por nuestra parte y a efectos de que se conozca nuestra opinión al respecto, remitimos al lector a lo indicado con ocasión del análisis de la eventual función resolutoria de la cláusula penal.

⁴⁸⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 255 y 256.

Aquí debe recordarse que la resolución por incumplimiento concede al acreedor el derecho de reclamar indemnización por daños y perjuicios (lo expresado se encuentra previsto por el artículo 1428 del Código Civil Peruano). La doctrina discute acerca de si los daños y perjuicios deben liquidarse conforme a las normas del Derecho Común, o si están limitados y estipulados por la cláusula penal pactada.

Como se puede advertir, el debate doctrinal y jurisprudencial en torno a este tema es de significativa importancia: si se liquidan conforme a la cláusula penal, no habrá necesidad de acreditar los daños, pero también estarán limitados por la cuantía estipulada sin poder reclamarse mayores montos, aunque la suma pactada fuere insuficiente.

En este sentido, un sector propicia la aplicación lisa y llana de la cláusula penal. Entre ellos, Mosset Iturraspe⁴⁸¹ se pronuncia argumentando

[...] que no es posible distinguir el incumplimiento de la obligación principal del incumplimiento del contrato entendido como un todo; la cláusula penal accede a un negocio jurídico, y no a una obligación aislada, y dentro de este negocio garantiza el cumplimiento de las obligaciones emergentes; si la resolución del contrato reconoce como razón fundante el incumplimiento, no es posible que los daños reclamados por el acreedor excedan a los determinados en la cláusula, prevista justamente para el caso de incumplimiento.

Por otra parte, una segunda posición doctrinaria entiende que en virtud del carácter accesorio de la cláusula penal, declarada la resolución del contrato, ella tiene por efecto volver las cosas al estado anterior en que se encontraban al momento de la concertación.

⁴⁸¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.*, p. 1236.

Así, Llambías⁴⁸² expresa

[...] que el presupuesto de la pretensión de la pena consiste en el incumplimiento de la obligación principal, en tanto subsista ésta en su virtualidad de tal. Pero si se desvanece esta obligación por falta de causa, en razón de la resolución o rescisión que la había originado, falla el presupuesto de la pena: el acreedor podrá pretender, en ese supuesto, el resarcimiento de los daños y perjuicios que le provoca la disolución del contrato —habida cuenta de la liberación que obtiene con respecto a sus propias obligaciones nacidas de ese mismo contrato—, pero no una pena carente de causa.

También refiere el autor citado que para que el acreedor tenga derecho a esta pena, sería indispensable la disposición contractual que así lo decidiese, en cuyo caso la causa o título de la pena estaría no en la inexecución de la insubsistente obligación principal, sino en el pacto de las partes para la hipótesis de la resolución o rescisión del contrato. «Son supuestos distintos que impiden, por la interpretación restrictiva que cuadra hacer de la cláusula penal, que se traslade ésta de un campo a otro».

Conforme con este criterio argumentativo, Baudry-Lacantinerie y Wahl⁴⁸³ manifiestan que

[...] operada la resolución del contrato por iniciativa del acreedor, en virtud de un derecho que la ley le otorga, la liquidación de los daños deberá hacerse prescindiendo de la cláusula penal. En efecto, esa cláusula formaba parte de una convención que desde el momento en que ha sido resuelta se considera como si no hubiera existido. Por otra parte, los daños que deberán repararse no serán ya los que correspondan a la inexecución de la prestación principal, sino los que surjan de la resolu-

⁴⁸² LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, p. 350.

⁴⁸³ BAUDRY-LACANTINERIE Y WAHL. *Op. cit.*, p. 1366.

ción del contrato en su integridad; esos daños podrán ser mayores o menores que la suma establecida en la cláusula penal.

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci⁴⁸⁴ —con relación al tema bajo estudio— distingue entre el tratamiento que debe dársele, dependiendo de si nos encontramos ante cláusulas penales compensatorias o ante cláusulas penales moratorias.

Respecto de las cláusulas penales moratorias, afirma la profesora argentina,

[...] el acreedor no podrá invocar la cláusula moratoria para reclamar los daños producidos hasta el momento en que opta por la resolución, porque precisamente su elección supone volver las cosas al mismo estado en que se hallaban antes de la concertación.

Agrega que la retroacción en el pacto comisorio no opera con la misma fuerza que en la condición resolutoria o en la nulidad, pero es un principio indiscutido que la resolución produce la disolución del vínculo obligacional que ataba a las partes. Es decir, el acreedor no puede pretender las ventajas emanadas de la cláusula penal y al mismo tiempo sostener que las obligaciones a su cargo han quedado extinguidas. Para señalar un ejemplo, expresa lo siguiente:

A compra a B un inmueble, estipulándose en el boleto de compraventa que la mora en el pago de las cuotas en que se ha dividido el precio se sanciona con la suma de mil dólares diarios. Si ante el incumplimiento en el pago del precio la vendedora hace valer el pacto comisorio pactado o declara resuelta la venta por voluntad del acreedor, no puede pretender el devengamiento de la pena moratoria hasta el día en que solicitó la resolución. Una pretensión de este tipo supondría una contradicción en los términos: se entiende extinguido el contrato en unos aspectos y se lo tiene vigente para otros.

⁴⁸⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 258-264.

En este caso, indica, los daños moratorios deben liquidarse conforme a las reglas del Derecho Común y solo podría hacerse valer la cláusula penal cuando un pacto expreso de las partes así lo admitiera.

Ahora bien, cuando la cláusula penal accede a obligaciones que no se extinguen con la resolución, manifiesta Kemelmajer de Carlucci, la solución señalada no se aplica.

Ello ocurre normalmente en aquellas de ejecución periódica que imponen el cumplimiento de prestaciones sucesivas en lapsos de tiempo establecidos de antemano, a las que se corresponden contraprestaciones recíprocas. Por ejemplo, si en un contrato de locación se ha pactado una pena moratoria para el supuesto de pago tardío de los arrendamientos, la acción por resolución intentada por el locador no le impide reclamar el pago de los arrendamientos adeudados y la pena estipulada. La diferencia de soluciones es notoria y obvia: en la compraventa en cuotas la resolución produce la extinción de la obligación de pagar el precio (tanto las cuotas devengadas como las futuras); en la locación, en cambio, la resolución no extingue la obligación de pagar los arrendamientos devengados y, por ende, tampoco muere la cláusula penal que los asegura.

Si la pena es compensatoria, manifiesta la profesora argentina, la cuestión es de más dudosa solución, ya que la postura que afirma la inaplicabilidad de la pena supone dos inconvenientes.

Por una parte, en los supuestos de penas medianamente insuficientes, el acreedor —a fin de no ver limitado su derecho a los daños y perjuicios— optará por la resolución obteniendo de esta manera una reparación integral, traducándose en un apoyo velado al fraude a la ley. En este orden de ideas, Kemelmajer de Carlucci señala como ejemplo el siguiente:

Juan vende a Pedro 20.000 litros de vino, estipulándose que la falta de entrega de la mercadería en el tiempo convenido se sancionará con una pena compensatoria de \$ 30.000.000. Si Juan no entrega el vino, Pedro resuelve y reclama los daños efectivamente producidos (que pudieron ser

mayores a la pena estipulada, todo lo cual depende de las oscilaciones producidas en el mercado del vino).

La otra dificultad —refiere la profesora citada— es de orden práctico,

[...] pues si la pena se ha estipulado para el incumplimiento definitivo, por qué no aplicarla cuando se opera la resolución. ¿Cuándo sería entonces aplicable? La pena compensatoria se habría convertido en *rara avis* del mundo negocial.

No obstante lo expuesto, Kemelmajer de Carlucci postula la inaplicabilidad de la cláusula penal, ya que operada la resolución, los daños compensatorios deben liquidarse de conformidad con las pautas del Derecho Común, salvo estipulación expresa en contrario, en razón de que la tesis inversa podría llevar, en la mayoría de los casos, a la aplicación de cláusulas penales no reducibles.

La profesora argentina funda su posición en los siguientes argumentos: en primer lugar, en cuanto a que la no aplicación supondría que la cláusula penal compensatoria se convertiría en *rara avis* en el mundo de los negocios, considera que debe recapitarse sobre los ejemplos proporcionados.

La resolución produce la extinción de las obligaciones a cargo de ambas partes. Es decir, en el ejemplo elaborado, si Pedro opta por la resolución, Juan no debe el vino (sino la indemnización), pero a su vez él no debe el precio. En cambio, si Pedro opta por la cláusula penal, él no extingue las obligaciones a su cargo.

Asimismo, Kemelmajer de Carlucci expresa que la cláusula penal no tiene en sí misma función resolutoria, y por ello, el hecho de que el acreedor opte por la pena no supone que se extingan las demás obligaciones a su cargo. Por eso, estima que la tesis que propicia es la que respeta en el fondo a la voluntad de las partes: la deudora de la cláusula penal la asumió en razón de que la contraparte debe las obli-

gaciones a su cargo. «¿Puede válidamente sostenerse que se interpreta la voluntad contractual cuando se dejan subsistentes unas obligaciones y no otras?».

La jurista citada agrega que

[...] cuando el acreedor opta a su arbitrio por la cláusula penal es porque quiere el contrato en el cual ella se ha pactado. Si en cambio, quiere la extinción de las obligaciones de él derivadas, no puede prevalerse de una de sus cláusulas.

Esto no es sino aplicación del principio de accesoriedad que insufla a la cláusula penal, ya que la extinción de la obligación principal supone la muerte de la cláusula penal. La resolución produce la frustración de las obligaciones derivadas del pacto principal; en consecuencia, también deben morir las derivadas de la estipulación accesoria.

Añade Kemelmajer de Carlucci que todas estas argumentaciones la llevan a sostener —salvo pacto expreso que demuestre voluntad contractual contraria— que tampoco las penas compensatorias pueden ser aprovechadas por el acreedor que opta por la resolución, quien para reclamar daños y perjuicios deberá acudir a los principios del Derecho Común.

A modo de conclusión, expresa que la solución que propicia rige no solo cuando la resolución opera por una manifestación facultativa del acreedor, sino cuando ella se produce por razones ajenas a la libre opción del sujeto activo.

De lo expuesto hasta este punto, queda en claro que existen dos posiciones muy marcadas en torno de la relación y aplicación práctica de la resolución de los contratos y la cláusula penal.

Una primera posición es la que sostienen Llambías y Baudry-Lacantinerie y Wahl, al igual que Kemelmajer de Carlucci, en el sentido de que si se desvanece la obligación principal por falta de causa,

debido a la resolución del contrato, falla el presupuesto de la pena, supuesto en el cual el acreedor perjudicado por el incumplimiento del deudor podría exigir la indemnización por el monto de los daños y perjuicios que corresponda, con prescindencia de la penalidad pactada, la misma que ya no sería aplicable porque provendría de aquel contrato que fue resuelto y que, por tanto, dejó de ser eficaz.

Una segunda postura, asumida por Mosset Iturraspe, anota que la cláusula penal debe aplicarse lisa y llanamente, pues nada tiene que ver la penalidad con el hecho de que el contrato se resuelva.

Con independencia de ingresar al detalle de las cláusulas penales especiales, nosotros nos adherimos a la posición de Mosset Iturraspe.

Creemos que la tesis de los profesores que sostienen que la cláusula penal no se aplica si el contrato ha quedado resuelto, es facilista porque parte de una idea muy simple: si el contrato ya no surte efectos, la penalidad tampoco.

Consideramos que ese análisis parte de un error, esto es el de considerar como incompatible la resolución del contrato y la función indemnizatoria de la penalidad en él pactada.

Estimamos, además, que dichos autores olvidan el principal supuesto que da lugar a la indemnización y aplicación de las penalidades, cual es el incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor.

Dentro de tal orden de ideas, si un deudor incumpliese con sus obligaciones, el acreedor tendría el camino entre exigir el cumplimiento en especie o reclamar la cláusula penal compensatoria.

Será evidente que si el acreedor optase por el cumplimiento en especie, no habría transitado por el recurso de la resolución del contrato, porque si lo resolviera no podría luego exigir su ejecución. Esto resulta claro.

Pero la otra hipótesis es que el acreedor recurra a exigir al deudor el cumplimiento de la penalidad. En este caso debemos preguntarnos cuál sería la situación del deudor si el acreedor le exigiese el cumplimiento de la penalidad y no hubiese recurrido a resolver el contrato.

Aquí el acreedor podría encontrarse en una situación riesgosa, pues por regla general la exigencia de cumplimiento de la prestación configura un supuesto muy claro de constitución en mora del deudor y, como sabemos, si al deudor se le hubiese constituido en mora y el contrato continuase surtiendo efectos, por más que al deudor se le hubiera exigido la penalidad y no la prestación en especie, tal deudor podría recurrir al cumplimiento de la prestación en especie, ya que no existiría razón alguna que le impidiera hacerlo, con lo cual podrían burlarse las expectativas del acreedor que le exigió el cumplimiento de la penalidad pactada.

Dentro de tal orden de ideas, para que el acreedor de una prestación se asegure el cumplimiento de la penalidad y elimine la posibilidad de que el deudor recurra al cumplimiento de la prestación en especie, debería primero resolver el contrato y luego reclamar la penalidad compensatoria, porque es evidente que si el contrato no hubiese sido resuelto, el acto jurídico seguiría surtiendo sus efectos y uno de ellos sería el cumplimiento de la obligación que permanecía incumplida.

Sin duda, el hecho de que el contrato se resuelva y el acreedor pueda reclamar el cumplimiento de una cláusula penal nacida del propio contrato, ha llevado a los juristas que se oponen a esta tesis a efectuar un razonamiento muy claro y sencillo: si el contrato ya no surte efectos, entonces ¿cómo sería posible exigir una penalidad que constituiría —precisamente— uno de los efectos de dicho contrato?

Pero lo que olvidan es que no estamos tratando de una prestación cualquiera. No estamos refiriéndonos a una prestación destinada a sa-

tisfacer la ejecución del contrato mismo. Por el contrario, se trata de una prestación sustitutoria del cumplimiento de las obligaciones principales nacidas de ese contrato.

En otras palabras, la cláusula penal, cumpliendo fielmente su finalidad accesoria, acarrea como consecuencia que la penalidad pactada, dada su naturaleza indemnizatoria, trascienda la declaración de ineficacia del propio contrato del cual emana.

Esta situación, *sui generis* por cierto, es la que explica que la cláusula penal compensatoria pueda ser exigida cuando el contrato ha sido resuelto.

Tal vez el lector pueda considerar que estamos recurriendo a una ficción jurídica, cual es la de decidir que un contrato siga surtiendo efectos a pesar de haber sido resuelto.

No consideramos que se trate de una ficción jurídica. Estimamos que la naturaleza de la penalidad impone esta solución y no admite la contraria. Pero, si no se estuviese de acuerdo con la solución adoptada por nosotros, en el sentido que ese sea el sustento jurídico de lo que afirmamos, estamos llanos a asumirla como una ficción jurídica, al igual que tantas ficciones que contiene el Derecho Civil y que tienden a satisfacer los intereses de las partes y alcanzar el objetivo de justicia.

Compartimos, por lo demás, el parecer de Aída Kemelmajer de Carlucci, cuando afirma que si la resolución permitiera cobrar más de la penalidad pactada, ello implicaría un fraude a la ley.

Para nosotros es evidente que si se resuelve el contrato, ello no podría conducir al acreedor a cobrar más allá de la penalidad pactada. Si así fuese se presentaría el absurdo siguiente: si el acreedor no resuelve el contrato, solo puede reclamar la penalidad convenida; si lo

resuelve, puede cobrar más allá de la penalidad convenida, si los daños y perjuicios hubiesen excedido el monto pactado como pena.

Sin embargo, resulta contradictorio que a pesar de todo, Kemelmajer de Carlucci abone en favor de la inaplicabilidad de la cláusula penal en caso de que se resuelva el contrato.

La profesora argentina anota que en estos casos debería estarse a la voluntad de las partes expresada en el contrato. Afirma que cuando el acreedor opta por la cláusula penal compensatoria, en realidad quiere mantener o valerse del contrato en el cual se encuentra inserta dicha penalidad.

Para nosotros cuando el acreedor opta por el cobro de la penalidad compensatoria, resulta evidente que ya no tiene interés en el cobro de la prestación en especie.

Ello se infiere claramente de lo que acabamos de afirmar, en la medida que siguiendo dicho razonamiento, si el acreedor tuviera interés en el cumplimiento de la prestación en especie, lo lógico sería que reclamara su cumplimiento y no el de la penalidad compensatoria.

Sostener lo contrario sería, a nuestro juicio, contradictorio.

Pero, como podrá apreciar el lector, lo que hemos expresado hasta este punto se refiere única y exclusivamente al cobro de las cláusulas penales compensatorias.

En el caso de las cláusulas penales moratorias entendemos que la solución no sería exactamente igual.

La exigencia de la cláusula penal moratoria implica, como es obvio, la existencia de mora en el cumplimiento de la obligación; y la mora, a su vez, determina que el acreedor todavía tenga interés en que ella se cumpla, en que el deudor ejecute la prestación debida, aunque sea tardíamente.

Dentro de tal orden de ideas, resulta claro que es imposible, jurídicamente hablando, que un deudor se encuentre en mora dentro de un contrato ya resuelto, en la medida que la resolución implica la extinción de la condición moratoria del deudor.

Por ello, los daños y perjuicios moratorios solo pueden generarse durante el período de la mora y cesarán al tiempo en que el acreedor opte por el camino de la resolución del contrato.

Así la penalidad moratoria solo podrá devengarse mientras el contrato siga surtiendo efectos y dejará de hacerlo en el momento en que él se resuelva.

Lo expresado no significa, en modo alguno, que las penalidades moratorias no puedan exigirse luego de que el contrato haya sido resuelto, entendiéndose que lo susceptible de exigibilidad serían las penalidades ya devengadas mientras el deudor se encontraba en condición de moroso. No podría entenderse que el acreedor estuviera en aptitud de cobrar penalidades moratorias, luego de resuelto el contrato. En este sentido podría afirmarse que las penalidades a cobrar son penalidades «pasadas» y no penalidades «presentes».

Para concluir con nuestros comentarios sobre este punto, simplemente aclaramos que lo expresado respecto de las penalidades moratorias no resulta excluyente, sino complementario, de lo indicado con relación a las penalidades compensatorias.

21.2. Efectos de la cláusula penal en las obligaciones con sujetos plurales

21.2.1. Unas palabras sobre el Derecho Sucesorio y las obligaciones de sujeto plural

Cuando en el Tomo III del Tratado, con ocasión del estudio de los artículos 1177 y 1187 del Código Civil Peruano de 1984, analizamos

cómo se heredan las prestaciones de sujeto plural, lo hicimos desde los cauces tradicionales del Derecho de las Obligaciones, sin relacionar la materia directamente con el Derecho Sucesorio.

Ahora, hemos considerado indispensable, antes de estudiar los efectos de las cláusulas penales en las obligaciones de sujeto plural, ingresar brevemente al Derecho de Sucesiones.

21.2.2. Estado de indivisión y partición de la masa hereditaria

Como introducción al estudio de indivisión y partición de la masa hereditaria, vamos a recurrir a la doctrina que sustenta Luis de Gásperi.⁴⁸⁵

Anota el profesor citado que desde los remotos tiempos de las XII Tablas, los romanos concibieron que dejando el difunto por sucesores más de un heredero, se constituyese entre ellos una comunidad incidental, *communio incidens*, sobre los inmuebles, sin intervención de su voluntad. Los jurisconsultos de aquella época también entendieron que, siendo por naturaleza divisibles los créditos y las deudas, no fuesen deferidos en comunidad a los herederos, sino, por el contrario, que se dividiesen de pleno derecho entre ellos, *portionibus hereditariis*, sin excluir las obligaciones indivisibles, siquiera sujetas activa o pasivamente *in solidum* a la acción del acreedor.

Respecto al tema, De Gásperi recuerda que José Olegario Machado trató de aclarar esta problemática a la luz de las tres teorías clásicas que la inspiran, a saber:

- (a) La de Duranton, Mourlon y Demante, según la cual el primero de los preceptos del Código Francés (tomado casi literal-

⁴⁸⁵ DE GÁSPERI, Luis. *Tratado de Derecho Hereditario*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953. Parte General, tomo II, pp. 157 y ss.

mente por el artículo 3503 del Código Argentino), no se aplica sino a las cosas que son objeto de partición, al paso que el segundo de ellos divide *ipso iure* los créditos hereditarios desde la apertura de la sucesión, con independencia de toda partición entre los herederos, los cuales pueden demandar su pago desde el fallecimiento del *de cuius*.

- (b) La de Aubry y Rau, opuesta a la primera, conforme a la cual estatuyéndose por el artículo 883 del Código Napoleón que cada coheredero ha heredado solo e inmediatamente todos los efectos comprendidos en su lote, o que le tocaron en subasta, y que no ha tenido jamás la propiedad de los demás efectos de la herencia, la división legal de las deudas y de los créditos hereditarios preceptuada por la ley solo es provisional y condicional, subordinada al resultado de la última partición.
- (c) La de Demolombe, por la que debe distinguirse según que las causas de liberación sean anteriores o posteriores a la partición, supuestos ambos resueltos de distinto modo. Así, en el primer caso, el deudor puede prevalerse contra el efecto declarativo de la partición; en el segundo no, de donde se infieren las siguientes consecuencias:
 - (i) Si uno de los deudores de la sucesión deviene, antes de la partición, en acreedor de uno de los herederos, la compensación opera de pleno derecho hasta la concurrencia de la porción hereditaria de este;
 - (ii) Si uno de los coherederos ha cedido a un tercero su parte en una acreencia hereditaria y se ha notificado de ello al deudor cedido, o la cesión ha sido aceptada por este, antes de la partición, no podría oponerse precepto legal alguno ni al cesionario ni al deudor, porque el heredero que podía demandar y recibir su parte, también ha podido cederla.

Coincidimos con lo manifestado por De Gásperi en el sentido de que no se puede pretender conciliar el principio romano de la división automática de los créditos divisibles, con los efectos declarativos de la partición, conforme con la doctrina ecléctica de la Corte de Casación Francesa, de suerte que se consideren válidos y legalmente subsistentes los actos de ejecución y los actos y hechos de extinción con que, durante la indivisión, se hayan beneficiado los herederos no adjudicatarios, pero a condición de ser resolubles las cesiones particulares que el heredero no adjudicatario haya otorgado durante la misma época.

Es muy cierto lo expresado por De Gásperi cuando afirma que la pretendida conciliación de los dos sistemas opuestos es punto menos que imposible: o se da prevalencia al principio romano de la división legal de los créditos divisibles, consagrado por el Código Argentino, o se subordina a la partición el valor de los actos de disposición que durante el estado de indivisión hubiese hecho el heredero de su cuota parte en aquellos créditos, si no media la conformidad de todos los coherederos.

Dicho jurista enseña que el principio que recoge el Código Argentino, de la división de los créditos por el solo hecho del fallecimiento del acreedor, en proporción del haber hereditario de cada uno de sus herederos, y que estos pueden cobrar, ceder y compensar con su parte, a pesar de haber deudas pendientes de pago, y como si el patrimonio heredado no constituyera una unidad, una universalidad de bienes afectada a las obligaciones del causante, es lo que critica la doctrina moderna, la misma que propende a impedir que los créditos y las deudas se dividan antes de haberse pagado a todos los acreedores de la sucesión y a mantener el patrimonio hereditario tal como estaba en poder del causante. De esta forma, su división no tendría lugar sino después de haberse pagado todas las deudas y cobrado todos los créditos, haberse colacionado las donaciones hechas en vida

por aquel y, por último —como decía Juan Antonio Bibiloni—, «después de haber liquidado el pasado y el presente».

A tal efecto, De Gásperi cita tres Códigos como ejemplos ilustrativos de esta tendencia de pensamiento: el Código Civil Alemán (artículos 2039 y 432, inciso 1), el Código Civil Español (artículos 1072, 1082 y 1084) y el Código Civil Peruano de 1936, sobre el cual refiere que a través de su artículo 784 instituía, para el caso de pluralidad de herederos, la propiedad pro-indiviso de los bienes comunes de la herencia en que, por cierto, se incluían los créditos, y finaliza anotando que —aunque no estaba dicho expresamente— se podía inferir del Código Peruano que no se trataba de una copropiedad por partes distintas, de estilo romano, sino de una «propiedad común» inspirada en los artículos 652 y 653 del Código Civil Suizo.

Debemos agregar que el citado principio del Código nacional derogado es el mismo recogido por el artículo 844 del Código vigente de 1984, norma que establece que «Si hay varios herederos, cada uno de ellos es copropietario de los bienes de la herencia, en proporción a la cuota que tenga derecho a heredar».

Este precepto se relaciona directamente con la lógica del artículo 660, el que dispone que desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores.

Ocurre —según refiere Guillermo Lohman Luca de Tena— que el Código nacional comete un error al mencionar que se configura una situación de copropiedad sobre los bienes de la herencia, cuando lo que sucede es que se plantea una comunidad sobre el íntegro de la masa hereditaria, entendida como unidad total (comprendiendo bienes, créditos y deudas).

Tal vez esta equivocación sea la que ha generado buena parte de las confusiones respecto a diversos temas de Derecho Sucesorio, y, en particular, sobre el que es materia de análisis.

21.2.3. Las difíciles relaciones entre el Derecho Sucesorio y el Derecho de Obligaciones en torno a la divisibilidad, indivisibilidad, mancomunidad y solidaridad

21.2.3.1. Principios aplicables antes de la muerte

No obstante que, en estricto, resultaría innecesario referirnos a este tema, queremos dejar claramente establecido que si no se produjera la muerte de ninguno de los sujetos de la relación obligatoria, vale decir la de ningún deudor o codeudor ni la de ningún acreedor o coacreedor, la obligación de sujeto plural se rige estrictamente de acuerdo con lo convenido en el título constitutivo de la misma y a lo normado por el Código Civil (régimen legal a cuyo estudio no vamos a ingresar, por no ser objeto de este trabajo).

21.2.3.2. Principios aplicables en caso de muerte del deudor o de uno de los codeudores

21.2.3.2.1. Supuesto en el cual el deudor o un codeudor muere y deja un único heredero

Si se tratara de una obligación con pluralidad de sujetos, en la que hubiera varios acreedores, y muriera intestado el único deudor o uno de los codeudores, dejando solo un heredero universal, desde el momento de la muerte y antes de que esta persona sea declarada (judicial o notarialmente) heredera, si bien estaríamos ante una sucesión indivisa, no existiría problema práctico alguno, pues al fin y al cabo si decimos que la sucesión responde por el íntegro de la deuda, ya se trate de una obligación divisible y mancomunada, divisible y solidaria, indivisible y mancomunada o indivisible y solidaria, la sucesión

deberá afrontar el pago conforme a lo estipulado en el título constitutivo de dicha obligación.

Decimos que no representaría ningún problema, pues los acreedores podrían cobrar a la sucesión de la misma forma como hubiesen podido cobrar al causante, esto es exigiendo el pago a la única persona declarada heredera universal. Idéntica situación se plantearía si se tratara de un heredero universal instituido vía testamentaria.

En este caso, el hecho de que el causante solo haya dejado un heredero, hace que el problema pase prácticamente inadvertido. Sin embargo, hemos querido referirnos al mismo, para que el lector pueda apreciar la manera como el tema va a adquirir dificultad mayor cuando nos alejemos de este supuesto, el mismo que podría ser calificado como ideal o académicamente perfecto, en lo que concierne a una armónica relación entre el Derecho de Obligaciones y el Derecho Sucesorio.

21.2.3.2.2. Supuesto en el cual el deudor o un codeudor muere y deja más de un heredero

21.2.3.2.2.1. Si la obligación es divisible y mancomunada

21.2.3.2.2.1.1. Si se trata de una sucesión intestada

Nos encontramos en el caso en que un deudor o codeudor fallezca intestado y deje dos o más herederos. En este supuesto, desde el momento de la muerte del causante y hasta antes de que se produzca la división y partición de la masa hereditaria, la sucesión responderá por el íntegro de lo debido ante los acreedores.

Significa que mientras continúe el estado de indivisión de la masa hereditaria, resultará imposible que se aplique respecto de los herederos del deudor fallecido cualquier precepto relativo a la manera cómo se transmiten a los herederos las obligaciones de sujeto plural.

No se podría decir que cada uno de los herederos del deudor responde por el íntegro, pues el patrimonio de cada uno de ellos todavía no se ha visto integrado por ninguna parte concreta de la masa hereditaria. Mientras persista tal estado de indivisión, será la sucesión la que responda, tal como si el causante todavía estuviese vivo.

Si la sucesión indivisa pagara la deuda a los acreedores, no se presentaría problema alguno y en la medida que no existiesen más acreedores, los mencionados herederos podrían efectuar la división y partición de la herencia conforme lo considerasen más conveniente a sus intereses.

En la eventualidad de que la sucesión indivisa no hubiera honrado esta deuda o no se hubiese asegurado su pago, los acreedores tendrían el derecho de oponerse a que se efectúe la división y partición, en virtud de lo expresamente establecido por los artículos 875 y 876 del Código Civil:

Artículo 875.- El acreedor de la herencia puede oponerse a la partición y al pago o entrega de los legados mientras no se le satisfaga su deuda o se le asegure el pago.

La oposición se ejerce a través de demanda, o como tercero con interés en el proceso existente, de ser el caso. Las facultades procesales dependen de la naturaleza de su derecho.

También puede demandar la tutela preventiva de su derecho todavía no exigible. Esta pretensión se tramita como proceso abreviado.

Artículo 876.- Si no obstante la oposición prevista en el artículo 875 se procede a la partición, sin pagar la deuda ni asegurar su pago, la partición se reputará no hecha en cuanto se refiere a los derechos del oponente.

Y es que los acreedores de una sucesión siempre se verán resguardados por lo dispuesto para las deudas de la herencia (artículos 871 a 880), en especial por lo prescrito en los numerales 871 y 872.

El primero, el artículo 871, establece que mientras la herencia permanece indivisa, la obligación de pagar las deudas del causante gravita sobre la masa hereditaria; pero hecha la partición, cada uno de los herederos responde de esas deudas en proporción a su cuota hereditaria.

El segundo, el artículo 872, otorga una garantía adicional, en el sentido de que los acreedores del causante tienen preferencia respecto a los acreedores de los herederos para ser pagados con cargo a la masa hereditaria.

Ahora bien, ¿qué ocurriría si ninguno de los acreedores ejerciera su derecho a oponerse a la división y partición? En este caso tales acreedores, por descuido, inadvertencia o desconocimiento de las consecuencias de su omisión, podrían estar expuestos a determinadas situaciones, respecto del crédito, ciertamente no deseadas por ellos.

En principio, si los herederos hiciesen una división y partición de la deuda respetando estrictamente sus porcentajes en la sucesión, sería aplicable para las relaciones entre dichos herederos y sus acreedores, lo dispuesto en el artículo 1174 del Código Civil Peruano, norma que establece que

El beneficio de la división no puede ser opuesto por el heredero del deudor encargado de cumplir la prestación, por quien se encuentre en posesión de la cosa debida o por quien adquiere el bien que garantiza la obligación.

De dicha regla se infiere que el beneficio de la división sí puede ser opuesto por el heredero del deudor que no se encuentre comprendido en ninguno de los supuestos mencionados por la norma.

Entonces podemos afirmar que el régimen legal de una obligación divisible, en cuanto a los herederos del deudor (o de un codeudor), se regirá por el principio de la divisibilidad.

Idéntico razonamiento cabría formular en torno de las obligaciones mancomunadas, pues en virtud de lo dispuesto por el artículo 1182 del Código Civil, a esta clase de obligaciones se le aplican las normas de las obligaciones divisibles, uno de cuyos tres preceptos es el mencionado numeral 1174.

Lo expresado equivale a decir que una obligación divisible y mancomunada puede heredarse, luego de efectuada la división y partición, de manera divisible y mancomunada. Esto significa que cada uno de los herederos del deudor solo estaría obligado hasta por su parte o porcentaje en la herencia de su causante. Lo propio sería aplicable para los herederos de un codeudor, en el sentido que cada uno de ellos únicamente respondería por la parte proporcional de la partición que debía su causante.

Aquí estaríamos ante la situación ideal de que los herederos del deudor o codeudor hubieran efectuado una división y partición de la deuda de manera equivalente dentro del conjunto de la masa hereditaria.

El problema se presentaría en la eventualidad de que los herederos del deudor o codeudor hubieran procedido a efectuar una división y partición de manera distinta de la que idealmente les correspondía en virtud de sus respectivas acciones y derechos en la masa hereditaria. Así, bien podría ocurrir que hubieran decidido que solo algunos de ellos asumieran el pago de dicha deuda en porcentajes no equivalentes a su participación en la herencia, o hubieran acordado que uno solo de los herederos del deudor o codeudor asumiese el pago del íntegro de la deuda.

En estos casos, ello no significaría que el acreedor o los acreedores, a pesar de no haberse opuesto a que se efectúe la división y partición (por no haberseles pagado previamente), tuvieran que asumir las consecuencias de dicho convenio, en la medida que si bien es cierto que no se opusieron a que se efectuara la división y partición, en nada hubieran podido influir en los acuerdos adoptados por los herederos, ya que competía únicamente a ellos adoptar decisiones.

En efecto, la división y partición convencional es un acto de carácter contractual, y por eso le es aplicable el principio *res inter alios acta*, el mismo que tiene correlato legislativo en el artículo 1363 del Código Civil Peruano, precepto que establece que los contratos solo producen efectos entre las partes que los celebran y sus herederos, salvo casos de excepción.

De esta forma, si los porcentajes resultantes de la división y partición fuesen distintos que los que les correspondían en virtud de la ley para el pago de la deuda, el acreedor o los acreedores gozarían de dos opciones: respetar lo convenido por los herederos, si fuese favorable a sus intereses, procediendo a cobrarles conforme a los porcentajes que ellos mismos se asignaron para el pago, o cobrar a los herederos del deudor o codeudor, de conformidad a los porcentajes que tuvieran en la sucesión, e independientemente de lo que entre ellos hubieran convenido, pues los herederos del deudor no podrían vulnerar los principios contenidos en los artículos 1172 a 1174 del Código Civil, perjudicando derechos de terceros.

21.2.3.2.2.1.2. Si se trata de una sucesión testamentaria

El Código Civil Peruano regula la sucesión testamentaria en sus artículos 686 y siguientes.

En principio, la libertad de testar solo encuentra restricciones para el caso de la legítima y de la porción disponible (tema normado entre los numerales 723 y 733 del propio Código).

Como se sabe, la legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos (artículo 723); siendo tales los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge (artículo 724).

Quien tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de su patrimonio (artículo 725); mientras que aquel que tiene solo padres u otros ascendientes, puede disponer libremente hasta de la mitad de su patrimonio (artículo 726); en tanto que quien no tiene cónyuge ni parientes de los indicados en los artículos 725 y 726, tiene la libre disposición de la totalidad de su patrimonio.

Pero las normas relativas a la sucesión testamentaria y a la legítima no conllevan restricciones adicionales, lo que determina que el deudor o codeudor que otorgue testamento podría disponer que la división del pago de la deuda se haga de acuerdo con los porcentajes que le atribuya a cada uno de sus herederos en la sucesión, los que sobre la base de la porción disponible pueden ser diferentes a los que se determinarían en una sucesión intestada.

En la eventualidad de que el testador no cumpliera con los requisitos previstos en el párrafo anterior, los acreedores tendrían opción entre respetar la voluntad del testador, si no les causara perjuicio, o cobrar a cada uno de los herederos de acuerdo con los porcentajes que les correspondiese en la herencia.

Pero también podría ocurrir que el testador no hubiese asignado el pago de la deuda a uno o algunos de sus herederos, sino que simplemente la hubiera silenciado. En este caso, el tema se regiría íntegramente por idénticos principios que los que norman la materia en la sucesión intestada. Resulta claro, además, que los acreedores de la sucesión mantendrían sus derechos inalterables en relación con la referida deuda, mientras ella permaneciera indivisa.

Estas mismas consideraciones, aunque con consecuencias distintas en el caso de las obligaciones indivisibles, serían aplicables para los supuestos de las obligaciones divisibles y solidarias, indivisibles y mancomunadas e indivisibles y solidarias en los que el causante, habiendo otorgado testamento, no hubiera hecho referencia a la deuda materia de análisis.

Por otra parte, si el deudor causante hubiese efectuado división y partición testamentaria de la deuda, resulta evidente que el acreedor o los coacreedores no podrían oponerse a tal división y partición, pues la misma correspondería a un acto de ejercicio pleno de la libre voluntad del causante.

Es evidente, sin embargo, que dicha disposición testamentaria no podría oponerse a los acreedores, si ellos consideraran que de una forma u otra perjudica sus intereses.

Esta situación podría presentarse si la obligación fuese divisible y mancomunada o divisible y solidaria, supuesto este último que luego trataremos, y en el cual los acreedores podrían optar por respetar la división y partición de la deuda hecha por el causante, o cobrarla de manera divisible y mancomunada a todos los herederos.

Si la obligación fuese indivisible y mancomunada, ante una división y partición de la deuda, los acreedores tendrían la opción de cobrar de la manera dispuesta por el testador o de modo indivisible, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1177 del Código Civil.

Finalmente, si la obligación fuese indivisible y solidaria, en caso se produjera la división y partición de la deuda por parte del causante, los acreedores tendrían la opción de respetar su voluntad o cobrar el íntegro a cualquiera de los herederos del deudor, conforme a lo dispuesto por el mismo artículo 1177 citado.

21.2.3.2.2.2. Si la obligación es divisible y solidaria

21.2.3.2.2.2.1. Si se trata de una sucesión intestada

Si el deudor o codeudor falleciera intestado, dejando pluralidad de herederos, desde su muerte y hasta que se produzca la división y partición, la sucesión indivisa responderá frente a los acreedores por el íntegro de la deuda.

Si la sucesión indivisa no pagara la deuda, los acreedores tendrían derecho a oponerse a que se efectúe la división y partición, sobre la base de lo establecido en los numerales 875 y 876 del Código Civil.

En la eventualidad de que no hubieran ejercido el derecho a oponerse, por la razón que fuere, se podrían dar diferentes situaciones.

De acuerdo con lo establecido por el primer párrafo del artículo 1187 del Código Civil (precepto aplicable cuando una obligación solidaria es divisible), si muere uno de los deudores solidarios, la deuda se divide entre los herederos en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia.

Esto significa, en buena cuenta, que la solidaridad no se transmite a los herederos del deudor, a quienes la obligación pasa con carácter de mancomunada. En tal sentido, si la obligación divisible y solidaria se transmite a los herederos del deudor con carácter de divisible y mancomunada, el tema de la sucesión intestada se regirá por los mismos principios anotados cuando analizamos el punto 21.2.3.2.2.1.1.⁴⁸⁶

⁴⁸⁶ De la regla del artículo 1187 deducimos que la solidaridad no se hereda. Ello equivale a decir que si el causante se había obligado solidariamente, sus herederos no lo estarán solidaria sino mancomunadamente, pero por el íntegro de la prestación.

Como expresa el Doctor José León Barandiarán (LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comenta-*

rios al Código Civil Peruano. Obligaciones. Op. cit., Modalidades y Efectos, tomo II, pp. 156 y 157):

«La muerte de uno de los deudores no hace desaparecer la solidaridad respecto a todos los deudores. Pero la parte que corresponde al deudor fallecido se divide entre sus herederos, o sea, que no trasciende a ellos el efecto de la solidaridad. En esto se distingue la obligación solidaria de la indivisible, que por su misma naturaleza obliga a todos y cada uno de los herederos del deudor a cumplir íntegramente la prestación. Por eso el artículo 1217 (se refiere al Código Civil de 1936) advierte: 'salvo si la obligación fuese indivisible'.

Así pues, el acreedor puede demandar a cualquiera de sus deudores primitivos por la totalidad de la deuda, pues, como decíamos, la muerte de uno de ellos no hace desaparecer el carácter de solidaria de la obligación. Puede también demandar a todos los herederos, en conjunto, del primitivo deudor fallecido, por la totalidad de la deuda. O puede, en fin, demandar separadamente a cada uno, a cualquiera de dichos herederos, pero sólo por la parte que le corresponda al dividirse entre ellos el monto de la deuda que correspondía al causante. Esto es lo que quiere significar el artículo cuando habla de 'la cuota que le correspondiese en la herencia'. Si A es acreedor de B, C y D, deudores solidarios, por S/. 6,000, al fallecimiento de D, que deje como sus dos únicos herederos a E y F por partes viriles, puede A demandar a cualquiera de estos dos últimos, separadamente, pero sólo por la cantidad de S/. 3,000».

Hasta aquí las expresiones del maestro sanmarquino. Con relación a las mismas, debemos manifestar que coincidimos con ellas, estimando como valor entendido que la posibilidad de exigir a cada heredero del deudor o codeudor su parte respectiva, sólo resultaría aplicable en la medida que hubiese habido división y partición, sin que los acreedores de la sucesión se hayan opuesto a la misma para que se les pagara previamente.

Como decía Pothier, la solidaridad difiere de la indivisibilidad. Así como la indivisibilidad viene del hecho de que las personas se han obligado cada una por el total, la solidaridad es una cualidad personal que no impide que esta obligación solidaria se divida entre los herederos de cada uno de los deudores solidarios que la han contraído, y entre los herederos del acreedor para con quien ha sido contratada, lo que según Pothier fue dicho con suma energía por el propio Dumoulin.

De igual parecer es Huc (HUC, Théophile. *Op. cit.*, tomo VII, p. 485), cuando enseña que la obligación solidaria se debe dividir entre los diversos herederos del acreedor, de modo que cada uno de ellos pueda pedir solamente su parte en la deuda.

Justificando la diferencia que en el tratamiento sobre este tema reciben la solidaridad y la indivisibilidad, Huc señala que estriba en que la indivisibilidad resulta de cierta forma de la prestación a cumplir, la cual, ya sea a razón de su naturaleza o a razón de la relación en que se enfocó en la obligación, no es susceptible de cumplimiento parcial, por lo cual este carácter de la prestación no cambia después de la muerte del acreedor o después de la muerte del deudor, al continuar siendo el mismo su carácter, es decir indivisible.

21.2.3.2.2.2.2. *Si se trata de una sucesión testamentaria*

Se aplican a este caso los comentarios que hemos formulado en el numeral 21.2.3.2.2.1.2., vale decir los relativos a una obligación divisible y mancomunada, cuando muere el deudor o un codeudor dejando más de un heredero.

No obstante ello, estimamos necesario detenernos en el análisis de un supuesto de sumo interés, referido a este tema. Es el planteado por Giorgi,⁴⁸⁷ cuando se pregunta si quien se obliga en un contrato puede imponer la solidaridad a los herederos. Recuerda el maestro italiano que Colmet de Santerre y Boileux responden que no, en tan-

Por ello, la obligación indivisible no se dividirá ni entre los herederos del deudor ni entre los herederos del acreedor, de modo tal, que uno solo podrá demandar el total o uno solo estará obligado por el total. Esto, según Huc, porque la obligación no se dividirá pues hay algo que obstaculiza cualquier división: la naturaleza admitida y reconocida de la prestación a ejecutar. Pero Huc enseña que si la naturaleza de esta prestación se transforma, si se convierte en una prestación divisible —por ejemplo en una deuda de una cantidad de dinero—, nada se opondrá en adelante a que se produzca la división entre los diversos deudores.

El mismo parecer es compartido por Alfredo Barros Errázuriz (BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo. *Curso de Derecho Civil*. Vol. II. Santiago de Chile: Imprenta Cervantes, 1921, vol. II, pp. 160 y 161). Jorge Joaquín Llambías (LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, Obligaciones, tomo II-A, p. 555) también se adhiere a ese criterio.

Señala Héctor Lafaille (LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil, Op. cit.*, vol. I, tomo VI, pp. 237 y 238) que este temperamento es justo, aunque a primera vista desconcierte, pues la solidaridad se reduce a quienes fueron parte del acto jurídico o son responsables en virtud de la ley, razón por la cual faltaría base legal para imponer a los herederos el deber de cubrir la prestación más allá de la medida señalada. Pero agrega Lafaille que a veces, por comodidad de los interesados, estos designan a uno de ellos para que desempeñe el papel de exclusivo responsable, procedimiento que suele emplearse en las particiones, lo que no altera el anterior razonamiento. Concluye Lafaille que no habría aquí, por consiguiente, un efecto secundario de la solidaridad, ni en el régimen de los acreedores frente a los deudores ni en cuanto a las relaciones de cada grupo, pues los miembros que lo integran deben distribuirse proporcionalmente esos derechos o esas cargas.

⁴⁸⁷ GIORGI, Giorgio. *Op. cit.*, vol. I, pp. 197 y 198.

to que Demolombe y Laurent están por la opinión afirmativa, con la cual Giorgi se encuentra de acuerdo. En efecto, la regla de que el testador puede imponer la solidaridad a los herederos y a los legatarios demuestra que el principio de la división de las deudas hereditarias no es de orden público, sino que puede destruirse por la voluntad particular en contrario. Agrega Giorgi que se puede mencionar jurisprudencia confirmando su opinión, al recordar una sentencia de la Corte de Bruselas de 21 de abril de 1819, citada por Merlin, que decide, en efecto, que varios herederos de un deudor de renta perpetua venían obligados solidariamente al pago de la renta, porque se desprendía del contrato de constitución que los contratantes habían querido obligar solidariamente a los herederos; precisa que lo mismo repitió dicha Corte el 4 de marzo de 1824, en otra sentencia citada por Laurent; añade que los Tribunales italianos han confirmado después la doctrina de que las partes pueden, al constituir una enfiteusis, imponer a los herederos la solidaridad en el pago del canon.

21.2.3.2.2.3. Si la obligación es indivisible y mancomunada

21.2.3.2.2.3.1. Si se trata de una sucesión intestada

Si el deudor o codeudor fallece intestado, dejando dos o más herederos, estaremos ante una situación de indivisión y partición de la masa hereditaria, debiendo responder la sucesión frente a los acreedores por la totalidad de las deudas.

Si los herederos del deudor o codeudor desearan efectuar una división y partición sin pagar previamente la deuda, sus acreedores podrían oponerse a ello, en virtud de lo dispuesto por los artículos 875 y 876 del Código Civil.

En la eventualidad que ninguno de los acreedores se opusiese a la división y partición, ocurriría lo que seguidamente exponemos.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1177 del Código Civil, la indivisibilidad también opera respecto de los herederos del acreedor o del deudor.

Dadas así las cosas, no existiría una hipótesis idónea de división y partición respecto de la deuda materia de análisis.

Decimos esto porque en la eventualidad de que los herederos del deudor acordaran que la división y partición se realizara conforme a sus porcentajes de participación en la masa hereditaria, o incluso en el supuesto de que los herederos del deudor acordaran que la división y partición se realizara asignando solo a uno o a algunos de ellos el pago del íntegro de la deuda, estas estipulaciones no enervarían el derecho de los acreedores a cobrar el íntegro de la prestación a cualquiera de los herederos del deudor, incluyendo a aquellos a quienes no se les asignó el deber de honrar la deuda.

Y, obviamente, también resultaría aplicable al caso lo dispuesto por el artículo 1176 del Código Civil, en el sentido de que cualquiera de los acreedores podría exigir a cualquiera de los herederos del deudor la ejecución total de la obligación indivisible, supuesto en el cual el deudor quedaría liberado pagando conjuntamente a todos los acreedores o a alguno de ellos, si este último garantiza a los demás el reembolso de la parte que les corresponda en la obligación.

Ya decía Pothier⁴⁸⁸ que dada la naturaleza de la obligación indivisible, esta no es susceptible de cumplirse por partes, y al ser una cualidad real de la obligación, pasa con dicha cualidad a los herederos del deudor. Eduardo Busso⁴⁸⁹ es de la misma opinión. A decir de

⁴⁸⁸ POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, pp. 294 y 295.

⁴⁸⁹ BUSSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 575.

Alfredo Barros Errázuriz,⁴⁹⁰ la indivisibilidad pasa a los herederos, porque el obstáculo natural que se opone a la división de la deuda no desaparece por la muerte de un acreedor o de un deudor.

21.2.3.2.3. Si se trata de una sucesión testamentaria

En el caso de una sucesión testamentaria, si la obligación fuere indivisible y mancomunada y hubiese muerto el deudor o uno de los codeudores, nos encontraríamos en el mismo caso que se plantea en la sucesión intestada, pues los acreedores no quedarían obligados a respetar lo dispuesto en el testamento, ya que les asistiría el derecho de cobrar el íntegro de la prestación a cualquiera de los herederos del deudor de la manera expuesta en el acápite respectivo referente a la sucesión intestada.

Sin embargo, nada impediría a los acreedores aceptar la división y partición que hiciera el testador, atribuyendo a uno solo de los herederos la obligación de pagar la deuda, en la medida en que consideren a ese heredero plenamente solvente.

Otro supuesto de sucesión testamentaria sería aquel en el cual el testador hubiera omitido pronunciarse respecto de la deuda, caso en el cual, claro está, serían de aplicación las normas consignadas en los artículos 1176 y 1177 del Código Civil.

21.2.3.2.2.4. Si la obligación es indivisible y solidaria

21.2.3.2.2.4.1. Si se trata de una sucesión intestada

Si falleciera un deudor intestado, dejando pluralidad de herederos, naturalmente que se configuraría una situación de indivisión de la masa hereditaria, respondiendo la sucesión indivisa con todo su patrimonio ante los acreedores.

⁴⁹⁰ BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo. *Op. cit.*, vol. II, pp. 160 y 161.

En el supuesto que la sucesión indivisa no hubiese pagado la deuda, y los herederos del deudor intentaran efectuar una división y partición, sus acreedores podrían oponerse, amparándose en lo establecido por los artículos 875 y 876 del Código Civil.

Si ninguno de los acreedores se opusiese a dicha división y partición, los herederos podrían disponer lo que juzgaren conveniente. Esta división y partición, sin embargo, no resultaría oponible a los acreedores, en virtud del ya mencionado principio *res inter alios acta*.

Al tratarse de una obligación indivisible y solidaria, en virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil se aplicaría el artículo 1177 del mismo Código, en el que prevalece el principio de la indivisibilidad respecto a los herederos del deudor.

En el caso previsto no sería aplicable, por tratarse de una obligación que, además de indivisible, es solidaria, el artículo 1176 del Código Civil, sino el artículo 1185 del mismo Código, que prescribe lo siguiente:

Artículo 1185.- El deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, aun cuando hubiese sido demandado sólo por alguno.

Nada impediría, desde luego, en un plano teórico, que los acreedores aceptaran cobrar en los términos previstos por la división y partición.

Por lo demás, cabría la posibilidad de que los codeudores hubiesen realizado una división y partición omitiendo cualquier referencia a la deuda, caso en el cual serían aplicables los principios establecidos por el artículo 1177 del Código Civil.

21.2.3.2.2.4.2. Si se trata de una sucesión testamentaria

Hacemos de plena aplicación a este caso, *mutatis mutandis*, las expresiones que hemos vertido con ocasión del análisis realizado en el punto inmediatamente anterior, relativo al caso en el que fallece intestado un deudor o codeudor, dejando más de un heredero, y la obligación fuese indivisible y solidaria.

21.2.3.3. La obligación frente a la muerte del acreedor o de uno de los acreedores

El Derecho Sucesorio Peruano aborda en un solo precepto el tema de la partición de créditos materia de una sucesión, a través del numeral 863 del Código Civil, que establece lo siguiente: «Los créditos que constituyen parte del activo hereditario, se dividirán entre los herederos en proporción a la cuota que tienen en la herencia».

El tema parecería sencillo de ser relacionado con el Derecho de Obligaciones, si no se tuviera en cuenta que, como bien dice Guillermo Lohmann Luca de Tena,

El Código Peruano no contempla a diferencia de su similar Argentino, una norma como el artículo 3491 del Código de Vélez Sarsfield, que establece que «Cada uno de los herederos puede librarse de toda obligación pagando su parte en la deuda».

Como anota Lohmann, la figura planteada por el Código Argentino implica una división automática de la obligación divisible a cargo del causante, por efecto de su fallecimiento. A ello podríamos agregar que todo el régimen de la división de los créditos o deudas en el Código Civil Argentino, importa esa división automática, en tanto se trate de créditos o deudas divisibles.⁴⁹¹

⁴⁹¹ Así puede apreciarse de la lectura de los artículos 3485 a 3502 del Código de ese país, preceptos que transcribimos a continuación:

3485. Los créditos divisibles que hacen parte del activo hereditario, se dividen entre los herederos en proporción de la parte por la cual uno de ellos es llamado a la herencia.
3486. Desde la muerte del autor de la sucesión, cada heredero está autorizado para exigir, hasta la concurrencia de su parte hereditaria, el pago de los créditos a favor de la sucesión.
3487. Todo heredero puede ceder su parte en cada uno de los créditos de la herencia.
3488. El deudor de un crédito hereditario se libra en parte de su deuda personal, cuando paga a uno de los herederos la parte que éste tiene en su crédito.
3489. Los acreedores personales de uno de los herederos pueden embargar su parte en cada uno de los créditos hereditarios, y pedir que los deudores de esos créditos sean obligados a pagarlos hasta la concurrencia de esa parte.
3490. Si los acreedores no hubieren sido pagados, por cualquiera causa que sea, antes de la entrega a los herederos de sus partes hereditarias, las deudas del difunto se dividen y fraccionan en tantas deudas separadas cuantos herederos dejó, en la proporción de la parte de cada uno; háyase hecho la partición por cabeza o por estirpe, y sea el heredero beneficiario o sin beneficio de inventario.
3491. Cada uno de los herederos puede librarse de toda obligación pagando su parte en la deuda.
3492. Si muchos sucesores universales son condenados conjuntamente en esta calidad, cada uno de ellos será solamente considerado como condenado en proporción de su parte hereditaria.
3493. La interpelación hecha por los acreedores de la sucesión a uno de los herederos por el pago de la deuda, no interrumpe la prescripción respecto a los otros.
3494. La deuda que uno de los herederos tuviere a favor de la sucesión, lo mismo que los créditos que tuviere contra ella, no se extinguen por confusión, sino hasta la concurrencia de su parte hereditaria.
3495. La insolvencia de uno o de muchos de los herederos no grava a los otros, y los solventes no pueden ser perseguidos por la insolvencia de sus coherederos.
3496. Si uno de los herederos muere, la porción de la deuda que le era personal en la división de la herencia, se divide y se fracciona como todas las otras deudas personales entre sus herederos, en la porción que cada uno de ellos está llamado a la sucesión de este último.
3497. Si uno de los herederos ha sido cargado con el deber de pagar la deuda por el título constitutivo de ella, o por un título posterior, el acreedor autorizado a exigirle el pago, conserva su acción contra los otros herederos para ser pagado según sus porciones hereditarias.
3498. Cada heredero está obligado respecto de los acreedores de la herencia, por la deuda con que ella está gravada, en proporción de su parte hereditaria, aunque por la partición no hubiese en realidad recibido sino una fracción inferior a esta parte, salvo sus derechos contra sus coherederos.
3499. Los legatarios de una parte determinada de la sucesión están obligados al pago

Debemos dejar en claro que el carácter automático de la división de los créditos se plantea en el Código Argentino desde la primera de las normas del Capítulo IV de la Sección I, De la División de la Herencia, del Libro IV De las Sucesiones, en el precepto que volvemos a transcribir (artículo 3485): «Los créditos divisibles que hacen parte del activo hereditario, se dividen entre los herederos en proporción de la parte por la cual uno de ellos es llamado a la herencia».

Todo ello, como bien lo señala Lohmann, difiere substantivamente del régimen legal peruano, ya que dentro del Derecho Sucesorio nacional no se produce una automática división de los créditos o deudas del causante, en relación con los herederos, sino que ello tendría que resultar de una división y partición de la masa hereditaria.

Lo que será materia de análisis es si el numeral 863 del Código Peruano tiene carácter imperativo, cuando dispone que los créditos que constituyen parte del activo hereditario «se dividirán» entre los herederos en proporción a la cuota que tienen en la herencia.

En virtud a lo previsto por el artículo 660 del Código Civil Peruano, desde el momento de la muerte de una persona se transmite a

de las deudas en proporción a lo recibieren. Los acreedores pueden también exigirles lo que les corresponde en el crédito, o dirigirse sólo contra los herederos. Estos tendrán recurso contra los legatarios por la parte en razón de la cual están obligados a contribuir a satisfacer las deudas de la sucesión.

3500. Los herederos, para sustraerse a las consecuencias de la insolvencia de los legatarios, pueden exigir de ellos el pago inmediato de la parte con que deban contribuir a satisfacer las deudas de la sucesión.

3501. Los legatarios de objetos particulares o de sumas determinadas de dinero, sólo son responsables de las deudas de la herencia, cuando los bienes de ésta no alcanzasen; y lo serán entonces por todo el valor que recibieren, contribuyendo entre ellos en proporción de cada legado.

3502. El coheredero acreedor del difunto puede reclamar de los otros el pago de su crédito, deducida su parte proporcional como tal heredero.

sus herederos su patrimonio hereditario, el mismo que está compuesto por los bienes, derechos y obligaciones.

Como es evidente, los herederos pueden aceptar o renunciar a la herencia. De acuerdo con el artículo 672, la aceptación expresa puede constar en instrumento público o privado y la aceptación tácita se genera si el heredero entra en posesión de la herencia o practica otros actos que demuestran de manera indubitable su voluntad de aceptar.

Dice el artículo 844 del Código Civil que si a la muerte del causante este deja varios herederos, cada uno de ellos es copropietario de los bienes de la herencia, en proporción a la cuota que tenga derecho a heredar. Pero, a nuestro entender, la norma omite inadvertidamente hacer referencia a los derechos de crédito y a las deudas que forman parte de la masa hereditaria. Nos parece evidente que dentro del régimen legal peruano la situación de indivisión no solo se extiende a los bienes materia de la herencia, sino también a los derechos de crédito y a las deudas, por inferirse así del citado artículo 660.

De ello se deduce que el estado de indivisión hereditaria a que alude el artículo 845, hace de aplicación al tema —en lo no previsto por el Derecho de Sucesiones— las normas relativas a copropiedad, las que no solo se refieren a los bienes, sino a todo el patrimonio como universalidad. Así, mientras subsista el estado de indivisión, seguirá rigiendo lo previsto por el numeral 851, al disponer que la herencia será administrada por el albacea o por el apoderado común nombrado por todos los herederos o por un administrador judicial.

En principio, el estado de indivisión sucesoria no facilita adoptar decisiones respecto de actos de disposición (para los que se requiere unanimidad) o de administración (que exigen mayoría absoluta de porciones hereditarias). Por ello, el Derecho auspicia la división y partición de la masa hereditaria, conforme a las normas previstas por los artículos 852 y siguientes.

La división y partición, en cuanto a los bienes se refiere, no constituye objeto de nuestro análisis. La división y partición de las deudas ya ha sido materia de este estudio.

Ahora corresponde ocuparnos del régimen de la división y partición de créditos en sede sucesoria.

Entendemos que para efectos de una división y partición convencional —en torno a los créditos de la sucesión—, la regla es la libertad absoluta, pudiendo acordar los coherederos aquello que consideren más conveniente a sus intereses, siempre y cuando no afecten derechos de terceros.

Pero el ya citado artículo 863 del Código Civil, que establece que los créditos que constituyen parte del activo hereditario, se dividirán entre los herederos en proporción a la cuota que tienen en la herencia, no solo es un precepto de carácter meramente dispositivo, sino que resulta confuso e inútil, ya que, como antes lo expresamos, los herederos podrían proceder como mejor les convenga respecto de la división y partición de los créditos de la sucesión, pues la resolución que adopten, que estaría referida únicamente al cobro de las deudas, en nada afectaría a los deudores de la sucesión.

En el Derecho Peruano los herederos del causante no podrían hacer efectivos —salvo para integrarlos a la masa hereditaria— los créditos de la sucesión, si anteladamente no se hubieran pagado todas las deudas de la herencia. En tal sentido, el Capítulo relativo a las deudas de la sucesión, deja ello claramente establecido en los artículos 871 y siguientes del Código Civil, pues mientras la herencia permanece indivisa las deudas del causante gravitan sobre la masa hereditaria.

A lo señalado, hay que agregar un argumento que aleja que se interpreten en el mismo sentido el artículo 863 del Código nacional y el artículo 3485 del Código Argentino. El artículo 863, a diferencia

de su correspondiente argentino (el 3485), no está redactado en tiempo presente, pues no expresa que los créditos divisibles que hacen parte del activo hereditario «se dividen» entre los herederos, sino él dispone que «se dividirán» entre los herederos en proporción a la cuota que tienen en la herencia.

Resulta de singular importancia que la norma peruana se encuentre redactada en tiempo futuro, y no en tiempo presente, pues este argumento abona el criterio razonable de que la división de los créditos no se produce al tiempo de la muerte del causante, sino cuando se efectúa la división y partición de la masa hereditaria, momento en el que recién cabría un pacto distinto.

Por otra parte, si se pensara por un instante en la eventualidad de aplicar el artículo 863 antes de que se produjera la división y partición de la masa hereditaria, podría incurriarse en el absurdo de que los activos de la sucesión, que obviamente no incluirían los créditos «ya cobrados de manera directa por los herederos del causante», no alcanzarían para pagar los pasivos de la herencia.

Significaría ubicarnos en la insólita hipótesis de que los herederos del causante pudieran cobrar automáticamente los créditos que integran parte del activo hereditario, en proporción a su cuota en la herencia, sin necesidad de preocuparse por pagar las deudas de la propia sucesión, lo que legalizaría una situación claramente fraudulenta en perjuicio de los acreedores de la herencia. Por lo demás, tal interpretación vulneraría los preceptos imperativos consignados en los artículos 871 y siguientes del Código Civil. La cobranza de los créditos solo puede efectuarse para integrar su importe a la masa sucesoria.

En adición, conviene señalar que la sistemática del artículo 863 refuerza el argumento de que el mismo no resulta susceptible de ser aplicado inmediatamente después de producida la muerte del causante, sino en el proceso de división y partición, ya que el citado nume-

ral forma parte del Capítulo Segundo, relativo, precisamente, a la partición de la masa hereditaria (artículos 852 a 868), ubicado luego del Capítulo Primero, referido a la indivisión de la masa hereditaria, integrando ambos el Título II sobre indivisión y partición.

Por otra parte, dado que con frecuencia los herederos mantienen la sucesión indivisa durante un tiempo considerable, pues son usuales las dificultades destinadas a efectuar una división y partición, es claro que dichos herederos no proceden a adjudicarse créditos hereditarios para recién cobrarlos después de efectuada la división y partición. Resulta común, por ello, que la sucesión indivisa haga efectivos dichos créditos de los deudores a quienes corresponda pagarlos. Es muy probable, por tal razón, que solo queden como pendientes aquellos créditos cobrados, pero no pagados, o aquellos cuyo plazo para el pago aun no hubiese vencido.

Además, cabe recordar que el artículo 863 del Código vigente carece de correlato alguno en el Código Civil de 1936, el mismo que no incluyó norma similar, situación que hace difícil percibir la intención del legislador de 1984. Sin embargo, indagar sobre tal intención resulta indiferente ante los argumentos que abonan la interpretación sobre la que venimos haciendo fe.

Al reiterar que el artículo 863 no tiene carácter imperativo, equivale a decir que no existiría impedimento alguno para que al momento de la división y partición de la masa hereditaria, los herederos pudiesen asumir los créditos de la herencia en porcentajes distintos a los de sus respectivas cuotas. No olvidemos que el artículo mencionado, al tener carácter dispositivo, es una norma supletoria de la autonomía de la voluntad. Así, los coherederos podrían dividirse los créditos como mejor les parezca, pues a nadie perjudicarían (a diferencia de lo que ocurre con las deudas de la herencia).

Dentro de tal orden de ideas, estimamos que en el Derecho Sucesorio carece de sentido una norma como el artículo 863, el mismo que constituye una irrelevante demasía.

En conclusión, los coherederos gozan de la más absoluta libertad para proceder a la división y partición del crédito de la herencia, en la forma que lo juzguen conveniente.

Así, los herederos podrían dividirse el crédito en porcentajes distintos de sus participaciones en la sucesión, o asignarlo solo a algunos de los herederos, o asignarlo exclusivamente a uno de ellos. Lo anterior solo determinaría la forma como el titular o titulares del crédito estarían facultados para cobrarlo.

No obstante, lo señalado no afecta, en lo absoluto, los derechos del deudor o codeudores de dicha obligación, porque los acreedores herederos han ejercitado legítimamente la autonomía de su voluntad.

Así las cosas, cabría preguntarse cómo o cuándo serían aplicables para los herederos del acreedor o de uno de los acreedores los principios del Derecho de Obligaciones, específicamente los numerales 1174, 1177 y 1187.

Su aplicación práctica solo se podría presentar de manera supletoria a la voluntad de los herederos del acreedor o coacreedor que hubiera fallecido, si dichos herederos no disponen algo distinto en la división y partición del crédito o simplemente omiten pronunciarse sobre la acreencia.

Los artículos del Derecho de Obligaciones también resultarían aplicables si, tratándose de una sucesión testamentaria, el acreedor o coacreedor causante simplemente no se hubiera pronunciado en su testamento sobre la acreencia.

Ello, en razón de que existiría indivisión respecto del crédito. En tal sentido, los deudores deberían proceder de igual forma como si el

acreedor o coacreedor no hubiera muerto, entendido esto respecto al crédito indiviso. De esta forma, la sucesión podría cobrar a los deudores conforme lo establezca el título constitutivo de la obligación.

Por lo demás, resulta evidente que los deudores de la sucesión no se verían perjudicados al respecto, pues deberán pagar en la forma convenida con el causante.

21.2.3.3.1. Si la obligación es divisible y mancomunada

Si una obligación es divisible y mancomunada, en ausencia de pacto distinto de los herederos del acreedor o de disposición testamentaria diferente, ella pasaría a los herederos del acreedor como divisible y mancomunada, vale decir, lo haría en la misma condición en que se había contraído.

Sería el caso de un acreedor que tuviera dos deudores obligados al pago de la suma de 40,000.00 nuevos soles. Si el acreedor muriese y dejase dos herederos (sus dos únicos hijos, por ejemplo), cada uno de ellos tendría derecho a cobrar a cada deudor la suma de 10,000.00 nuevos soles, es decir un total de 20,000.00 nuevos soles, en la medida en que heredasen en iguales porcentajes. Si uno de los hijos hereda el 60% y el otro el 40%, el primero cobraría un total de 24,000.00 nuevos soles y el segundo 16,000.00 nuevos soles.

21.2.3.3.2. Si la obligación es divisible y solidaria

Siempre en el supuesto de ausencia de pacto diferente entre los herederos del acreedor o de disposición testamentaria en sentido diverso, si la obligación fuese divisible y solidaria, pasaría a los herederos del acreedor como divisible y mancomunada, pues la divisibilidad se hereda como tal y la solidaridad no.

21.2.3.3.3. Si la obligación es indivisible y mancomunada

En el mismo entendido del punto precedente, si la obligación fuera indivisible y mancomunada, se heredaría en aquella condición, esto es como indivisible, lo que equivale a decir que cada heredero sería acreedor por el íntegro de la prestación.

21.2.3.3.4. Si la obligación es indivisible y solidaria

Y, por último, si la obligación fuese indivisible y solidaria, y en el mismo presupuesto de los tres acápites anteriores, la acreencia pasaría a los herederos del causante como indivisible y mancomunada, aplicándose las reglas de la indivisibilidad (en virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil y su referido el artículo 1177 del mismo Código).

Esta situación legal obedece fundamentalmente a la naturaleza jurídica de la indivisibilidad, la que determina que no hay otra solución viable. Tal situación también se presentaría, desde luego, en el caso de la indivisibilidad ficticia, esto es de la constituida por pacto.

En el supuesto de una obligación indivisible y solidaria, y tal como antes lo señalamos, la indivisibilidad se heredaría y la solidaridad no. Y al no heredarse la solidaridad, la obligación pasaría, por este efecto, como mancomunada, razón por la cual, al resultar aplicables las reglas de la divisibilidad a las obligaciones mancomunadas, tendríamos la concurrencia de los principios de las obligaciones indivisibles y divisibles. Pero, como resulta evidente, tal concurrencia de ambas categorías sería incompatible y por ello prevalecen las normas de la indivisibilidad.

De ahí que en el caso de la solidaridad —donde sí existe alternativa, puesto que dicho carácter no está referido al objeto, sino a la forma como se han obligado las partes entre sí y respecto de la contraparte— el Código resuelve en sentido inverso.

21.2.4. Conclusión

Como vemos, de lo expuesto se deduce que el tema analizado no ofrece, necesariamente, soluciones pacíficas y que es imprescindible efectuar una aplicación razonada e interdisciplinaria de los principios que informan tanto al Derecho Sucesorio como al Derecho de Obligaciones.

Resulta sumamente claro, dentro de la lógica del ordenamiento jurídico peruano, que tanto los créditos como las deudas de una persona se regirán conforme a lo dispuesto en el título constitutivo de la obligación. Sin embargo, la situación plantea diversos matices cuando se inicia el proceso sucesorio, vale decir a la muerte del causante.

En virtud de los principios legales vigentes en nuestro país, de la lógica y de la razón, a la muerte de una persona su patrimonio se encuentra en situación de indivisión, lo que equivale a decir que estamos en presencia de una masa hereditaria indivisa, de la cual son titulares, en tal condición, todos los herederos del causante.

Esa masa hereditaria es un patrimonio autónomo, respondiendo, en su integridad, por todas las deudas que se mantuvieran respecto de terceros acreedores, quienes gozan del derecho de oponerse a que los herederos procedan a efectuar una división y partición, en tanto no se hubieran pagado las deudas de la herencia. Ello, en virtud de lo dispuesto esencialmente por los artículos 871, 872, 875 y 876 del Código Civil.

Así, una deuda hereditaria solo podría ser materia de división y partición en caso de que los acreedores de la herencia no se hubieran opuesto a ello.

De ser este el caso, los coherederos podrían efectuar la división y partición de la deuda conforme lo estimaran conveniente a sus intereses. Lo que no podrían lograr es imponer a los acreedores el contenido de ese acuerdo, si estos lo objetaran.

Ante esa situación, los acreedores podrían cobrar, a su elección, conforme al título constitutivo de la acreencia o de acuerdo con lo pactado en la división y partición.

Similares consideraciones en torno a los derechos de los acreedores serían aplicables en el supuesto de que se tratara de una sucesión testamentaria, respecto de aquello que hubiera dispuesto el causante (deudor o codeudor) en lo relativo a la deuda y sus diversos herederos.

En este caso, los acreedores del deudor no gozan de derecho alguno para alterar o influir sobre la voluntad del testador, siendo evidente que si dicho testador, a pesar de haber otorgado testamento, no hubiese hecho referencia a las deudas, regirían aquí similares principios que los que inspiran el tema en la sucesión intestada.

Si el deudor causante hubiera hecho división y partición asignando el pago de la deuda por parte de uno de sus herederos, resulta evidente que esa disposición testamentaria, si bien no podría ser objetada por los acreedores, estos gozarían de la opción entre cobrar su crédito conforme a lo dispuesto por el testador o, si tal situación no les resultara conveniente, hacerlo conforme lo dispone el Derecho de Obligaciones. Si la obligación fuese divisible y mancomunada, podrían cobrar de manera divisible, al igual que si fuese divisible y solidaria; si fuera indivisible y solidaria podrían cobrar de manera indivisible; y, por último, si la obligación fuese indivisible y mancomunada, podrían cobrar de manera indivisible.

Por otra parte, en lo que atañe al aspecto activo de la obligación, no resultaría factible que cada heredero (mediando indivisión) pudiera cobrar (de acuerdo con su participación porcentual en la masa hereditaria) los créditos de la herencia. La cobranza solo podría efectuarse, antes de pagados los pasivos, para incorporar su monto a la masa indivisa.

Por lo demás, el principio de división de los créditos hereditarios de manera proporcional a las participaciones en la herencia (enunciado por el artículo 863 del Código Civil Peruano) no constituye norma imperativa, sino tan solo dispositiva, y en ningún caso podría vulnerar derecho alguno de los acreedores de la sucesión.

De lo expuesto debe concluirse que los principios del Derecho de Obligaciones en torno del tema tratado deben concordarse con los del Derecho Sucesorio, buscando una interpretación orgánica y armoniosa, en plena consonancia con el orden público y en pleno resguardo de los intereses de los acreedores, deudores y terceros vinculados por la relación obligacional.

21.2.5. Consideraciones generales sobre las cláusulas penales y las obligaciones con pluralidad de sujeto

Después de estudiar, como lo hemos venido haciendo, la cláusula penal en los supuestos en que los sujetos de la obligación no son más que dos, acreedor y deudor, ahora debemos ingresar al análisis de los casos de pluralidad de deudores, de acreedores o de ambos a la vez.

La existencia de pluralidad de deudores y acreedores origina problemas interpretativos en las obligaciones con cláusula penal, cuando entre la prestación principal y la de la cláusula hay diferencia de naturaleza, es decir, cuando una prestación es divisible y la otra indivisible o viceversa, y también cuando una obligación es solidaria y la otra no lo es (es decir, es mancomunada). Por ejemplo, la obligación de entregar un auto o, en su defecto, pagar una pena convencional de mil dólares, habiendo pluralidad de deudores o acreedores.

En el Derecho Romano y en el Derecho Francés, si hay diferencias de naturaleza entre las prestaciones de la obligación principal y las de la cláusula penal, se resuelven ateniéndose a la naturaleza de la obligación principal: si esta es indivisible, se aplican los principios de la indivisibilidad; y si, por el contrario, es divisible, se aplican los

principios de la divisibilidad, prescindiéndose de la naturaleza de la prestación de la cláusula penal.

No ocurre lo mismo en nuestro Derecho, donde se tiene en cuenta la naturaleza de la pena.

En este sentido, la solución del Código Civil Peruano al problema de la divisibilidad e indivisibilidad de la obligación de la cláusula penal, a que se refieren los artículos 1347⁴⁹² y 1348,⁴⁹³ constituye, simplemente, una aplicación de las normas del propio Código relativas a las obligaciones divisibles e indivisibles (artículos 1172 y siguientes, analizados en su oportunidad).

⁴⁹² El artículo 1347 del Código Civil prescribe lo siguiente: «Cada uno de los deudores o de los herederos del deudor está obligado a satisfacer la pena en proporción a su parte, siempre que la cláusula penal sea divisible, aunque la obligación sea indivisible».

- Fuentes nacionales del artículo 1347

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, regulaba el tema en sus artículos 826: «Cuando la obligación primitiva contraída con cláusula penal es de una cosa indivisible, la pena corre por la contravención de uno solo de los herederos del deudor; y puede exigirse de éste en su totalidad, o de cada uno de los otros según su porción o parte, e hipotecariamente en el todo, quedando a salvo sus derechos contra el causante de la pena»; y 827: «Cuando la obligación contraída bajo de una pena es divisible, y alguno de los herederos del deudor falta a ella, la pena corre sólo para éste, y únicamente por la parte que le corresponde, sin que haya acción contra los que han cumplido. Esta regla tiene su excepción en el caso en que, habiéndose puesto la cláusula penal con el objeto de que la paga no pueda hacerse parcialmente, uno de los herederos impide el cumplimiento de la obligación en su totalidad, en cuyo caso toda la pena puede exigirse de él y de los otros a proporción de sus partes, quedando a salvo sus recursos»; en tanto que el Código Civil de 1852, no tocaba el punto.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890, trataba sobre el particular en su artículo 1578: «Sea divisible, o indivisible la obligación, si no hay solidaridad, cada codeudor, o cada heredero de un deudor cualquiera, no tiene responsabilidad, por razón de la pena, sino en proporción a la parte que le toque en la obligación, siempre que la pena sea divisible»; en tanto que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, ela-

borado por el Doctor Manuel Augusto Olacchia, de 1925, lo hacía en el artículo 188: «Sea divisible o indivisible la obligación principal, cada uno de los codeudores o de los herederos del deudor, no incurrirá en la pena sino en proporción a su parte, siempre que sea divisible la obligación de la cláusula penal»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, en el artículo 179: «Sea divisible o indivisible la obligación principal, cada uno de los codeudores o de los herederos del deudor, no incurrirá en la pena sino en proporción a su parte, siempre que sea divisible la obligación de la cláusula penal»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, en el artículo 1219: «Sea divisible o indivisible la obligación principal, cada uno de los codeudores o de los herederos del deudor, no incurrirá en la pena sino en proporción a su parte, siempre que sea divisible la obligación de la cláusula penal»; y, finalmente, el Código Civil de 1936, en el artículo 1228: «Sea divisible o indivisible la obligación principal, cada uno de los codeudores o de los herederos del deudor, no incurrirá en la pena sino en proporción a su parte, siempre que sea divisible la obligación de la cláusula penal».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, abordaba el tema en el artículo 78: «Sea divisible o indivisible la obligación principal, ninguno de los codeudores o de los herederos del deudor incurrirá en la pena sino en proporción a su parte, siempre que sea divisible la obligación de la cláusula penal»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 203: «Sea la obligación divisible o indivisible, cada uno de los deudores o de los herederos del deudor sólo está obligado a satisfacer la pena en proporción a su parte, siempre que la cláusula penal sea divisible»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1366: «Sea la obligación divisible o indivisible, cada uno de los deudores o de los herederos del deudor sólo estará obligado a satisfacer la pena en proporción a su parte, siempre que la cláusula penal sea divisible»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el numeral 1314: «Cada uno de los deudores o de los herederos del deudor está obligado a satisfacer la pena en proporción a su parte, siempre que la cláusula penal sea divisible, aunque la obligación sea indivisible».

- Fuentes y concordancias extranjeras

Concuerdan con el artículo 1347 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Chileno (artículo 1540), Boliviano de 1831 (artículo 823), Venezolano de 1942 (artículo 1262), Venezolano de 1880 (artículo 1161), Argentino (artículo 661) y Paraguayo de 1987 (artículo 461, 2º párrafo), el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 414) y el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 169).

Debemos mencionar que el Código Civil Uruguayo (artículo 1373) establece que cuando se incumple la obligación primitiva con cláusula penal, sólo se incurre en la pena por aquel de los herederos del deudor que contraviniera a la obligación, y solo

por la parte que le toca en la obligación, sin que haya acción contra los que han cumplido.

⁴⁹³ El artículo 1348 del Código Civil dispone lo siguiente: «Si la cláusula penal es indivisible, cada uno de los deudores y de sus herederos queda obligado a satisfacer íntegramente la pena».

- Fuentes nacionales del artículo 1348

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, trataba el tema en su artículo 827: «Cuando la obligación contraída bajo de una pena es divisible, y alguno de los herederos del deudor falta a ella, la pena corre sólo para éste, y únicamente por la parte que le corresponde, sin que haya acción contra los que han cumplido. Esta regla tiene su excepción en el caso en que, habiéndose puesto la cláusula penal con el objeto de que la paga no pueda hacerse parcialmente, uno de los herederos impide el cumplimiento de la obligación en su totalidad, en cuyo caso toda la pena puede exigirse de él y de los otros a proporción de sus partes, quedando a salvo sus recursos»; en tanto que el Código Civil de 1852, no registraba antecedentes, al igual que el Proyecto de Código Civil de 1890.

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olacoea, de 1925, abordaba el particular en sus artículos 189: «Si la obligación de la cláusula penal fuere indivisible, o si fuere solidaria aunque divisible, cada uno de los codeudores, o de los coherederos del deudor, queda obligado a satisfacer la pena entera»; y 190: «Los codeudores que no sean culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquel que dio lugar a la aplicación de la pena»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, en los numerales 180: «Si la obligación de la cláusula penal fuere indivisible, o si fuere solidaria aunque divisible, cada uno de los codeudores, o de los coherederos del deudor, queda obligado a satisfacer la pena entera»; y 181: «Los codeudores que no sean culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquel que dio lugar a la aplicación de la pena»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, en el artículo 1220: «Si la obligación de la cláusula penal fuese indivisible, cada uno de los codeudores y de sus herederos queda obligado a satisfacer la pena entera.- Si fuese solidaria pero divisible, cada uno de los herederos del deudor queda obligado en proporción a su cuota en la herencia; pero todos los herederos reunidos serán considerados como un solo deudor solidario en relación con los otros codeudores»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1229: «Si la obligación de la cláusula penal fuese indivisible, cada uno de los codeudores y de sus herederos queda obligado a satisfacer la pena entera.- Si fuese solidaria, pero divisible, cada uno de los herederos del deudor queda obligado en proporción a su cuota en la herencia; pero todos los herederos reunidos serán considerados como un solo deudor solidario en relación con los otros codeudores».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia

Por tanto, resulta indiferente que la obligación principal sea divisible o indivisible; lo que interesa es determinar la divisibilidad o indivisibilidad de la cláusula penal.

Así, si la cláusula penal es divisible, cada uno de los codeudores o de los herederos del deudor no incurrirá en la pena sino en proporción a su parte (artículo 1347 del Código Civil). El principio es el mismo que inspira los artículos 1172 y 1173 del Código Civil, relativos a las obligaciones divisibles.

del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, se pronunciaba sobre este punto en su artículo 79: «Si la obligación de la cláusula penal fuese indivisible, cada uno de los codeudores y de sus herederos queda obligado a satisfacer la pena entera.- Si fuese solidaria pero divisible, cada uno de los herederos del deudor queda obligado en proporción a su cuota en la herencia; pero todos los herederos reunidos serán considerados como un solo deudor solidario en relación con los otros codeudores»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 204: «Si la cláusula penal fuese indivisible, cada uno de los deudores y de sus herederos quedará obligado a satisfacer íntegramente la pena»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1367: «Si la cláusula penal fuese indivisible, cada uno de los deudores y de sus herederos quedará obligado a satisfacer íntegramente la pena»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1315: «Si la cláusula penal es indivisible, cada uno de los deudores y de sus herederos queda obligado a satisfacer íntegramente la pena».

- Fuentes y concordancias extranjeras

Concuerdan con el artículo 1348 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Venezolano de 1880 (artículo 1160), Venezolano de 1942 (artículo 1261), Boliviano de 1831 (artículo 824), Uruguayo (artículo 1371), Paraguayo de 1987 (artículo 460) y Argentino (artículo 662).

Por su parte, el Proyecto Franco-Italiano de Código de las Obligaciones y los Contratos de 1927 se conduce de manera distinta, al regular la cláusula penal en disposiciones como el artículo 168, el cual —distando de nuestro Código Civil—, no contempla a los herederos como supuesto de la norma.

De otro lado, debe señalarse que el Código Venezolano de 1880 (artículo 1161) y el citado Código Venezolano de 1942 (artículo 1261) establecen que cuando la obligación principal contraída con cláusula penal es indivisible, se incurre en la pena, por contravención de uno solo de los herederos del deudor; y puede demandársela, ya íntegramente al contraventor, ya a cada heredero por su parte correspondiente, salvo siempre el recurso contra aquél por cuyo hecho se ha incurrido en la pena.

Si la cláusula penal es indivisible, cada uno de los codeudores y de sus herederos quedará obligado a satisfacer la pena entera (artículo 1348 del Código Civil). Este principio también se encuentra consagrado por el artículo 1176 del mismo Código, relativo a las obligaciones indivisibles.

En estos casos, sin embargo, los codeudores que no sean culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquel que dio lugar a la aplicación de la pena (argumento del artículo 1350 del Código Civil Peruano).

Reglas similares funcionan en la mancomunidad y solidaridad de la cláusula penal. Si la obligación de la cláusula penal es mancomunada, cada deudor responderá únicamente por su parte (artículo 1182 del Código Civil).

Si la obligación de la cláusula penal es solidaria, cada uno de los codeudores responderá por el íntegro (artículo 1349⁴⁹⁴ del Código

⁴⁹⁴ El artículo 1349 del Código Civil establece lo siguiente: «Si la cláusula penal fuese solidaria, pero divisible, cada uno de los deudores queda obligado a satisfacerla íntegramente.

En caso de muerte de un codeudor, la penalidad se divide entre sus herederos en proporción a las participaciones que les corresponda en la herencia».

- Fuentes nacionales del artículo 1349

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, trataba el tema en su artículo 827: «Cuando la obligación contraída bajo de una pena es divisible, y alguno de los herederos del deudor falta a ella, la pena corre sólo para éste, y únicamente por la parte que le corresponde, sin que haya acción contra los que han cumplido. Esta regla tiene su excepción en el caso en que, habiéndose puesto la cláusula penal con el objeto de que la paga no pueda hacerse parcialmente, uno de los herederos impide el cumplimiento de la obligación en su totalidad, en cuyo caso toda la pena puede exigirse de él y de los otros a proporción de sus partes, quedando a salvo sus recursos»; en tanto que el Código Civil de 1852 no tocaba el tema.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890, abordaba el punto en su artículo 1578: «Sea divisible, o indivisible la obligación, si no hay solidaridad, cada codeudor, o cada heredero de un deudor cualquiera, no tiene responsabilidad, por razón de la pena, sino en proporción a la parte que le toque en la obligación, siempre que la pena sea divisible»; en tanto que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925, lo hacía en el artículo 189: «Si la obligación de la cláusula penal fuere indivisible, o si fuere solidaria aunque divisible, cada uno de los codeudores, o de los coherederos del deudor, queda obligado a satisfacer la pena entera»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, en el artículo 180: «Si la obligación de la cláusula penal fuere indivisible, o si fuere solidaria aunque divisible, cada uno de los codeudores, o de los coherederos del deudor, queda obligado a satisfacer la pena entera»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, en el artículo 1220: «Si la obligación de la cláusula penal fuere indivisible, cada uno de los codeudores y de sus herederos queda obligado a satisfacer la pena entera.- Si fuere solidaria pero divisible, cada uno de los herederos del deudor queda obligado en proporción a su cuota en la herencia; pero todos los herederos reunidos serán considerados como un solo deudor solidario en relación con los otros codeudores»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1229: «Si la obligación de la cláusula penal fuere indivisible, cada uno de los codeudores y de sus herederos queda obligado a satisfacer la pena entera.- Si fuere solidaria pero divisible, cada uno de los herederos del deudor queda obligado en proporción a su cuota en la herencia; pero todos los herederos reunidos serán considerados como un solo deudor solidario en relación con los otros codeudores».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, tocaba el tema en su artículo 79: «Si la obligación de la cláusula penal fuere indivisible, cada uno de los codeudores y de sus herederos queda obligado a satisfacer la pena entera.- Si fuere solidaria pero divisible, cada uno de los herederos del deudor queda obligado en proporción a su cuota en la herencia; pero todos los herederos reunidos serán considerados como un solo deudor solidario en relación con los otros codeudores»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 205: «Si la cláusula penal fuere solidaria, pero divisible, cada uno de los deudores queda obligado a satisfacerla íntegramente.- En caso de fallecimiento de un codeudor, la penalidad se divide entre sus herederos en proporción a las participaciones que les corresponda en la herencia»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1368: «Si la cláusula penal fuere solidaria, pero divisible, cada uno de los deudores queda obligado a satisfacerla íntegramente.- En caso de fallecimiento de un codeudor, la penalidad se divide entre sus herederos en proporción a las participaciones que les corresponda en la herencia»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, lo hacía en su artículo 1316: «Si la cláusula penal fuere solidaria, pero divisible, cada uno de los deudores queda obligado a satisfacerla íntegramente.- En caso de muerte de un codeudor, la penalidad se divide entre

Civil), pero los no culpables tendrán expedito su derecho para reclamar de aquel que dio lugar a la aplicación de la pena (artículo 1350⁴⁹⁵ del Código Civil).

sus herederos en proporción a las participaciones que les corresponda en la herencia».

- **Fuentes y concordancias extranjeras**

Concuerdan con el artículo 1349 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Uruguayo (artículo 1371), el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 413) y el Código Civil Argentino (artículo 662).

⁴⁹⁵ El artículo 1350 del Código Civil Peruano de 1984 dispone lo siguiente: «Los codeudores que no fuesen culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena».

- **Fuentes nacionales del artículo 1350**

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar la Ley de las Siete Partidas, regla 18, Título XXXIV, Partida Séptima: «La culpa del uno non deue empecer a otro que non aya parte».

El artículo 1350 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, regulaba el tema en los numerales 826: «Cuando la obligación primitiva contraída con cláusula penal es de una cosa indivisible, la pena corre por la contravención de uno solo de los herederos del deudor; y puede exigirse de éste en su totalidad, o de cada uno de los otros según su porción o parte, e hipotecariamente en el todo, quedando a salvo sus derechos contra el causante de la pena»; y 827: «Cuando la obligación contraída bajo de una pena es divisible, y alguno de los herederos del deudor falta a ella, la pena corre sólo para éste, y únicamente por la parte que le corresponde, sin que haya acción contra los que han cumplido. Esta regla tiene su excepción en el caso en que, habiéndose puesto la cláusula penal con el objeto de que la paga no pueda hacerse parcialmente, uno de los herederos impide el cumplimiento de la obligación en su totalidad, en cuyo caso toda la pena puede exigirse de él y de los otros a proporción de sus partes, quedando a salvo sus recursos»; en tanto que el Código Civil de 1852, no trataba el tema.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890, lo hacía en su artículo 1578: «Sea divisible, o indivisible la obligación, si no hay solidaridad, cada codeudor, o cada heredero de un deudor cualquiera, no tiene responsabilidad, por razón de la pena, sino en proporción a la parte que le toque en la obligación, siempre que la pena sea divisible»; en tanto que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trataba sobre el particular en el artículo 190: «Los codeudores que no sean culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena»; el Segundo Anteproyecto de Libro

Ahora bien, luego de esta breve introducción, explicaremos detalladamente cada uno de los supuestos que podrían darse en la realidad, previstos por los artículos 1347, 1348, 1349 y 1350 del Código Civil de 1984.

21.2.5.1. Divisibilidad e indivisibilidad de la obligación de la cláusula penal

Este tema lo estudiaremos seguidamente, distinguiendo los casos de la pluralidad de deudores, pluralidad de acreedores y pluralidad de ambos a la vez.

Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, en el artículo 181: «Los codeudores que no sean culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, en el artículo 1221: «Los codeudores que no sean culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1230: «Los codeudores que no sean culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, regulaba el tema en su artículo 80: «Los codeudores que no sean culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que haya dado lugar a la aplicación de la pena»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el numeral 206: «Los codeudores que no fuesen culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1369: «Los codeudores que no fuesen culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, lo hacía en el artículo 1317: «Los codeudores que no fuesen culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena».

- Fuentes y concordancias extranjeras

Concuerda con el artículo 1350 del Código Civil Peruano, el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 413, parágrafo único).

21.2.5.1.1. *Pluralidad de deudores*

La pluralidad de deudores puede ser concomitante con el título constitutivo de la obligación o generarse posteriormente por muerte del deudor, en cuyo caso sus herederos asumen la obligación.

Aquí es preciso recordar —como fue analizado al estudiar las obligaciones con pluralidad de sujetos— que la divisibilidad es una condición jurídica que pasa en la misma condición por efectos hereditarios.

La cuestión, en este punto, es la siguiente: habiéndose obligado dos o más personas, por ejemplo, a la realización de un trabajo que luego cumplen en forma irregular, ¿cómo se liquida la cláusula penal? ¿Cada uno de los deudores la paga íntegramente o a prorrata?

De acuerdo con el precepto contenido en el artículo 1347 del Código Civil pensamos que se pueden presentar las siguientes posibilidades:

- (a) Que la obligación principal sea de carácter divisible, mientras que la accesoria (la cláusula penal) revista similar carácter. En tal caso será evidente que los codeudores del acreedor o los herederos del deudor estarán obligados a cumplir con cualquiera de las obligaciones de manera divisible.
- (b) Que la obligación principal sea de carácter indivisible, mientras que la obligación accesoria (la cláusula penal) sea divisible. En esta hipótesis, los codeudores estarán obligados a cumplir con la obligación principal de manera indivisible, mientras que cumplirán con la penalidad, de ser el caso, de manera divisible.

Por otro lado, el artículo 1348 del Código Civil recoge el supuesto de la cláusula penal indivisible. En este caso cada uno de los codeudores o de sus herederos quedará obligado a satisfacer la pena

entera. Este principio también está consagrado por el artículo 1176 del mismo Código, precepto referente a las obligaciones indivisibles.

En estos supuestos, sin embargo, los codeudores que no sean culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquel que dio lugar a la aplicación de la pena (argumento del artículo 1350 del Código Civil).

Del artículo 1348 del Código Civil podemos deducir que en virtud de lo previsto por el artículo 1177 —en el sentido de que la indivisibilidad se hereda en la misma condición— pueden presentarse los siguientes casos:

- (a) Que la obligación principal sea indivisible y que la cláusula penal revista carácter similar. En este caso los codeudores o herederos del deudor estarán obligados a cumplir con cualquiera de las obligaciones —la que corresponda— de manera indivisible, tal como antes lo expresamos.
- (b) Que la obligación principal sea de carácter divisible, mientras que la cláusula penal sea indivisible. En este caso los codeudores o herederos del deudor estarán obligados a cumplir la obligación principal de manera divisible, mientras que cumplirán con la penalidad (de ser el caso) de manera indivisible.

Aquí consideramos pertinente destacar el pensamiento de Salvat,⁴⁹⁶ quien manifiesta que

[...] para establecer si una obligación con cláusula penal es divisible o indivisible, habrá que tomar en cuenta la naturaleza de la prestación debida y la de la cláusula penal; no rigiendo para el caso el principio de la interdependencia, según el cual lo accesorio sigue la condición jurídica de lo principal.

⁴⁹⁶ SALVAT, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo II, p. 23.

Agrega Salvat que si la prestación debida y la cláusula penal son semejantes en cuanto se refiere a su divisibilidad o indivisibilidad, desde el comienzo se sabe que la obligación será divisible o indivisible.

Así también, añade Salvat, si la prestación debida es indivisible y la cláusula penal divisible, o viceversa, se atenderá a la naturaleza divisible e indivisible de la prestación que se cumpla. La prestación será debida íntegramente por cualquiera de los deudores, pero la cláusula penal divisible la deberán cada uno por su cuota parte. A su vez, la prestación principal divisible será debida por cada deudor, en la medida de su cuota parte, y la cláusula penal indivisible será debida en su totalidad por cualquiera de los deudores.

Dentro de esta línea de pensamiento, Laurent,⁴⁹⁷ respecto a la influencia de la indivisibilidad en la cláusula penal con relación a los herederos del deudor, expresa que se puede presentar el siguiente caso: el deudor incurrió en la pena, ¿cuál será el compromiso de los herederos? Responde el autor que la ley francesa no prevé esta hipótesis porque no puede dar lugar a ninguna duda. Se aplican los principios que rigen la divisibilidad e indivisibilidad de las obligaciones. Si la pena es divisible, se dividirá entre los herederos del deudor, al igual que se divide toda deuda entre ellos; cada uno estará comprometido solo por su parte y porción hereditaria. Si, por excepción, el objeto de la pena era una cosa o un hecho indivisible, el acreedor podría asignar a cada uno de los herederos del deudor por la totalidad de la obligación, de conformidad al artículo 1225 del Código Napoleón.

De Gásperi⁴⁹⁸ anota, asimismo, que el tema de la divisibilidad e indivisibilidad de la prestación penal no tiene relación con la materia de la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación principal.

⁴⁹⁷ LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XVII, p. 457-459.

⁴⁹⁸ DE GÁSPERI, Luis. *Op. cit.*, tomo I, pp. 448 y 449.

A decir de De Gásperi, si un deudor sujeto a una pena convencional divisible muere dejando varios herederos, después de haber caído en mora, su obligación penal, de acuerdo con el principio *pro portionibus hereditarius*, transmite la pena a sus herederos en proporción a su haber hereditario.

Expresa el maestro paraguayo que la misma solución cabe cuando la pluralidad de deudores fuese precedente al incumplimiento o al retardo.

Siendo divisible la prestación penal, los codeudores no incurren en la pena sino en proporción de su parte, independientemente o abstracción hecha de la indivisibilidad de la obligación principal.

Por su parte, Cazeaux y Trigo Represas⁴⁹⁹ señalan que

[...] cuando la obligación principal es divisible y la cláusula penal es indivisible, prevalece la naturaleza de la cláusula penal y, en consecuencia, producido el incumplimiento, aunque sea parcialmente, el acreedor tiene derecho a reclamar a cualquiera de los deudores el pago íntegro de la pena.

Añaden dichos autores que en el caso de una obligación principal indivisible y de una cláusula penal divisible, producido el incumplimiento de la obligación el acreedor tiene derecho a cobrar la pena a los deudores, pero solo puede reclamar de cada uno de ellos su parte proporcional.

Siguiendo esta misma línea argumentativa, Lafaille⁵⁰⁰ expresa que se debe establecer ante todo la necesaria separación entre la prestación que constituye la obligación principal y la que hace el objeto de la cláusula penal. Puede la primera ser indivisible, como sería, por

⁴⁹⁹ CAZEUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS, *Op. cit.*, tomo I, pp. 258 y 259.

⁵⁰⁰ LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, pp. 153 y 154.

ejemplo, la entrega de una cosa cierta o la realización de un trabajo; y ser divisible la segunda, como si se estipulara, por ejemplo, que en caso de retardo o de incumplimiento se pagaría una suma de dinero. A la inversa, puede ser la obligación principal divisible, como dar una suma de dinero, y la cláusula penal indivisible, como si se hubiera pactado la entrega en caso de mora o incumplimiento, de un inmueble.

Dentro de tal orden de ideas, el citado autor precisa que no tiene nada que ver que la obligación principal sea divisible o indivisible; lo que debe observarse es si la cláusula penal es susceptible de cumplimiento parcial, y siéndolo, cada obligado responde tan solo en proporción a su parte, haya o no tenido culpa en el cumplimiento.

Lafaille anota que en el caso que la cláusula penal no sea susceptible de cumplimiento parcial, por la naturaleza de su objeto, como ocurriría si se hubiese estipulado que en caso de mora o de incumplimiento se entregará un terreno situado en tal parte, el deudor que es interpelado para el pago de la pena la debe íntegra, aun cuando la culpa en la demora correspondiese a otro.

A decir de Bustamante Alsina,⁵⁰¹

[...] en esta materia no rigen los efectos de la accesoriidad en cuanto a que la naturaleza de lo accesorio se determina por la naturaleza de lo principal. De allí que, en principio, la obligación de la cláusula penal se considera con independencia de la obligación principal en relación al cumplimiento por cada uno de los deudores o herederos del deudor.

Así, agrega el profesor citado, sea la prestación principal divisible o indivisible, la cláusula penal se deberá cumplir en su totalidad por cada uno de los codeudores, o solo por su parte según que el objeto de esta sea indivisible o divisible.

⁵⁰¹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Op. cit.* p. 182.

Finalmente, con relación al tema bajo análisis, conviene destacar el pensamiento de Peirano Facio,⁵⁰² quien comparte la línea argumentativa de los autores estudiados y, en este sentido, manifiesta que siendo la obligación principal y la cláusula penal de cosa divisible

[...] la pena se debe solamente por aquel de los herederos del deudor o codeudor que contraviene a la obligación y proporcionalmente a la cuota que le corresponda en el total de la misma. Sin embargo, esta regla admite expresa excepción en el caso en que habiéndose agregado la cláusula penal con el deliberado fin de que la paga no pudiese verificarse por partes, un coheredero hubiese impedido el cumplimiento de la obligación en su totalidad. En este caso puede exigirse de él toda la pena.

El profesor argentino señala el caso en que la obligación principal es de cosa indivisible y la cláusula penal de objeto divisible. En tal sentido, expresa que

[...] la contravención de lo establecido en la obligación principal llevada a cabo por uno solo de los obligados (ya sea por sucesión o por contrato) da lugar a que se abra la obligación de pena, no sólo a cargo del contraventor, sino también a cargo de todos los obligados. Sin embargo, en cuanto a la forma en que la pena obliga a los deudores, hay que hacer una distinción cuya fuente es la equidad: el contraventor puede ser obligado al pago total de la pena, en tanto que los demás coherederos, o deudores, sólo pueden ser obligados a prorrata de la parte que les corresponda en la pena total.

Peirano Facio afirma, para el supuesto en que la cláusula penal sea de naturaleza indivisible, pudiendo ser la obligación principal de objeto divisible o indivisible, que

[...] la pena podrá ser íntegramente demandada a cualquiera de los deudores aunque hubiera debido ser prestada sólo por el contraventor si

⁵⁰² PEIRANO FACIO, Jorge. *La Cláusula Penal*. Segunda Edición. Bogotá: Editorial Temis S.C.A., 1982, pp. 301 – 303.

hubiere sido divisible, dejando naturalmente a salvo el derecho de los que no han faltado al contrato para accionar contra aquel por culpa de cuyo incumplimiento incurrir en pena.

21.2.5.1.2. Pluralidad de acreedores

El Código Civil Peruano ha omitido regular los supuestos en que exista pluralidad de sujetos acreedores.

La solución de los diversos casos que pueden presentarse no origina dificultad si se aplican los principios que hemos expuesto.

Es importante señalar, adicionalmente, que en este tema no existen los problemas relativos a la traslación o no de la culpa del obligado a los demás, que son los que motivan disidencias doctrinales si hay pluralidad de deudores.

Al igual que la pluralidad de deudores, la pluralidad de acreedores se presenta no solo si existe multiplicidad inicial de sujetos acreedores, sino cuando el sujeto activo fallece dejando varios herederos.

A continuación, estudiaremos cada uno de los supuestos que podrían presentarse:

- (a) Que la obligación principal y la cláusula penal sean de naturaleza divisible. En este sentido, podemos proponer el siguiente ejemplo:

José vende a Eduardo y Jorge 20,000 toneladas de cartón prensado, estipulándose como penalidad para el supuesto de cumplimiento tardío la cantidad de 100 soles por cada día de retraso en la entrega. José entrega a Eduardo 10,000 toneladas, pero no cumple con entregar las 10,000 toneladas restantes a Jorge.

En este caso solo el coacreedor impago podría demandar la pena por la parte que a él le corresponde. El acreedor a quien se le ha satisfecho su porción en el crédito ha quedado desinte-

resado; en consecuencia, ningún derecho tiene a reclamar la pena convenida. Por consiguiente, en nuestro ejemplo, José deberá a Jorge 50 soles por cada día de demora.

En esta línea de pensamiento cabe destacar las palabras de Llambías,⁵⁰³ quien acertadamente explica el fundamento de nuestra posición:

[...] habiendo tantas obligaciones cuantos acreedores existen, cada sujeto activo no tiene sino derecho a una parte del crédito, o, en caso de ser compensatoria, a una parte de la multa, sin título alguno sobre la parte percibida por el otro acreedor. Y aun en el supuesto de que el deudor hubiese entregado en exceso a uno de los acreedores, no lo libera de pagar al otro coacreedor la mitad de la pena, porque sería un pago efectuado a un tercero no autorizado, que no exonera al deudor, quien sigue obligado a satisfacer su parte al acreedor impago [...].

Como indicamos al tratar el tema de la pluralidad de acreedores, ella se produce no solo por la estipulación contractual inicial, sino también por el fallecimiento del sujeto activo, el mismo que deja herederos. En tal orden de ideas, es preciso señalar, con relación al caso bajo estudio, que compartimos la solución de Laurent,⁵⁰⁴ quien manifiesta que

[...] si la obligación garantizada por una pena es divisible, se divide entre los herederos del acreedor y cada uno tiene derecho sólo a su parte hereditaria en el crédito. Por lo tanto, si el deudor no cumple la obligación con respecto a uno de los herederos, este último podrá demandar la pena en la proporción de su parte hereditaria. Se supone que la pena es divisible; ésta se divide al mismo tiempo que la obligación principal.

⁵⁰³ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, p. 374.

⁵⁰⁴ LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XVII, p. 462.

(b) Que la obligación principal sea indivisible y la cláusula penal divisible. Para entender mejor este supuesto, planteamos el siguiente ejemplo: «Luis vende a Jorge su yegua, pactándose que la falta de entrega oportuna será sancionada con la suma de 500 soles. Jorge muere dejando como herederos a Carla y Antonio».

En dicho caso, si Luis no entrega la yegua en el plazo estipulado, cada acreedor —Carla y Antonio— tiene derecho para pedir la parte que le corresponde en la cláusula penal.

Si Luis entrega la yegua objeto de la prestación a Antonio o a Carla en el tiempo convenido, se libera de la obligación con relación a su coacreedor, en la medida en que cumpla con las condiciones previstas por el artículo 1176 del Código Civil.

En esta línea de análisis, conviene destacar el pensamiento de Aguayo Luy,⁵⁰⁵ quien expresa que si la obligación principal es indivisible y la cláusula penal divisible, y existe pluralidad de acreedores, acaecida la inejecución cada acreedor tiene derecho a pedir la parte que le corresponde en la cláusula penal.

Por su parte, Boffi Boggero⁵⁰⁶ también postula lo antes señalado, cuando manifiesta que

[...] si el deudor incumple y los acreedores optan por la pena, cada uno de los herederos sólo tiene derecho a reclamarla en la proporción que a él le corresponde. En este caso, el legislador se apartó de la regla de la accesoriedad de la cláusula penal, haciendo prevalecer la naturaleza divisible de la pena por sobre la indivisibilidad de la principal. Por ello, si se

⁵⁰⁵ AGUAYO LUY, Jorge Reynaldo. «La Cláusula Penal en el Ordenamiento Civil vigente». Tesis sustentada para optar el Grado de Bachiller en Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho, Lima, 1988, p. 148.

⁵⁰⁶ BOFFI BOGGERO, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, p. 606.

tratará de obligaciones donde la mora no se produce de pleno derecho (por ejemplo, existe un plazo tácito, o indeterminado), el deudor deberá la pena moratoria solo al acreedor que lo puso en mora, porque en materia de obligaciones divisibles rige el principio de la separabilidad del régimen de la mora.

- (c) Que la obligación principal y la cláusula penal sean de naturaleza indivisible. Dentro de tal orden de ideas, podemos apelar al siguiente ejemplo: «Jorge vende a Antonio y a Carla un perro de pedigrí, estipulándose que la falta de cumplimiento de la obligación de dar será sancionada con la entrega de una bicicleta».

En dicho caso, el deudor se libera de su obligación entregando el objeto debido a cualquiera de los compradores. Si no cumpliera con entregar el perro de pedigrí, cualquiera de los acreedores, Carla o Antonio, podrá exigir el íntegro de la penalidad estipulada, por lo que su pago a uno de ellos liberaría al deudor, sin perjuicio de las acciones que correspondan en la relación interna al sujeto activo que no cobró.

- (d) Que la obligación principal sea divisible y la cláusula penal indivisible. Para este supuesto planteamos el siguiente ejemplo: «Eduardo vende a Juan 30,000 toneladas de cartón prensado, acordando que la falta de cumplimiento oportuno dará derecho a que el comprador pueda exigir la entrega de un automóvil determinado. Juan muere dejando como herederos a Antonio y a Carla. Eduardo entrega 15,000 toneladas de cartón prensado a Antonio, pero nada a Carla».

En este caso, cabe formular las siguientes interrogantes: ¿quién puede exigir la pena?, ¿cuánto puede reclamarse?

Aquí observamos que no obstante que la cláusula penal es indivisible, parece claro que el acreedor satisfecho, en nuestro

ejemplo Antonio, no podría reclamar la penalidad. Por consiguiente, solo Carla tendría derecho a exigirla.

Salvat,⁵⁰⁷ siguiendo esta misma línea argumentativa, sostiene que si la obligación principal es divisible y la pena indivisible y hubiera incumplimiento parcial, «el derecho a exigir la pena únicamente existirá para el acreedor a quien no se le hubiere cumplido la parte de la prestación que le corresponda».

En este sentido, el coacreedor impago podría exigir la cláusula penal íntegra en razón de su carácter indivisible. Sin embargo, no debemos perder de vista que el deudor ha efectuado un pago parcial y no sería lógico suponer que su situación sea la misma que la del deudor que ha incumplido íntegramente la prestación principal.

Por ello cabe analizar qué efectos produciría el cumplimiento parcial de la prestación principal por el deudor a favor de uno de los coacreedores.

Al respecto, Llambías⁵⁰⁸ expresa que

[...] con el pago de la pena íntegra nace a favor del deudor una acción contra el acreedor que percibió la pena *in totum*, por el valor en que se hubiera estimado el pago del acreedor a quien se desinteresó mediante el pago parcial de la principal.

Para Salvat, en cambio, el sujeto activo que no percibió la pena tendría contra el que la recibió una acción recursiva por el valor de su parte, pero como el sujeto activo había sido desinteresado, esta acción se trasladaría al deudor.

⁵⁰⁷ SALVAT, Raymundo M. *Op. cit.* tomo I, p. 262.

⁵⁰⁸ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, p. 377.

En respuesta al argumento de Salvat, Llambías señala que el acreedor desinteresado no puede transmitir al deudor una acción que nunca tuvo. En efecto, precisa, «él careció desde siempre del derecho a la pena y, por ende, nada puede transferir al deudor: *'nemo dat quod non habet'* (nadie da lo que no tiene)». En consecuencia, el maestro argentino concluye indicando que este crédito del deudor contra el acreedor que percibió la pena por el valor de la prestación parcialmente cumplida deriva de los principios que informan el enriquecimiento sin causa.

En nuestra opinión, el cumplimiento parcial de la obligación principal debería tener como efecto la reducción de la penalidad, pero ¿cómo se procedería a tal reducción si la cláusula penal es de naturaleza indivisible?

Dada esta dificultad, compartimos lo expuesto por Llambías, pues si permitiéramos que el acreedor impago haga suya la pena entera se produciría un enriquecimiento sin causa, más aún si el acreedor satisfecho no tiene acción contra su coacreedor en razón de que este carece del derecho a exigir la pena convencional.

21.2.5.1.3. Pluralidad de deudores y de acreedores

Antes de analizar cada uno de los supuestos que podrían presentarse cuando exista pluralidad de deudores y de acreedores, es importante señalar que el Código Civil no regula dichos casos.

A nuestro entender, su solución se reduce a aplicar los principios antes expuestos, aunque desde luego ellos ofrecen mayor complejidad.

Dentro de tal orden de ideas se podrían presentar las siguientes posibilidades:

- (a) Que la obligación principal y la cláusula penal sean de naturaleza divisible. En este caso se trataría del siguiente ejemplo: «Juan y Pedro se comprometen en entregar a Luis y a Alfredo cuatro bicicletas de carrera (nuevas e idénticas), obligándose, en caso de incumplimiento, a pagar una penalidad de US \$500».

En dicho supuesto cada acreedor solo podría exigir a cada deudor una bicicleta, porque cada uno tiene una porción del 50% del crédito. Asimismo, en caso de incumplimiento cada acreedor tendría derecho a reclamar de cada deudor US \$125, en razón de que su cuota-parte en la cláusula penal es de US \$250.

Si en nuestro ejemplo Juan entregara a Luis y a Alfredo una bicicleta a cada uno, Juan nada debería y los acreedores nada podrían exigirle.

Ahora bien, si Pedro solo cumpliera con entregarle a Luis una bicicleta y Juan nada entregara a ninguno de los coacreedores, tendríamos como resultado que Pedro deberá entregar una bicicleta a Alfredo o, si este le exige la penalidad, deberá pagar la suma de US \$125. Por otra parte, Juan deberá a cada uno de los acreedores una bicicleta o, en su defecto, su cuota correspondiente en la cláusula penal, es decir US \$125 a cada uno.

- (b) Que la obligación principal sea indivisible y la cláusula penal divisible. Para una mejor comprensión del presente caso, recogemos el siguiente ejemplo: «Raúl y Sebastián venden a María y a Luisa un automóvil, obligándose a pagar por cada día de retraso en la entrega la suma de US \$200».

En ese supuesto, las acreedoras tendrían derecho a exigir a cualquiera de los deudores la entrega del automóvil. Si esta

obligación no se cumpliera, cada acreedora solo podría demandar a cada deudor la suma de US \$50.

Finalmente, si el automóvil no se entregara por culpa exclusiva de uno de los deudores, el deudor no culpable tendría expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena (argumento del artículo 1350 del Código Civil Peruano).

- (c) Que la obligación principal y la cláusula penal sean de naturaleza indivisible. Para este supuesto, reseñamos el siguiente ejemplo: «Juan y Pedro venden a María y a Luisa un caballo de pedigrí (bien cierto), estipulándose que la falta de cumplimiento de la obligación será sancionada con la entrega de un automóvil (bien cierto)».

En este caso, la obligación se extinguiría para cualquiera de los deudores si uno de ellos cumple con la obligación de entregar el caballo de pedigrí a cualquiera de las compradoras, en las condiciones previstas por el artículo 1176 del Código Civil. Sin embargo, si no se entregara, cualquiera de los deudores responderá ante cualquiera de las acreedoras por la cláusula penal pactada, teniendo derecho el codeudor no culpable a reclamar de aquél que dio lugar a que se aplicara la penalidad.

- (d) Que la obligación principal sea divisible y la cláusula penal indivisible. Representamos este supuesto con el siguiente ejemplo: «Juan y Pedro venden a Antonio y a Luis 8,000 toneladas de cartón prensado, conviniéndose para la falta de cumplimiento una penalidad cuyo objeto consiste en la entrega de una máquina de determinadas características».

En este caso, si Juan entregara a Antonio y a Luis 2,000 toneladas de cartón prensado a cada uno y Pedro incumpliera su obligación, tanto Juan como Pedro deberían la máquina, pues

siendo la cláusula penal de naturaleza indivisible, cada deudor estaría obligado a pagar la pena íntegra.

Por otra parte, si Juan y Pedro hubiesen entregado a Antonio 2,000 toneladas de cartón prensado cada uno, dicho acreedor nada podría exigir y solo Luis estaría en condiciones de solicitar la entrega de la máquina.

Sin embargo —como se ha señalado al estudiar el tema de la pluralidad de acreedores—, los deudores se verían perjudicados, ya que no obstante que habrían cumplido parcialmente la obligación, deberían el total de la pena.

Por ello, conforme a la posición adoptada al respecto, somos de la opinión que los deudores tendrían acción contra Luis para la restitución del valor proporcional de la prestación parcialmente ejecutada.

21.2.5.2. Mancomunidad y solidaridad en la cláusula penal

Antes de ingresar al análisis de este tema, señalamos que, al igual que en los casos de la divisibilidad e indivisibilidad de la cláusula penal, distinguiremos entre la pluralidad de deudores, la pluralidad de acreedores y la pluralidad simultánea de sujetos activos y pasivos.

21.2.5.2.1. Pluralidad de deudores

Si la cláusula penal es mancomunada, cada codeudor responderá únicamente por su parte (en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1182 del Código Civil). Por el contrario, si la cláusula penal es solidaria, cada uno de los codeudores responderá por el íntegro (artículo 1349 del Código Civil), pero pagada por uno completamente, termina para los demás la obligación de satisfacerla.

Precisa indicarse que los codeudores no culpables tendrán expedito su derecho para reclamar de aquel que dio lugar a la aplicación de la pena (artículo 1350 del Código Civil).

El Código, como se ha señalado, prevé esta materia en su artículo 1349, el mismo que prescribe lo siguiente:

Si la cláusula penal fuese solidaria, pero divisible, cada uno de los deudores queda obligado a satisfacerla íntegramente. En caso de muerte de un codeudor, la penalidad se divide entre sus herederos en proporción a las participaciones que les corresponda en la herencia.

El precepto citado contempla la situación en que la cláusula penal, siendo por la naturaleza de su objeto divisible, no es susceptible de cumplimiento parcial por haberse estipulado expresamente la solidaridad entre los diversos obligados (la solidaridad no se presume, según lo dispuesto por el artículo 1183 del Código Civil), tal como si se hubiera convenido que si no se ejecuta el objeto de la obligación principal, los coobligados pagarán solidariamente la multa de tantos soles diarios.

Hecha esta aclaración, podemos extraer algunas conclusiones de lo dispuesto por el artículo 1349 bajo comentario:

(a) Con respecto al primer párrafo.

(a.1) Si la penalidad fuese solidaria y divisible, cada uno de los deudores quedará obligado a satisfacerla íntegramente.

(a.2) Si la penalidad fuese solidaria e indivisible, cada uno de los deudores quedará obligado a satisfacerla íntegramente. Esta conclusión se deriva del tratamiento que el Código Civil otorga a la indivisibilidad y a la solidaridad.

(b) Con respecto al segundo párrafo.

Como se recuerda, la solidaridad, a diferencia de las reglas sobre mancomunidad, divisibilidad e indivisibilidad, se hereda con carácter mancomunado.

(b.1) Si la cláusula penal fuese solidaria y divisible, los herederos del deudor deberán satisfacerla en proporción a las participaciones que les corresponda en la herencia. Sin embargo, en este caso los herederos reunidos serán considerados como un solo deudor solidario en relación con los otros codeudores.

Por lo demás, la solidaridad subsiste, respecto a la cláusula penal, en cuanto a los codeudores originarios que se mantienen con vida.

(b.2) Si la cláusula penal fuese solidaria e indivisible, cada uno de los herederos del codeudor quedará obligado a satisfacer la penalidad íntegramente, en la misma condición que los otros codeudores, pues si bien la obligación solidaria se hereda como mancomunada, la indivisibilidad sí se hereda en la misma condición de indivisible.

21.2.5.2.2. *Pluralidad de acreedores*

El Código Civil —al igual que en el caso de la divisibilidad e indivisibilidad de la cláusula penal— no se ha colocado en la hipótesis de la pluralidad de acreedores para el tema bajo análisis.

Ello es metodológicamente explicado con el fin de evitar la reiteración de normas. En consecuencia, no encontramos dificultad alguna para aplicar al tema las reglas antes expuestas.

Se comprende, desde luego, que si la cláusula penal es mancomunada y divisible, cada acreedor podrá exigir al deudor la proporción de su parte correspondiente en la pena.

Si la cláusula penal es solidaria, sea su objeto de naturaleza divisible o indivisible, cualquiera de los coacreedores podrá exigir el íntegro de la pena al deudor, pudiendo este efectuar el pago a cualquiera de ellos, aun cuando hubiese sido demandado solo por alguno (argu-

mento del artículo 1185 del Código Civil). Sin embargo, el acreedor que cobra la deuda responderá ante los demás de la parte que les corresponda en la obligación (artículo 1190 del Código Civil).

Ahora bien, si aplicamos la regla contenida en el segundo párrafo del artículo 1349 para este supuesto, podemos afirmar lo siguiente:

- (a) Teniendo en cuenta que la solidaridad se hereda como mancomunidad (artículo 1187, segundo párrafo), si la cláusula penal fuese solidaria y divisible y se produjera el fallecimiento de uno de los coacreedores solidarios, los herederos del mismo solo podrían exigir al deudor la penalidad en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia, siendo considerados como un solo acreedor en la relación con los otros coacreedores, ya que el fallecimiento de alguno de los coacreedores no hace desaparecer la solidaridad respecto a los demás coacreedores originarios.
- (b) Si la cláusula penal fuese solidaria e indivisible, cada uno de los herederos del coacreedor solidario podrá exigir el pago íntegro de la penalidad al deudor, en concurrencia con los demás coacreedores solidarios, pues si bien la solidaridad se hereda como mancomunidad, la indivisibilidad se hereda en la misma condición (es decir, de manera indivisible, según lo dispuesto por el artículo 1177 del Código Civil). Como ha sido señalado, cuando se produce la concurrencia de aplicación entre normas de las obligaciones divisibles (preceptos por los que se rigen las obligaciones mancomunadas, según lo previsto por el artículo 1182 del Código Civil) y de las obligaciones indivisibles, priman estas últimas. Aquí la exigibilidad por el íntegro se impone debido a la naturaleza propia del objeto de la pena.

21.2.5.2.3. *Pluralidad de deudores y de acreedores*

Al igual que para el caso de pluralidad de acreedores, el Código Civil acertadamente ha omitido regular este supuesto.

Si la cláusula penal es mancomunada y divisible, cada codeudor responderá únicamente por la parte que le corresponda en la cláusula penal ante el requerimiento de pago por cualquiera de los coacreedores. Asimismo, cada coacreedor solo podrá reclamar a cada codeudor en proporción a su cuota en la pena convencional.

Si la cláusula penal se ha estipulado como solidaria, sea su objeto de naturaleza divisible o indivisible, cada uno de los codeudores responderá por el íntegro frente al requerimiento de la misma por cualquiera de los coacreedores, pero pagada por uno completamente termina para los demás la obligación de satisfacerla. En este caso, los codeudores no culpables tendrán expedito su derecho para reclamar de aquel que dio lugar a la aplicación de la pena.

Por otro lado, cada uno de los coacreedores podrá exigir el total de la cláusula penal a cualquiera de los codeudores solidarios o a todos ellos simultáneamente (argumento del artículo 1186 del Código Civil), pudiendo los codeudores efectuar el pago a cualquiera de los coacreedores solidarios, aun cuando hubiese(n) sido demandado(s) solo por alguno. Sin embargo, el coacreedor que cobra la deuda responderá ante los demás por la parte que les corresponda en la pena.

Ahora bien, si aplicamos la regla contenida en el segundo párrafo del artículo 1349 del Código Civil para el supuesto bajo análisis, debemos expresar lo siguiente:

- (a) Si la cláusula penal es solidaria y divisible, y se produjera el fallecimiento de un codeudor y/o de un coacreedor solidario —teniendo presente que la solidaridad se hereda como mancomunada—, los herederos deberán satisfacer y/o exigir la pena

respectivamente, en proporción a sus correspondientes participaciones en la herencia, siendo considerados como un solo codeudor y/o un solo coacreedor en la relación con los otros codeudores y/o coacreedores originarios, ya que el fallecimiento de alguno de ellos no hace desaparecer la solidaridad respecto de los demás.

- (b) Por otra parte, si la cláusula penal fuese solidaria e indivisible, cada uno de los herederos del codeudor y/o coacreedor solidario podrá satisfacer y/o exigir el pago del íntegro de la penalidad, en concurrencia con los demás codeudores y/o coacreedores originarios. Esta solución encuentra sustento en los mismos argumentos antes señalados para los casos de pluralidad de deudores y de acreedores.

21.2.5.3. Derechos de los codeudores no culpables del incumplimiento

El artículo 1350 del Código Civil Peruano dispone que «los codeudores que no fuesen culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena».

Dicha norma tiene aplicación en los casos en que las obligaciones principales garantizadas con cláusulas penales sean divisibles, indivisibles, mancomunadas o solidarias, porque el precepto solo se refiere a la penalidad pactada, mas no a la obligación principal, ya que el cumplimiento de esta se rige por las reglas analizadas al estudiar las obligaciones con pluralidad de sujetos.

El artículo 1350 simplemente prescribe que una vez producido el incumplimiento, y al deberse este a causas imputables a uno o a algunos de los codeudores, el o los demás codeudores no culpables tendrán expedito su derecho para reclamar internamente al deudor culpable, a fin de que solo él asuma el íntegro de la penalidad pagada al acreedor o acreedores comunes.

Justificando la solución expuesta, Laurent⁵⁰⁹ escribe:

La ley da a los deudores (codeudores dentro de la previsión diligente del artículo 1350 del Código Civil Peruano) no culpables un recurso contra aquel que ha hecho incurrir en la pena. Este recurso está fundado en la equidad. Si los herederos que no contravinieron a la obligación, han tenido que pagar su parte en la pena, ello es debido a la falta del coheredero que contravino a la obligación, que no cumpliendo con una obligación indivisible ha hecho exigible la pena por el todo; pero la pena supone la imputabilidad; no se concibe que aquel a quien la inejecución de la obligación no es imputable, deba soportar una parte de la pena; si él ha debido pagar en virtud del rigor legal, la equidad exige que tenga un derecho a ejercer contra aquel que siendo sólo culpable, debe también soportar las consecuencias de su falta.

22. EXTINCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

Antes de analizar los diversos modos de extinción de la cláusula penal, consideramos preciso señalar la acepción que hemos dado a dicha frase.

Coincidiendo con Peirano Facio,⁵¹⁰ entendemos la extinción de la cláusula penal en sentido amplio, el mismo que equivale a todas aquellas vicisitudes o accidentes en virtud de los cuales la cláusula deja de tener vigor o eficacia.

Con tal noción, manifiesta el maestro argentino, se comprenden dentro del tema circunstancias que determinan la ineficacia de la cláusula penal, sin que ello implique propiamente la extinción de la misma.

Así, la anulación o declaración de nulidad de la cláusula penal, se encuentra entre los casos que originan su invalidez o ineficacia, pues

⁵⁰⁹ LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XVII, pp. 460 y 461.

⁵¹⁰ PEIRANO FACIO, Jorge. *Op. cit.*, p. 309.

la nulidad no es causa de extinción de las obligaciones, ya que lo nulo se reputa no haber existido nunca y mal se puede extinguir lo que nunca ha existido: la nulidad, propiamente, no es causa de extinción de obligaciones, sino de invalidez o ineficacia de la fuente de donde ellas surgen.

Cabe agregar que en el concepto «extinción» incluiremos no solo los supuestos que restan eficacia al derecho sino a la acción de la cual es titular el acreedor. Esta es la razón por la cual también trataremos dentro de este tema las figuras de la prescripción y la caducidad.

Luego de lo expuesto anotamos que se reconocen tres formas generales de extinción, a saber: a) por razón de la obligación principal; b) por razón de la propia cláusula penal; y c) por razón de su conexión con otras instituciones.

22.1. Por razón de la obligación principal

Aquí analizaremos cada uno de los supuestos en que la extinción de la cláusula penal provenga no de causas nacidas en ella misma, sino de la extinción de la obligación principal que garantiza y de la cual es accesoria.

Al respecto, Kemelmajer de Carlucci expresa⁵¹¹ que

[...] en razón de su carácter accesorio, la cláusula penal se extingue toda vez que desaparece el vínculo al cual se halla subordinada; el principio es claro y responde a la propia razón de ser de la cláusula penal; si ésta se pacta para constreñir al cumplimiento de un negocio principal, acabado éste, la existencia de la cláusula carece de causa-fin [...].

Siguiendo este criterio argumentativo, Peirano Facio⁵¹² afirma que

⁵¹¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 288.

⁵¹² PEIRANO FACIO, Jorge. *Op. cit.*, p. 310.

[...] siendo la cláusula penal una prestación de carácter accesorio destinada a reforzar el cumplimiento de la obligación principal, cuando esta deja de existir por alguna de las causas de extinción de las obligaciones, la cláusula penal se extingue también, ya que desaparecido el vínculo que ella tiende a reforzar no podría seguir existiendo, ni tendría razón alguna para ello. Lo primero, por cuanto si la cláusula penal, según ya se vio, es una obligación accesorio, no puede existir aisladamente sin una obligación que revista respecto de ella la calidad de principal, y a la cual ella acceda. Lo segundo, porque aun cuando materialmente pudiera continuar existiendo, no tendría ninguna razón para no extinguirse y para continuar produciendo sus efectos, ya que si la cláusula penal es un medio compulsivo para hacer ejecutar al deudor la obligación principal, pierde su razón lógica de ser por el solo hecho de que la obligación principal no exista: si esto sucede desaparece su utilidad y finalidad.

En este punto de nuestro estudio ingresaremos al análisis de las causas por las que podría extinguirse la obligación principal, pero el tema, en cierta forma, ya fue materia de detenido desarrollo, cuando abordamos las causales de extinción de la obligación principal.

Sin embargo, aplicaremos cada una de las causas por las cuales la obligación principal puede dejar de existir, aclarando que dichas causas —como se estudiara oportunamente— se encuentran reguladas por el Código Civil Peruano, entre los artículos 1220 y 1313.

22.1.1. *Pago*

Cuando la obligación principal se extingue mediante su fin propio, es decir, mediante el pago, la cláusula penal deja de tener existencia.

Siendo más precisos —como señala Peirano Facio—,⁵¹³ «nunca comienza a tener existencia la obligación de prestar la pena».

⁵¹³ PEIRANO FACIO, Jorge. *Op. cit.*, p. 311.

Agrega el profesor argentino que no basta el pago para que la cláusula penal no nazca a cargo del deudor: «es preciso que el pago tenga condiciones tales que en sí mismo, a pesar de su nombre, no signifique un incumplimiento».

Al respecto, recordamos lo expresado acerca de las modalidades de la cláusula penal, cuando afirmamos que la obligación principal no solo debía ser cumplida en el sentido de entregarse al acreedor la prestación prometida, sino que además debía ser cumplida con todas sus determinaciones accesorias, ya que el cumplimiento de la prestación fuera del tiempo y formas convenidos no sería válido. En otras palabras, el pago debe revestir la exactitud impuesta por los cuatro principios que lo rigen: identidad, integridad, oportunidad y localización o lugar de pago.

En esta línea de pensamiento, Kemelmajer de Carlucci⁵¹⁴ manifiesta que

[...] no hay duda de que cuando el deudor cumple con la prestación inherente al objeto de la obligación principal (sea ésta una obligación de dar o de hacer), extingue la cláusula penal. La regla no ofrece dificultades cuando el pago se ha efectuado en forma absolutamente satisfactoria en cuanto al objeto debido, tiempo y lugar. Pero cuando el pago ha sido *insatisfactorio en ciertos aspectos*, la cuestión se torna más dudosa.

Dentro de tal orden de ideas se discute la extinción de la cláusula penal cuando es moratoria, si el acreedor recibió tardíamente la prestación principal sin hacer reserva de su reclamo.

En este sentido, un sector de la doctrina, al cual nos adherimos, establece que

⁵¹⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Aída. Op. cit.*, p. 289.

[...] cuando la pena ha sido puesta como compensación en la mora, se acumula a la principal y el deudor no se libera cumpliendo extemporáneamente con la principal. Es decir, el acreedor no pierde el derecho de exigir el monto de la cláusula penal moratoria aunque hubiera aceptado el cumplimiento de la principal.

En cambio, otro sector⁵¹⁵ sostiene que «la recepción de la principal sin expresa reserva de reclamar la cláusula penal, extingue a esta última». Dicha solución tendría su eventual sustento en el carácter accesorio de la cláusula penal, recogido en nuestra legislación por el artículo 1345 del Código Civil.

Es importante señalar, asimismo, que el cumplimiento parcial de la obligación principal también ha dado lugar a discusiones doctrinales.

Al respecto, Llerena⁵¹⁶ estima que «si el acreedor acepta la ejecución parcial sin reservas y sin demandar la parte de la pena que corresponde, se entiende que renuncia a la pena; pero si acepta la ejecución parcial en la creencia de que se va a cumplir totalmente y después no se cumple, puede entonces pedir la pena».

Kemelmajer de Carlucci⁵¹⁷ no comparte la primera parte del razonamiento de Llerena, pues afirma que

[...] cuando el acreedor recibe el pago parcial en la inteligencia o creencia de que el deudor lo completará posteriormente, formulando reserva en tal sentido, la pena se debe íntegramente. Pero la aceptación del pago

⁵¹⁵ Entre ellos, podemos señalar a Eduardo B. Busso (BUSSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo III, p. 145) y a Alberto G. Spota (SPOTA, Alberto G. *Tratado de la Locación de Obra*, p. 108. Segunda Edición, tomo II. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1977).

⁵¹⁶ LLERENA, Baldomero. *Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino*. Buenos Aires: Editorial La Facultad, 1915, Tercera Edición, tomo III, p. 139.

⁵¹⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 291.

parcial, sin reservas, de ningún modo puede hacer presumir la renuncia a percibir la cláusula *in integrum*.

Compartimos la posición adoptada por la profesora argentina, ya que entendemos que cuando el acreedor acepta el cumplimiento parcial, la penalidad debe reducirse, conforme lo determina el artículo 1346 del Código Civil Peruano, pero de ninguna manera extinguirse como lo afirma Llerena.

Por consiguiente, en opinión nuestra el único pago que extingue la pena es el total. El cumplimiento parcial, aunque se haga sin reserva, solo faculta a la reducción de la cláusula penal.

Creemos conveniente, sin embargo, acentuar la necesidad de que el acreedor adopte todas las medidas necesarias a fin de evitar la extinción de la cláusula penal, cuando el pago hubiese sido insatisfactorio en algún aspecto, debiendo formular, al momento de efectuarse dicho pago deficiente, la correspondiente reserva, para que no exista ulteriormente duda alguna de que pueda exigir la penalidad pactada.

22.1.1.2. *Pago por consignación*

Dados los presupuestos previstos por los artículos 1251 y siguientes del Código Civil, es posible que el deudor recurra al procedimiento de la consignación.

En este caso entendemos que para que el pago de la obligación principal extinga la pena, es menester que se hayan cumplido todos los requisitos concernientes al pago.

La jurisprudencia argentina ha resuelto —según indica Kemelmajer de Carlucci—⁵¹⁸ que

⁵¹⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 293.

[...] cuando la consignación judicial de la suma adeudada no llena los requisitos legales, la multa pactada por el retardo en el pago no cesa de correr, aunque el acreedor hubiera podido disponer de los fondos sin perjuicio de mantener las demás cuestiones del litigio; pues si el acreedor no puede, con su actitud omisiva, agravar la situación del deudor, ello es así cuando la inacción de aquél no puede ser remediada por éste y el mismo no formuló ningún requerimiento para que el acreedor retire los fondos.

También debemos responder a la interrogante de si la aceptación del proceso por consignación de la obligación principal implica renuncia a las cláusulas penales moratorias devengadas con anterioridad a la consignación.

Sin embargo, declarada válida la consignación debe considerarse extinguido el derecho del acreedor a percibir las cláusulas penales posteriores al momento en que el objeto de la prestación estuvo a disposición del acreedor, mas no las anteriores.

22.1.1.3. Imputación del pago

Para que se presente el tema de la imputación del pago el artículo 1256 del Código Civil Peruano establece lo siguiente: 1) que existan varias obligaciones, a fin de que se suscite la posibilidad de elección entre todas ellas; 2) que esos vínculos obligatorios liguen al mismo deudor con el mismo acreedor, ocupando cada sujeto idéntica posición activa y pasiva en todas las relaciones; 3) que las prestaciones sean todas de la misma naturaleza, constituidas por prestaciones fungibles y homogéneas; y 4) que el pago efectuado no alcance a cubrir todas las deudas.

Ahora bien, el problema consiste en resolver cómo deben imputarse los pagos parciales cuando el deudor debe obligación principal y cláusula penal moratoria.

Creemos que aplicando analógicamente el artículo 1257 del Código Civil, el que expresa que «quien deba capital, gastos e intereses, no puede, sin el asentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los gastos, ni a estos antes que a los intereses», precisa resolverse la cuestión planteada equiparando la cláusula penal moratoria a los intereses, a pesar de las importantes diferencias conceptuales que median entre ambas figuras.

22.1.1.4. Pago con subrogación

Si se produce un pago con subrogación de la obligación principal, se transmitirán al nuevo acreedor las cláusulas penales que acceden a la prestación pagada.

Dicha solución se infiere de lo dispuesto por el artículo 1262 del Código Civil Peruano, del texto siguiente: «la subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado».

Lo expuesto encuentra su fundamento natural en la función de garantía de la pena convencional.

22.1.1.5. Dación en pago

Si el acreedor recibe voluntariamente en cancelación total una prestación diferente a la que debía cumplirse como obligación principal, se extingue la cláusula penal.

Somos de opinión, sin embargo, que si el acreedor recibe como cancelación parcial una prestación distinta de aquella que debía ejecutarse en cumplimiento de la obligación principal, la cláusula penal correspondiente deberá reducirse proporcionalmente.

22.1.1.6. Novación

Con relación a este tema manifestamos que cuando se produce novación de la obligación principal y esta se extingue, pasando a ser

reemplazada por otra obligación (novación objetiva), la cláusula penal también se extingue, salvo que las partes hayan estipulado algo distinto. Lo expuesto encuentra asidero legal en el primer párrafo de artículo 1283 del Código Civil, el que prescribe que «en la novación no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario».

Las mismas reglas prevalecen en los casos de las novaciones subjetivas por cambio de acreedor o de deudor, trátese, en este último supuesto, de delegación o de expromisión.

Dicha solución es clara, teniendo en cuenta la función de garantía que cumple la cláusula penal.

22.1.1.7. *Compensación*

Si la obligación principal se extingue por compensación, también se extingue la obligación accesoria, es decir la cláusula penal.

Dentro de esta línea de pensamiento, Peirano Facio⁵¹⁹ expresa que «la compensación tiene un efecto similar al del pago, cuyas veces hace».

La compensación de que acá se trata —afirma el profesor citado— «debe ser la compensación que obra respecto del crédito principal al cual la cláusula penal accede».

Agrega Peirano Facio que

[...] en este caso es indudable que la compensación hace las veces de pago e impide el surgimiento efectivo de la obligación penal a cargo del deudor de la pena, ya que se ha de entender que éste, por el solo hecho de haberse efectuado la compensación, ha dado cumplimiento a su obligación y, por ende, no incurre en pena.

⁵¹⁹ PEIRANO FACIO, Jorge. *Op. cit.*, p. 311.

Por otra parte, precisa señalarse que si la compensación fuese parcial, la cláusula penal se reducirá, salvo que esta sea indivisible, en cuyo caso la penalidad se deberá íntegramente, aplicándose los principios que estudiamos en su oportunidad.

A modo de conclusión, debemos expresar que si la cláusula penal hubiese sido constituida por un tercero, tal tercero podría oponer la compensación al acreedor por lo que este debía al deudor principal. Aquí consideramos de aplicación lo previsto por el artículo 1291 del Código Civil, el mismo que prescribe que «el garante puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al deudor».

Lo expuesto encuentra pleno fundamento en la función de garantía que cumple la cláusula penal.

22.1.1.8. Condonación y renuncia

De cualquier modo que se pruebe la condonación de la obligación principal efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, se extingue la obligación accesoria, es decir, la cláusula penal que garantizaba el cumplimiento de aquella (argumento del artículo 1295 del Código de 1984).

Si la parte acreedora, haciendo uso de su facultad para disponer de su derecho, condona al deudor el cumplimiento de la obligación principal, se entiende, por la misma razón, condonada la obligación penal. Es evidente, en este caso, que si el acreedor perdona al deudor el pago de su crédito, ha de perdonarlo también del pago de los accesorios del mismo.

Por otro lado, si bien es cierto que el Código Civil no regula expresamente la institución de la renuncia como medio de extinción de las obligaciones, parece evidente que si el acreedor, haciendo uso de la facultad de disponer de su derecho de crédito a título gratuito, re-

nuncia al mismo, se entiende que también renunciará al cobro de la cláusula penal que lo garantiza.

En buena cuenta tanto la condonación como la renuncia, al generar la extinción de la obligación principal, también han de producir la de la obligación penal, más aún si se tiene en consideración que en estos casos es el acreedor, por su propia voluntad, quien ha deseado dejar sin eficacia a la obligación principal.

Por lo demás, solo se trataría de la aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Conviene agregar que en estos casos, si la cláusula penal fuese constituida por un tercero, también se producirían los efectos extintivos. Este argumento comparte los fundamentos expuestos.

22.1.1.9. Consolidación

Si se reúnen en una misma persona las calidades contradictorias de acreedor y de deudor de la obligación principal, no habría duda de que la extinción también operaría respecto de la cláusula penal.

Si la cláusula penal hubiese sido constituida por un tercero, la consolidación del derecho del acreedor con la obligación del deudor de la obligación principal, o viceversa, también extinguiría la cláusula penal.

En esta línea de pensamiento, Peirano Facio⁵²⁰ expresa acertadamente que «en este caso podría haber una persona que no obstante la confusión de las calidades del acreedor y del deudor pudiera prestar la cláusula penal. Sin embargo, no es posible entender que la cláusula penal subsiste, puesto que el hecho del incumplimiento de la princi-

⁵²⁰ PEIRANO FACIO, Jorge. *Op. cit.*, p. 312.

pal no podría llegar a verificarse nunca y, por ende, nunca se llegaría a deber la obligación penal».

22.1.1.10. *Transacción*

El acto por el cual las partes contratantes se «hacen concesiones recíprocas, decidiendo sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado» (argumento del artículo 1302 del Código Civil Peruano), puede tener como objetivo extinguir la obligación principal y, por ende, la cláusula penal que garantizaba su cumplimiento.

Para aclarar lo señalado, creemos conveniente valernos del ejemplo citado por Kemelmajer de Carlucci,⁵²¹ cuando anota lo siguiente:

Un comprador de un fondo de comercio reclama judicialmente el cumplimiento del contrato en el cual se había pactado en su favor una cláusula penal moratoria por el incumplimiento de la obligación de transferir, pero en el mencionado contrato, el comprador se había comprometido a efectuar una serie de mejoras, en otro inmueble de la vendedora, las que ha realizado sólo parcialmente. Se suscribe judicialmente una transacción por la cual la vendedora transfiere efectivamente el fondo y libera a la compradora de efectuar las mejoras faltantes.

En el ejemplo relatado, si bien nada se expresa en torno a la cláusula penal, podemos concluir que, por efecto de la extinción de la obligación principal, debe considerársele también extinguida.

22.1.1.11. *Mutuo disenso*

Si las partes contratantes acuerdan dejar sin efecto el acto jurídico principal, no hay duda que se extingue la cláusula penal pactada, que

⁵²¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 301.

sirve de garantía a alguna obligación nacida de dicho acto (argumento del artículo 1313 del Código Civil).

22.1.1.12. La anulación o declaración de nulidad de la obligación principal

Respecto a esta modalidad de extinción, nos remitimos a los argumentos expresados al analizar el carácter accesorio de la cláusula penal.

22.1.1.13. Imposibilidad de pago

La imposibilidad de pago de la obligación principal también puede dar lugar a la extinción de la cláusula penal.

En este sentido, si la imposibilidad en la ejecución de la prestación principal no obedece a culpa del deudor, debemos concluir en que su obligación queda resuelta y, por lo tanto, la pena convencional estipulada también se extingue.

Sin embargo, si la imposibilidad de la prestación principal obedece a culpa del deudor, no hay duda que la cláusula penal pactada para valuar en forma anticipada los daños y perjuicios sería plenamente exigible.

22.1.1.14. Cumplimiento de la condición resolutoria

Para entender mejor este supuesto, consideramos conveniente utilizar el siguiente ejemplo:

El sujeto A celebra con el sujeto B un contrato de compraventa de un inmueble, bajo la condición resolutoria de que si el vendedor no es transferido a otra ciudad por su empleador en el plazo de seis meses, dicho acto jurídico quedará resuelto. Se estipula, además, el pago del precio en mensualidades, pactándose una cláusula penal moratoria. Posteriormente, vencen las dos primeras mensualidades y el comprador no cumple con pagar el precio. Por ello, el acreedor le requiere el pago de las cuotas vencidas más la pena convencional estipulada para el caso de

mora. Finalmente, transcurrido el plazo de seis meses, el vendedor no es trasladado de su centro de trabajo y, por consiguiente, el contrato de compraventa queda resuelto.

Respecto al caso en cuestión, consideramos que una vez resuelta la obligación principal por acaecimiento de la condición resolutoria, la cláusula penal moratoria también se extinguiría, no obstante que previamente a la resolución del contrato el deudor hubiese sido constituido en mora.

22.1.1.15. Cumplimiento del plazo resolutorio

Para analizar este supuesto recogemos el siguiente ejemplo:

A y B celebran un contrato de arrendamiento de un departamento ubicado en Miraflores, estipulándose un plazo resolutorio de un año y seis meses. Se pacta, asimismo, que para el caso de cumplimiento tardío en el pago de los alquileres, el deudor estará obligado a pagar una penalidad. Luego, este incurre en mora en el pago de la renta.

En nuestra opinión, el plazo resolutorio a que está sujeta la obligación principal también extingue la cláusula penal. Sin embargo, si previamente a la resolución del negocio principal el deudor estuviese en mora, el acreedor tendría derecho a exigirle el pago de la correspondiente cláusula penal, más la satisfacción de los alquileres impagos.

Lo expuesto encuentra asidero en la circunstancia de que el cumplimiento del plazo no opera retroactivamente, y, en consecuencia, la resolución de la obligación principal no extingue la cláusula penal, porque esta ya tiene vida propia antes de la resolución por vencimiento del plazo.

22.1.1.16. Prescripción y caducidad

«La prescripción no es un modo de extinguir las obligaciones, sino un medio de enervar la eficacia de la demanda judicial que por ellas

podiera haber entablado». ⁵²² En este sentido, el artículo 1989 del Código Civil Peruano dispone que «la prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo».

En estos casos la obligación se transforma en un deber jurídico de contenido patrimonial no exigible coercitivamente, vale decir en lo que se conoce comunmente con la denominación equívoca de obligación natural.

Por tanto, si se enerva el derecho de accionar para lograr el cumplimiento de la obligación principal, por efecto de la prescripción, tampoco podría exigirse el cumplimiento de la pena convencional.

Respecto a la figura de la caducidad, el artículo 2003 del Código Civil establece que «la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente». De ello se concluye que si la obligación principal caduca por mandato de la ley, la cláusula penal también se entenderá extinguida por la misma causa.

22.2. Por razón de la propia cláusula penal

Una vez que la cláusula penal es debida efectivamente por el deudor, ella asume las características de cualquier obligación pura y simple.

Por lo tanto, la pena convencional quedará sometida al régimen general de extinción de las obligaciones y puede perder eficacia en alguno de los supuestos antes explicados, con independencia de la plena eficacia de la obligación principal.

Por ello, solo analizaremos las modalidades de extinción que han provocado mayores cuestionamientos a nivel doctrinario.

⁵²² PEIRANO FACIO, Jorge. *Op. cit.*, p. 313.

22.2.1. *Compensación*

No encontramos inconveniente en aceptar la compensación entre lo adeudado por concepto de cláusula penal con los créditos que el deudor de dicha cláusula tenga contra el acreedor, siempre y cuando se presenten los requisitos previstos para la compensación en el artículo 1288 del Código Civil.

22.2.2. *Renuncia*

Si bien es cierto que el Código Civil no regula expresamente la institución de la renuncia como medio de extinción de las obligaciones —como se ha indicado con anterioridad—, resulta evidente que el acreedor podría renunciar a la cláusula penal que garantice su derecho a cobrar la obligación principal.

Como consecuencia de esta renuncia se despojaría al crédito principal de la obligación accesoria, lo que no impediría que dicho crédito tuviera plena eficacia.

El acreedor puede renunciar a la cláusula penal, ya sea antes o después de devenir esta en exigible.

Las dificultades respecto a la renuncia de la cláusula penal surgen —como bien lo sostiene Peirano Facio—⁵²³ en los casos en que la renuncia se efectúa por el acreedor de manera tácita o indirecta.

En este sentido es pertinente recoger el pensamiento de Laurent,⁵²⁴ quien afirma que las cuestiones de la renuncia de la pena convencional plantean siempre una dificultad de hecho que tiene que ser resuelta de acuerdo con el siguiente principio: las renunciaciones son

⁵²³ PEIRANO FACIO, Jorge. *Op. cit.*, pp. 314 y 315.

⁵²⁴ LAURENT, François. *Principes de Droit Civil Français. Op. cit.*, tomo XVII, p. 440.

de interpretación estricta y el juez debe, en caso de duda, mantener la cláusula penal y restringir su interpretación a lo que considera que es voluntad del acreedor.

22.2.3. *Imposibilidad de pago*

El deudor de la cláusula penal puede haberse obligado, por este concepto, a entregar un bien cierto o a efectuar una determinada prestación de hacer o de no hacer.

Si posteriormente se destruye el bien o la realización del comportamiento o la abstención debida se tornan imposibles, podrían presentarse diversas situaciones, teniendo en cuenta lo dispuesto por los artículos 1138, 1154 a 1157 y 1160 del Código Civil.

- (a) Tenemos, en primer lugar, el caso en que las partes contratantes hubiesen estipulado una cláusula penal que garantice la ejecución de la obligación principal por el deudor.

Si el cumplimiento del objeto de la pena convencional deviene en imposible por culpa del deudor, el acreedor tendría el derecho de optar por reclamar los daños y perjuicios que le ocasionara el incumplimiento de la obligación principal, valiéndose del régimen indemnizatorio del Derecho Común, o el valor de la cláusula penal.

Lo expuesto se fundamenta, a decir de Kemelmajer de Carlucci, en que «el hecho culposo del deudor no puede mejorar su situación».

Agrega dicha autora que «puede ocurrir que el acreedor, en virtud de la cláusula penal pactada, no se haya precavido adecuadamente a fin de reunir la prueba indispensable para probar los perjuicios causados con el incumplimiento de la principal. Corresponde, en consecuencia, otorgarle el derecho a exigir el valor de la cláusula penal [...]».

- (b) Si las partes contratantes hubiesen pactado una cláusula penal cuyo cumplimiento deviniera en imposible sin culpa del deudor.

Aquí la obligación accesoria se extinguiría y el acreedor solo tendría derecho a reclamar los daños y perjuicios derivados de la inexecución de la obligación principal por el régimen del Derecho Común.

Precisa señalarse, a modo de conclusión, que las soluciones explicadas se sustentan en el análisis sistemático de las normas pertinentes del Código Civil —estudiadas al abordar este tema—, las cuales se aplican a las obligaciones principales y accesorias.

22.2.4. *Muerte del deudor*

La muerte del deudor, como bien sabemos, no produce, en principio, ni la extinción de la obligación principal ni la de la cláusula penal, la misma que se transmite a sus herederos, salvo en los casos de las obligaciones *intuitu personae*.

Sin embargo, como lo señala la doctrina, a veces la muerte del deudor produce una imposibilidad temporaria de cumplir con la obligación, por lo que tratándose de cláusulas penales moratorias pareciera que su devengamiento debiera suspenderse mientras opera tal imposibilidad.

En este sentido consideramos pertinente reseñar el siguiente ejemplo:

José vende a Eduardo un terreno, estipulándose para el caso de no suscribir la escritura pública de transferencia, una penalidad pecuniaria moratoria diaria. José muere pocos días antes del vencimiento del plazo estipulado dejando herederos capaces e incapaces.

Aquí se comprende claramente que los herederos no podrían cumplir con su obligación de inmediato, pues se requerirá la realización de una serie de trámites procesales que tomarán algún tiempo. Por ello, durante este período los herederos deberían estar eximidos del pago de la obligación accesoria.

Ahora bien, si José falleciera después del vencimiento del plazo pactado, resultaría evidente que transmitió a sus herederos la obligación de la cláusula penal, y estos podrían ser eximidos de la que se devengaría durante este período intermedio, pero no de la que había corrido ya en cabeza del causante.

22.2.5. *Prescripción*

La obligación de pagar la cláusula penal también es susceptible de prescribir.

Por ello, no obstante que el Código Civil no regula expresamente la materia, consideramos que tratándose de una obligación accesoria, deberá aplicarse a la acción para reclamar la pena, el mismo plazo prescriptorio que rige para la principal a la cual accede.

Ese plazo de prescripción debe computarse desde que se incumple la obligación principal pactada, porque es entonces cuando nace la obligación del pago de la penalidad, quedando expedito el derecho del acreedor para exigir su cumplimiento.

22.3. *Por razón de su conexión con otras instituciones*

Por último, y bajo dicho encabezamiento, analizamos los casos en los cuales la cláusula penal puede extinguirse por razón no de la obligación principal que garantiza, ni de la cláusula penal en sí misma, sino por su conexión con otras instituciones distintas a ambas.

Nos referimos concretamente a los supuestos de extinción de la pena convencional por su relación con la usura.

El Código Civil Peruano, en sus artículos 1243 al 1250, regula el pago de intereses legales y convencionales y, en esta materia, establece límites a la libertad de contratación de los particulares en operaciones ajenas al Sistema Financiero, con el fin de evitar que se presenten casos de usura.

Dentro de tal orden de ideas, podrían existir supuestos en los que una cláusula penal moratoria, aparentemente válida, encubra en realidad intereses usurarios prohibidos por nuestro ordenamiento (a pesar de que entre las cláusulas penales y los intereses existen notorias diferencias conceptuales, como previamente se ha visto).

En estos casos no cabe duda que se deberán aplicar —*mutatis mutandis*— los efectos previstos por el segundo párrafo del artículo 1243 del Código Civil, en el sentido que cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución o a la imputación al capital, a voluntad el deudor.

23. DIFERENCIAS ENTRE LA CLÁUSULA PENAL Y OTRAS FIGURAS E INSTITUCIONES JURÍDICAS

La cláusula penal es una figura con estructura, caracteres, funciones y efectos propios, por lo que teóricamente no cabe confundirla con otra clase de obligaciones, instituciones o actos jurídicos.

Sin embargo, ello no significa que quede eliminado todo problema al respecto, pues la casuística presenta situaciones en las cuales se hace difícil dilucidar si nos encontramos ante una cláusula penal o ante relaciones obligacionales de otro tipo, aunque aparentemente similares a aquella.

Las dificultades se presentan en la determinación del verdadero sentido y alcances de la estipulación. Por eso, Peirano Facio⁵²⁵ manifiesta coherentemente que

[...] aun en las situaciones más equívocas, se advierte claramente que el problema que se plantea es sólo de interpretación, que se reduce a saber si en un caso dado las partes contratantes han querido pactar una cláusula penal u otra institución similar, ya que los conceptos teóricos que delimitan estos diversos institutos no pueden presentar dudas en el actual estado del progreso del Derecho Civil [...].

Por lo expuesto consideramos pertinente aludir a las diferencias teóricas esenciales que distinguen a la cláusula penal de otros institutos análogos, con los cuales podría llegar a confundirse, por semejanzas en su estructura y funcionamiento.

23.1. Diferencias con las obligaciones alternativas

Las obligaciones con cláusula penal tienen, en nuestra opinión, las siguientes diferencias con las obligaciones alternativas:

- (a) La obligación alternativa comprende dos o más prestaciones (no dos o más obligaciones).

En las obligaciones con cláusula penal debe distinguirse la obligación principal —aquella que el deudor está obligado a cumplir— de la obligación penal o penalidad.

- (b) La obligación alternativa necesariamente es de objeto plural, es decir, contiene dos o más prestaciones.

En cambio la penalidad, por lo general, comprende una sola prestación y esta solo se debe en caso de incumplimiento. Sin

⁵²⁵ PEIRANO FACIO, Jorge. *Op. cit.*, p. 147.

embargo, no podría descartarse, al menos en el plano teórico, que la penalidad fuese una obligación de objeto plural. Y, si este fuese el caso, dicha penalidad inclusive podría ser una obligación alternativa.

- (c) Cuando la cláusula penal se ha pactado para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, entonces, a diferencia de lo que ocurre en la obligación alternativa, se deben ambas prestaciones, la principal y la accesoria (argumento del artículo 1342 del Código Civil Peruano).

En las obligaciones alternativas las prestaciones no podrían ser exigidas conjuntamente, porque ello desnaturalizaría la institución.

- (d) En la obligación alternativa no existen dos o más obligaciones. Solo se hallan dos o más prestaciones, a diferencia de las obligaciones con cláusula penal, donde existen dos obligaciones: la principal y aquella que la garantiza, es decir la nacida de la cláusula penal.

En este sentido, Kemelmajer de Carlucci⁵²⁶ precisa que en las obligaciones con cláusula penal compensatoria no existe multiplicidad de objetos independientes y equivalentes entre sí; muy al contrario, hay un vínculo principal y otro accesorio, siendo este último subsidiario y eventual.

- (e) Si se extingue una de las prestaciones de la obligación alternativa, sin culpa de las partes o por culpa del deudor, se deben las que subsisten y la elección recaerá sobre alguna de estas (argumento de los artículos 1165, inciso 2, y 1166, incisos 2 y 3, del Código Civil).

⁵²⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 322 y 323.

En el caso de las obligaciones con cláusula penal, si se produjera la extinción de la obligación principal sin culpa del deudor se extingue la cláusula penal.

- (f) Como expresa Sanz Viola,⁵²⁷ en la obligación con cláusula penal, hasta el momento del incumplimiento de la obligación principal, no existe posibilidad de optar por una u otra prestación, ni por parte del acreedor ni del deudor, ya que durante ese período solo es relevante la obligación principal.
- (g) En la obligación con cláusula penal, llegado el momento de ser exigible la obligación principal y producido el incumplimiento, quien tiene la facultad de optar entre exigir la pena o el cumplimiento es el acreedor.

En las obligaciones alternativas, la elección, en principio, corresponde al deudor, salvo que las partes hubiesen pactado que la elección la deba realizar el acreedor o un tercero (argumento del artículo 1162 del Código Peruano).

- (h) En la obligación con cláusula penal el acreedor, aunque haya exigido el cumplimiento de la obligación principal, no pierde la posibilidad de pedir la pena hasta lograr el cumplimiento efectivo.

Por el contrario, en las obligaciones alternativas, una vez efectuada la elección de una de las prestaciones, desaparece cualquier posibilidad de elegir alguna otra. Luego de esta elección la obligación alternativa (de objeto plural) se convierte en una de objeto simple.

En las obligaciones alternativas, por tanto, la opción tomada por el acreedor tiene carácter irrevocable, mientras que en las

⁵²⁷ SANZ VIOLA, Ana María. *Op. cit.*, pp. 36 y 37.

obligaciones con cláusula penal dicho carácter irrevocable se presentará solo cuando se opta por la pena.

- (i) A decir de Kemelmajer de Carlucci, mientras el deudor de la obligación alternativa puede extinguirla mediante el pago de cualquiera de las prestaciones, el de la obligación con cláusula penal no está autorizado para ofrecer la pena en lugar de la prestación principal, salvo pacto expreso en contrario. No existe, entonces, la posibilidad de elección que se concede al deudor en las primeras.
- (j) Según anota la misma autora argentina, la circunstancia de que una de las prestaciones alternativamente debidas sea ilícita o imposible no provoca la nulidad de la obligación, la cual subsiste con las que sean posibles o lícitas, porque las prestaciones son independientes unas de otras. En cambio, la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal que le accede.
- (k) Es oportuno destacar el pensamiento de Borda,⁵²⁸ quien acota que en la práctica, cuando la cláusula penal accede a una obligación de hacer, esta funciona como alternativa si para obtener su cumplimiento es necesario hacer fuerza sobre la persona del deudor, porque como ello está prohibido, el deudor adquiere en definitiva la opción de cumplir la principal o pagar la pena.

Disentimos de la tesis del maestro argentino.

En nuestra opinión, la cláusula penal, en el caso expuesto, no funciona como si fuera una obligación alternativa. Actúa más como una obligación facultativa, porque la cláusula penal se encuentra subordinada a la obligación principal, ya que el ob-

⁵²⁸ BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 186.

jeto de la obligación continúa siendo la prestación principal (artículo 1169 del Código Civil Peruano), pese a la imposibilidad de exigir la ejecución forzada de dicha obligación (sería necesario emplear violencia contra la persona del deudor para obtener la realización de la conducta debida, lo que está prohibido por el artículo 1150 del Código Civil).

Por ello el deudor tendrá, en la práctica, la facultad de sustituir la obligación principal por la pena convencional.

- (l) En las obligaciones con cláusula penal, cuando el acreedor, ante el incumplimiento del deudor, decide exigir la prestación principal o la pena, esta no es, en estricto, una elección, sino una decisión de su parte.

Sin embargo, debe comunicarla al deudor, a fin de que este conozca qué es lo que se le está exigiendo y, por tanto, lo que tiene que cumplir.

23.2. *Diferencias con las obligaciones facultativas*

Las obligaciones con cláusula penal tienen las siguientes diferencias con las obligaciones facultativas:

- (a) En la obligación facultativa el deudor tiene el derecho de sustituir la prestación principal por la accesoria, por la prestación estipulada *in facultate solutionis*.

En la obligación con cláusula penal el deudor no tiene este derecho, pues debe cumplir con la obligación principal. La exigencia de la penalidad es solo potestad del acreedor.

- (b) En la obligación facultativa el acreedor únicamente puede demandar o exigir el cumplimiento de la prestación principal; nunca puede exigir al deudor el cumplimiento de la prestación accesoria.

En la obligación con cláusula penal sucede lo contrario. El acreedor, en caso de incumplimiento, puede exigir la penalidad o, si fuese posible y lo considerara conveniente, el cumplimiento de la obligación principal.

Compartiendo esta línea argumentativa, Peirano Facio⁵²⁹ sostiene que a pesar de las semejanzas existentes entre la cláusula penal y las obligaciones facultativas, los dos tipos de obligación presentan la siguiente diferencia:

[...] en la obligación facultativa el deudor puede preferir liberarse con la prestación puesta *in facultate solutionis*, mientras que en la obligación con cláusula penal no puede, a su arbitrio, ofrecer la pena en lugar del cumplimiento de la obligación principal.

Con similar criterio, Sanz Viola⁵³⁰ diferencia las obligaciones facultativas de las obligaciones con cláusula penal, expresando que en la cláusula penal no se deja al arbitrio del deudor la posibilidad de liberarse de la obligación cumpliendo la pena, mientras que en la obligación facultativa el deudor sí tiene esta facultad.

- (c) Giorgi⁵³¹ sostiene que es importante saber si las partes han querido pactar una obligación facultativa o una obligación con cláusula penal.

Afirma el maestro italiano que dicho conocimiento se obtendrá por mera interpretación de la voluntad. Dentro de tal orden de ideas, agrega que es preciso averiguar el fin que las partes se han propuesto en el contrato; pues si han querido esta-

⁵²⁹ PEIRANO FACIO, Jorge. *Op. cit.*, p. 149.

⁵³⁰ SANZ VIOLA, Ana María. *Op. cit.*, pp. 38 y 39.

⁵³¹ GIORGI, Giorgio. *Op. cit.*, tomo IV, p. 475.

blecer una sanción reparadora o vindicativa, estaremos frente a un caso de cláusula penal; si, por el contrario, solo han buscado hacer más libre la situación del deudor, permitiéndole no ejecutar su obligación a cambio de un sustituto de ella, hallamos un pacto de obligación facultativa. En el primer caso, el contrato es una ventaja para el acreedor; en el segundo, es el deudor quien resulta favorecido.

- (d) Expresa Sanz Viola, que en el caso de las obligaciones con cláusula penal hay eventualmente dos obligaciones y la pena no está *in facultate solutionis*; la obligación penal es una segunda obligación más gravosa, condicionada al incumplimiento de la primera.

Por el contrario, en el caso de las obligaciones facultativas existe una obligación única y una simple *facultas solutionis*.

- (e) Por otro lado, Cáceres⁵³² precisa que la simple estipulación a favor del deudor de liberarse con el pago de la multa no le da sin más el carácter de obligación facultativa. Pero lo es cuando además de esta facultad se le veda al acreedor exigir la principal, ya que aquí no existe en realidad una verdadera cláusula penal, sino una suerte de novación objetiva condicionada; condicionada porque está sometida al acontecimiento incierto y futuro que el deudor incumpla y que, además, opte por el pago de la accesoria; novación objetiva porque en ese momento se extingue la principal, que operó como obligación anterior que le sirvió de causa.
- (f) Las obligaciones facultativas se convierten en simples si la prestación accesoria resulta nula o imposible de cumplir.

⁵³² CÁCERES, Horacio. «La Cláusula Penal en las Obligaciones Contractuales». En *Homenaje a Pedro León*. Córdoba, 1976, pp. 140 y 141.

Ello también podría ocurrir en las obligaciones con cláusula penal, pero solo en la medida que la obligación principal fuese de objeto simple; si fuera de objeto plural, la obligación no se convertiría en simple ante la extinción de la penalidad. Continuaría siendo una obligación de objeto plural.

23.3. *Diferencias con las obligaciones condicionales.*

Al referirnos a los caracteres de la cláusula penal, señalamos que un sector de la doctrina la caracterizaba como condicional, es decir, que estaba sometida al acontecimiento incierto y futuro de que se produjera el incumplimiento total o la ejecución parcial, tardía o defectuosa de la obligación principal. Sin embargo, como recordará el lector, nosotros le hemos negado tal carácter condicional, por las razones expuestas en su oportunidad.

Pero asumiendo el negado carácter condicional de las obligaciones con cláusula penal, ello nos merecería los siguientes comentarios:

- (a) Si se adoptase la posición doctrinaria que sostiene el carácter condicional de la cláusula penal, la obligación con cláusula penal tendría una analogía evidente con la obligación condicional, pues hablando *lato sensu*, la pena sería debida bajo la condición de que la obligación principal no sea ejecutada.
- (b) Consideramos, sin embargo, que la principal diferencia que surge entre estas dos obligaciones —utilizando el criterio puesto de relieve por Toullier—⁵³³ es que la cláusula penal va necesariamente precedida de una obligación primitiva que subsiste por sí misma. En otras palabras, en la obligación con cláusula penal hay una obligación primitiva existente antes del adveni-

⁵³³ TOULLIER. *Le Droit Civil Français Suivant l'ordre du Code*. París, 1830, tomo VI, pp. 839-841.

miento de la denominada «condición» e independiente de ese advenimiento.

En cambio, en la obligación condicional no existe obligación alguna que deba ejecutarse antes del advenimiento de la condición, ya que la obligación en este caso no adquiere eficacia, sino por este advenimiento.

En esta línea de pensamiento, Becerra Toro⁵³⁴ señala con relación a las diferencias entre las obligaciones con cláusula penal y las obligaciones condicionales, que conviene destacar la opinión de Rogron, quien afirma que «la obligación con cláusula penal [...] se distingue de la condicional en que la última no existe antes de realizarse la condición, y en la primera hay siempre una obligación anterior o independiente de la condición».

Esta diferencia se muestra más sensible si la traducimos en un ejemplo. Giorgi⁵³⁵ —siguiendo a Toullier— anota lo siguiente:

Cuando alguno promete pagar cien pesos si no derriba un árbol, no contrae precisamente la obligación de derribar el árbol, ya que dicha prestación en lugar de presentarse como objeto de la promesa, aparece solamente como un hecho futuro e incierto del que depende el pago de los cien pesos. Estamos, pues, en los términos de una obligación condicional potestativa, dependiente de la voluntad del deudor. Ningún vínculo serio liga a éste con el acreedor, y éste por su parte no tiene ninguna acción que ejercitar en juicio. Pero si el deudor, al contrario, ha prometido derribar el árbol y en su defecto se ha obligado al pago de los cien pesos, los términos están invertidos: el derribar el árbol se ha convertido en el verdadero objeto de la obligación y el pago de los cien pesos se ha transformado en cláusula penal destinada a garantizar el cumplimiento de aquélla.

⁵³⁴ BECERRA TORO, Rodrigo. *Op. cit.*, p. 315.

⁵³⁵ GIORGI, Giorgio. *Op. cit.*, tomo IV, p. 475.

En este caso el acreedor podrá exigir al deudor que cumpla con la obligación. De lo contrario, el deudor quedará condenado al pago de la penalidad estipulada.

- (c) Siguiendo estos conceptos, Llambías,⁵³⁶ para apreciar las diferencias entre las obligaciones con cláusula penal y las obligaciones condicionales, y para que se pueda advertir cabalmente la comparación que efectúa, utiliza un ejemplo de obligación condicional: «A se obliga a favor de B, a pagar cien mil pesos, si no llegara a entregarle un caballo de cierta raza».

Aquí, indica dicho autor, que aunque los resultados prácticos en ciertos casos puedan ser equivalentes, la situación jurídica es esencialmente diferente de la que se deriva de una cláusula penal.

Por lo pronto —dice Llambías—, hay diversidad de objeto debido que en el ejemplo de la obligación con cláusula penal es el caballo, y en aquel otro, el dinero. Esto hace que el primer acreedor pueda lograr el cumplimiento específico de la obligación, mediante el desapoderamiento del deudor con respecto al caballo, lo que está fuera de las posibilidades del acreedor condicional con relación al hecho que solo es el presupuesto de la entrega de dinero pactada a su favor: aquí el deudor puede o no entregar el caballo, según su arbitrio.

- (d) El profesor citado añade que en la obligación con cláusula penal, el vínculo es firme y seguro, y el derecho del acreedor es cierto y actual. En cambio, en la obligación condicional, el mismo vínculo comienza por ser incierto, y consiguiente-

⁵³⁶ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, p. 429.

mente, el derecho del acreedor es eventual y configura una expectativa que puede resultar desvanecida.

- (e) En las obligaciones con cláusula penal existe una obligación principal y otra accesoria; en las obligaciones condicionales, en cambio, existe una sola obligación (precisamente, aquella que se encuentra sujeta a dicha condición).
- (f) Según refiere Kemelmajer de Carlucci,⁵³⁷ en las obligaciones condicionales el acreedor no tiene derecho de exigir el cumplimiento del hecho condicionante; debe mantenerse en actitud expectante, como espectador que aguarda que el hecho acontezca o no acontezca, para luego proceder en consecuencia.

En cambio, en las obligaciones con cláusula penal, producido el incumplimiento, el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación accesoria.

- (g) La citada profesora argentina refiere que a pesar de que las diferencias conceptuales entre estas dos figuras son elocuentes, muchas veces las previsiones contractuales no siempre están expresadas claramente. Precisa por ello que debe extraerse la voluntad de las partes del contexto general del acto.

En este sentido, Kemelmajer de Carlucci señala que la piedra de toque para efectuar la distinción radica en investigar si quedó o no al arbitrio del deudor cumplir o no con el hecho condicionante. Si así fuere, la obligación es condicional; si al contrario, no existió tal arbitrio, estamos en presencia de una cláusula penal. En caso de duda, debe estimarse que se trata de una cláusula penal, solución que se funda en el principio de conservación de la obligación.

⁵³⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 327 y 328.

23.4. *Diferencias con el contrato de fianza*

El supuesto base para apreciar las semejanzas entre la fianza y la cláusula penal, radica en que esta última haya sido estipulada por un tercero que se obliga a ejecutar en favor del acreedor una prestación en caso que el deudor no cumpla o ejecute en forma parcial, tardía o defectuosa la obligación principal.

Desde esta óptica y no obstante lo expuesto, se pueden identificar entre ambas figuras notorias diferencias que pasamos a señalar:

- (a) Pese a tratarse en ambos casos de obligaciones accesorias y de garantía, en la fianza siempre es necesaria la intervención de un tercero distinto del obligado (argumento del artículo 1868 del Código Civil).

En cambio, en las obligaciones con cláusula penal, esta última podría ser estipulada por el propio deudor de la obligación principal o por un tercero.

- (b) Es usual que la cláusula penal compensatoria represente un valor patrimonial superior a la prestación principal, pues en esta forma cumple acabadamente su función compulsiva. En cambio, el fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el deudor principal (argumento del artículo 1873 del Código de 1984). Ello no obstante lo dispuesto por el citado numeral, en el sentido que es válido que el fiador se obligue de un modo más eficaz que el deudor.
- (c) Si la fianza es simple, el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin que antes se agoten los medios para cobrar al deudor (beneficio de excusión previsto por el artículo 1879 del Código Civil). Si la fianza es solidaria, el acreedor gozará del derecho de cobrar el íntegro a cualquiera de ellos, indistintamente.

En las obligaciones con cláusula penal, en cambio, el incumplimiento del deudor hace nacer en favor del acreedor un derecho de opción para reclamar la prestación principal o la cláusula penal.

- (d) Ahora bien, si tenemos en cuenta las diferencias entre ambas figuras, resulta importante conocer la voluntad de los contratantes a fin de determinar cuál fue la que desearon adoptar.

Aquí cabe referirnos al pensamiento de Peirano Facio,⁵³⁸ cuando manifiesta que

[...] si una obligación prometida por un tercero en garantía de una obligación principal cualquiera, es una fianza o una cláusula penal, produce en el terreno de la reglamentación una serie de consecuencias fundamentales para el tercero, en particular las que derivan de saber si puede o no acogerse al estatuto jurídico de la fianza [...].

- (e) La obligación con cláusula penal, en principio, no precisa revestir formalidad alguna.⁵³⁹ En cambio, el contrato de fianza es formal, debiendo constar por escrito, bajo sanción de nulidad, según lo dispuesto por el artículo 1871 del Código Civil.
- (f) En las obligaciones con cláusula penal no se trata a nivel teórico de una subcláusula penal. En cambio, puede ser materia corriente la subfianza (artículo 1888 del Código Civil).

23.5. *Diferencias con el contrato de seguro*

- (a) Siguiendo a Busso,⁵⁴⁰ podemos afirmar que el seguro es exclusivamente indemnizatorio, guardando proporción con el mon-

⁵³⁸ PEIRANO FACIO, Jorge. *Op. cit.*, pp. 152 y 153.

⁵³⁹ Remitimos al lector a nuestro análisis de la formalidad de la cláusula penal.

⁵⁴⁰ BUSSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 462.

to asegurado y con el daño. Asimismo, la suma que debe pagarse en caso de producirse el siniestro no puede ser superior al perjuicio real experimentado.

En cambio, en la cláusula penal no tiene por qué haber proporción entre el daño y la pena. Busso agrega que mientras el asegurado queda a salvo del riesgo originado por el caso fortuito o fuerza mayor, no ocurre lo mismo con el acreedor bajo cláusula penal.

- (b) En cuanto a los límites máximos, Kemelmajer de Carlucci⁵⁴¹ señala que en el seguro el monto asegurado representa el límite máximo, es decir, opera como tope, pero si los daños son inferiores se responde solo en función de ellos.

En cambio, la cláusula penal se debe —por lo menos teóricamente— aunque se acredite que el acreedor no sufrió daños o que ellos fueron inferiores a los pactados.

- (c) En lo que respecta al caso fortuito o de fuerza mayor, Kemelmajer de Carlucci entiende que una de las diferencias entre las obligaciones con cláusula penal y el seguro consiste en que el seguro absorbe el caso fortuito o de fuerza mayor; o sea, producido el daño por caso fortuito o de fuerza mayor, la aseguradora debe indemnizar los daños; este es, precisamente, uno de los fines principales del seguro. En cambio, producido el incumplimiento por caso fortuito o de fuerza mayor, no se debe la cláusula penal.

23.6. *Diferencias con la prenda*

- (a) En cuanto a la naturaleza del derecho otorgado, en las obligaciones con cláusula penal y en la prenda aquel tiene diferente

⁵⁴¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 331.

naturaleza. En el primer caso, estamos ante un derecho personal o crediticio; en el segundo caso se trata de un derecho real de garantía.

- (b) En cuanto a la promesa de entrega y la entrega efectiva, en la cláusula penal solo existe la obligación de entregar un bien determinado (cuando el objeto de la penalidad constituya una prestación de dar); mientras que en la prenda se exige la entrega efectiva del bien (física o jurídica, conforme a lo establecido por el artículo 1055 del Código Civil).

Sin embargo —siguiendo a Kemelmajer de Carlucci—,⁵⁴² podemos afirmar que no encontramos impedimento en que la obligación penal tenga por objeto un bien que ya esté en poder del acreedor; pero aun en ese caso las diferencias aparecen nítidas.

- (c) En lo que respecta al derecho de preferencia, en razón de tratarse de un derecho real, la prenda otorga tal derecho de preferencia al acreedor (artículo 1068 del Código Civil); en cambio, la cláusula penal no producirá a favor del sujeto activo ninguna prelación en el cobro.
- (d) En cuanto se refiere a la divisibilidad o indivisibilidad, otra diferencia importante entre las obligaciones con cláusula penal y la prenda radica en el hecho de que mientras la prenda es siempre indivisible (artículo 1056 del Código Civil), la cláusula penal, como ya se ha estudiado, puede ser de objeto divisible o indivisible.
- (e) En lo que atañe a la posibilidad de disposición del bien objeto de garantía, en las obligaciones con cláusula penal el acreedor

⁵⁴² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 332.

tiene derecho de disponer del bien objeto de la pena convencional, si este estuviera en su poder y se hubiera producido el incumplimiento de la obligación principal.

En cambio, el acreedor prendario, una vez producida la inejecución, deberá iniciar las acciones correspondientes previstas por la ley para la ejecución del bien pignorado, no pudiendo disponer del mismo, ya que le está vedado apropiarse del bien objeto de garantía (argumento del artículo 1066, que prohíbe el pacto comisorio).⁵⁴³

23.7. *Diferencias con la indemnización ordinaria de daños y perjuicios*

Existen marcadas diferencias entre las obligaciones con cláusula penal y la indemnización ordinaria de daños y perjuicios, a saber:

- (a) En cuanto al origen, usualmente la cláusula penal lo tiene en el contrato, esto es en un acto voluntario producto del acuerdo de las partes contratantes.

⁵⁴³ En este sentido, resulta importante recoger el pensamiento de Kemelmajer de Carlucci (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 333 y 334), quien expresa que «el juzgador deberá evitar que mediante una cláusula penal se pretenda actuar en fraude a la ley, pues, en efecto, es posible que mediante la estipulación de una cláusula penal se haya querido soslayar la aplicación de las prohibiciones establecidas al acreedor prendario». Agrega la profesora citada que la determinación de la verdadera naturaleza del derecho otorgado no siempre es fácil, como en el ejemplo de un inquilino que entrega, en garantía o seguridad del pago de los arrendamientos, un cuadro valioso, pactándose que la falta de cumplimiento de las obligaciones asumidas producirá la resolución del contrato además de la pérdida del cuadro entregado. «Si lo pactado es una cláusula penal, el locador tendrá derecho a hacer suyo el cuadro ya entregado, por el simple incumplimiento imputable; en cambio, si es una prenda, el locador deberá iniciar las acciones correspondientes, porque le está vedado apropiarse de la cosa prendada, aun cuando ésta sea de menor valor que la deuda, no pudiendo disponer de ella fuera de los modos establecidos en el Código Civil».

En cambio, la indemnización ordinaria de daños y perjuicios resulta impuesta por la ley, cada vez que se verifiquen en la realidad ciertos requisitos, y cuyo monto será determinado por el juez.

- (b) En lo que respecta al objeto, la cláusula penal puede tener por objeto una prestación de dar, de hacer o de no hacer. En cambio, la indemnización ordinaria de daños y perjuicios siempre se estimará en dinero.
- (c) En lo que atañe al régimen de la prueba de los daños y perjuicios, la cláusula penal —en principio— no requiere que se pruebe su existencia ni cuantía. En cambio, en la indemnización ordinaria, los daños y perjuicios deben probarse para que ella proceda.
- (d) En lo relativo a la oportunidad —y siguiendo a Becerra Toro—,⁵⁴⁴ consideramos que la cláusula penal es la estimación anticipada de los perjuicios que se causarán con la inejecución total o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal. En cambio, en lo que hace a la indemnización ordinaria, primero se produce el daño, luego se demuestra y estima el perjuicio, y finalmente procede su reparación en dinero.
- (e) En cuanto al sujeto beneficiado, los daños y perjuicios se le reparan a quien ha sufrido la lesión patrimonial o extrapatrimonial, o sea que el beneficiario de ellos es siempre el acreedor o, en su caso, sus herederos. La cláusula penal, en cambio, puede pactarse a favor de un tercero, como ya ha sido estudiado.

⁵⁴⁴ BECERRA TORO, Rodrigo. *Op. cit.*, p. 326.

23.8. *Diferencias con las cláusulas limitativas de responsabilidad*

Como se ha expresado en forma reiterada, la cláusula penal constituye la valuación anticipada que efectúan las partes contratantes de los posibles daños y perjuicios que, producto del incumplimiento de la obligación por el deudor, se causarían al acreedor.

En este sentido, el acreedor no tendría derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la penalidad pactada era insuficiente. Por lo expuesto, la cláusula penal podría aparecer como una estipulación limitativa de responsabilidad.

Sin embargo, a pesar de las semejanzas entre ambas figuras, las diferencias son evidentes:

- (a) La cláusula penal cumple una función de garantía y de sanción (punitiva) por el incumplimiento de la obligación principal. En cambio, las cláusulas limitativas de responsabilidad implicarían una reducción de la sanción normal de aquella.
- (b) De lo expresado se desprende que la cláusula penal tiende a favorecer al acreedor, ya que aumenta sus garantías del crédito. En cambio, la cláusula limitativa de responsabilidad beneficia al deudor, pues disminuye aquellas.
- (c) Las cláusulas limitativas de responsabilidad hacen referencia directamente a los daños causados, mientras que la cláusula penal se refiere al incumplimiento mismo. Por eso precisa Kemelmaier de Carlucci⁵⁴⁵ que las cláusulas limitativas quedan enmarcadas por los daños, pues si estos son inferiores al monto de la cláusula limitativa, se debe el monto de los daños. En cambio,

⁵⁴⁵ KEMELMAIER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 335 y 336.

la cláusula penal enmarca la indemnización, y ella se debe —al menos teóricamente— aunque los daños reales sean inferiores.

Dentro de tal orden ideas, es pertinente recordar las palabras de Ripert y Boulanger,⁵⁴⁶ quienes señalan que la suma fijada preventivamente es siempre condicionante de la indemnización en la cláusula penal, a diferencia de lo que sucede en las cláusulas limitativas de responsabilidad, donde solo lo es cuando los daños reales son mayores que la suma fijada.

Esta diferencia resulta evidente en nuestro ordenamiento legal, no obstante que, como oportunamente se estudió, se admita la reducción de la penalidad ante determinados supuestos, que no constituyen, por cierto, la regla general.

- (d) En las cláusulas limitativas de responsabilidad —como expresa García Amigo—,⁵⁴⁷ el juez no tiene facultad moderadora de ninguna naturaleza. En cambio, en la cláusula penal el juez sí la tiene (siempre y cuando se den los supuestos contenidos en el artículo 1346 del Código Civil Peruano de 1984). Dicho en otras palabras, en el caso de las cláusulas limitativas de responsabilidad no se trata de una facultad judicial de reducción, sino que como ellas juegan como límite, deben fijarse indemnizaciones menores si los daños no ascienden al monto previsto.
- (e) Para exigir la cláusula penal no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos (artículo 1343 del Código Civil). En cambio, en la cláusula limitativa de responsabilidad la prueba de los daños corresponde al acreedor perjudica-

⁵⁴⁶ RIPERT, Georges y Jean BOULANGER. *Op. cit.*, tomo IV, p. 875.

⁵⁴⁷ GARCÍA AMIGO, Manuel. *Cláusulas Limitativas de la Responsabilidad Contractual*. Madrid: Editorial Tecnos, 1965, p. 135.

do, pudiendo el deudor defenderse sosteniendo que los daños reales son inferiores a la cantidad estipulada en dicha cláusula.

- (f) Como lo hemos manifestado al tratar el tema, en la cláusula penal compensatoria —una vez producido el incumplimiento— nace a favor del acreedor el derecho de optar entre el cumplimiento de la obligación principal o la penalidad. Dicha opción no se da en el caso de las cláusulas limitativas de responsabilidad, ya que estas actúan solo cuando no resulta posible el cumplimiento en especie.

No obstante las diferencias expuestas, es importante indicar que podrían presentarse dudas en cuanto a la figura que las partes contratantes quisieron pactar.

En este sentido, como señalan Mazeaud y Tunc,⁵⁴⁸ existen dos sistemas para solucionar el conflicto: o se averigua la intención de las partes al contratar, o se da preeminencia al resultado obtenido; pero cualquiera que sea la solución adoptada, ella no es válida si permite al responsable beneficiarse con una limitación de responsabilidad que la ley prohíbe.

Los maestros franceses agregan que

[...] el responsable no podrá oponer jamás la cláusula para prevalerse del tanto alzado inferior al daño causado. Al contrario, se le hará surtir pleno efecto a la cláusula penal cuantas veces el tanto alzado sea superior al daño; porque, en ese supuesto, la cláusula no produce la limitación prohibida; se autorizará siempre a la víctima para prevalerse del tanto alzado.

Los autores citados se pronuncian por el sistema del resultado, no solo porque buscar la intención de las partes es un método, en la ma-

⁵⁴⁸ MAZEAUD, Henri y Léon, y André TUNC. *Op. cit.*, vol. II, tomo III, pp. 2629 y 2630.

yoría de los casos peligroso —al entrar en el terreno psicológico—, sino porque evita que por medio de un artificio legal se otorgue validez a cláusulas limitativas nulas.

23.9. *Diferencias con las sanciones conminatorias o «astreintes»*

Independientemente de haber abordado el tema en su oportunidad y de la circunstancia de que las «astreintes» no reciben regulación legal en nuestro Derecho positivo, señalaremos algunas diferencias específicas entre esa figura y la cláusula penal.

No obstante que la cláusula penal, al igual que las «astreintes», cumple una función compulsiva o conminatoria, que ambas son arbitrarias, porque pueden o no coincidir con los daños y perjuicios efectivamente sufridos y que las dos operan ante la falta de cumplimiento de la obligación principal; ellas presentan notables diferencias, las mismas que reseñamos adoptando como referencia el pensamiento de Kemelmajer de Carlucci:⁵⁴⁹

- (a) Las «astreintes» tienen origen judicial, ya que son fijadas por el órgano jurisdiccional. En cambio, la cláusula penal tiene su origen, usualmente, en la voluntad de las partes contratantes.
- (b) Las «astreintes» son siempre pecuniarias. En cambio, el objeto de la cláusula penal puede ser una obligación de dar, hacer o no hacer.
- (c) Las «astreintes» son siempre provisorias y esencialmente mutables, porque el juez podría aumentarlas, disminuirlas o hacerlas cesar, según el caso. En cambio, las cláusulas penales —por regla general— son inmutables y definitivas, siendo posible la reducción o aumento por el juez solo en determinados supuestos.

⁵⁴⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 341.

- (d) Las «astreintes» se imponen siempre en beneficio del acreedor. En cambio, las cláusulas penales pueden ser estipuladas a favor de un tercero.
- (e) Las «astreintes» cumplen una función compulsiva, pues tienden al cumplimiento en especie de la obligación y evitan que ella se resuelva en daños y perjuicios. En cambio, la cláusula penal compensatoria supone que la obligación principal no se cumpla y que el acreedor verá satisfecho su interés mediante la indemnización previamente pactada.
- (f) El ámbito de aplicación de las «astreintes» es limitado, ya que solo se atribuyen si no existen otros medios previstos para compeler el cumplimiento en especie de la obligación (no podrían imponerse ante el incumplimiento de pagar sumas de dinero). En cambio, el ámbito de aplicación de la cláusula penal es más amplio, pues esta puede acceder a todo tipo de obligaciones cuyo objeto consista en una prestación de dar, de hacer o de no hacer.

23.10. Diferencias con las arras

A efectos de establecer las diferencias entre las arras y la cláusula penal, resulta imprescindible distinguir entre las arras confirmatorias y las arras de retractación, ya que ambas no constituyen una figura jurídica unitaria.

23.10.1. Diferencias entre la cláusula penal y las arras confirmatorias

- (a) En cuanto a su finalidad, las arras confirmatorias constituyen una prueba o señal de la celebración de un contrato principal. En cambio, la cláusula penal tiene como función primordial liquidar convencionalmente y en forma anticipada los daños y perjuicios emergentes del eventual futuro incumplimiento.

- (b) En cuanto a la oportunidad de su entrega, las arras confirmatorias deben entregarse en el momento de la celebración del contrato principal. En cambio, el objeto de la cláusula penal (si dicha prestación consiste en una prestación de dar) se entregará por el deudor o por un tercero, según sea el caso, una vez producida la inejecución total o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal que dicha cláusula penal garantiza.
- (c) En cuanto a su objeto, las arras confirmatorias están constituidas por la entrega de cualquier clase de bienes (sumas de dinero, otras cosas fungibles, créditos y demás bienes, siempre que sean cedibles). En cambio, la cláusula penal —como sabemos— puede tener como objeto prestaciones de cualquier clase (de dar, de hacer o de no hacer), no limitándose a una prestación de dar.
- (d) En cuanto al refuerzo del contenido contractual, la entrega de arras confirmatorias —en caso de cumplimiento del contrato principal— da lugar a que quien las recibió pueda imputarlas sobre su crédito, si es que la naturaleza de la operación así lo permite. De esta manera se refuerza el contenido del contrato principal, ya que constituye un principio de su ejecución.

En cambio, el bien objeto de la cláusula penal —una vez que se origina el incumplimiento de la obligación principal por el deudor— no constituye anticipo o parte del crédito principal, sino una liquidación anticipada de los daños y perjuicios causados al acreedor, producto de la inejecución de la obligación.

- (e) En cuanto a su propiedad, por razón del pacto arral, la entrega de las arras confirmatorias produce la transferencia de la propiedad de las mismas, que pasan así del patrimonio del que las entrega al patrimonio de quien las recibe. En cambio, en la

cláusula penal la propiedad del bien corresponderá al acreedor una vez producido el incumplimiento de la obligación principal.

23.10.2. Diferencias entre la cláusula penal y las arras de retractación

- (a) En cuanto a la conducta prevista, cuando las partes hacen uso de las arras de retractación no inejecutan ninguna obligación; por el contrario, ejercen una facultad reconocida por el contrato y la ley, que es, precisamente, la facultad de retractarse o arrepentirse de celebrar el contrato definitivo.
- (b) En cuanto a los sujetos que pueden invocarlas, las arras de retractación favorecen a ambas partes contratantes. En cambio, la cláusula penal solo juega a favor del acreedor.
- (c) En cuanto al objeto de las arras de retractación, el mismo es general, aunque no necesariamente, una parte proporcional del precio del futuro contrato definitivo que se busca celebrar. En cambio, la cláusula penal es a menudo de un valor superior al de la prestación.
- (d) En cuanto a la oportunidad en que operan, las arras de retractación aparecen en el momento de la celebración del contrato. En cambio, la cláusula penal adquiere virtualidad en el momento de ejecución del mismo.
- (e) En cuanto a las funciones que cumplen, las arras de retractación tienden a debilitar el vínculo, otorgando la posibilidad de arrepentimiento. En cambio, la cláusula penal opera reforzándolo.
- (f) En cuanto a los derechos y obligaciones conferidos, en las arras de retractación el derecho a exigir la prestación principal está limitado por la facultad que tiene la otra parte de arrepentirse. En cambio, en la cláusula penal el derecho del acreedor

no puede ser enervado por el deudor porque él no tiene derecho a liberarse pagando la penalidad.

- (g) En cuanto a su propiedad, por razón del pacto arral, la entrega de las arras de retractación produce la transferencia de la propiedad de las mismas, que pasan así del patrimonio del que las entrega al patrimonio de quien las recibe. En cambio, en la cláusula penal, la propiedad corresponderá al acreedor una vez producido el incumplimiento de la obligación principal y que se le entregue el bien.
- (h) En cuanto a su objeto, las arras de retractación están constituidas por la entrega de cualquier clase de cosas (sumas de dinero, otras cosas fungibles, créditos y demás bienes, siempre que sean cedibles). En cambio, la cláusula penal —como sabemos— puede tener como objeto prestaciones de cualquier clase (de dar, de hacer o de no hacer), no limitándose a una prestación de dar.
- (i) En cuanto a la oportunidad de su entrega, las arras de retractación deben entregarse en el momento de la celebración del contrato preparatorio. En cambio, el objeto de la cláusula penal (si dicha prestación es de dar) se entregará por el deudor o por un tercero, según sea el caso, una vez producida la inexecución total o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal que dicha cláusula penal garantiza.

23.11. Diferencias con los intereses moratorios

El segundo párrafo del artículo 1242 del Código Civil abarca el concepto de intereses moratorios como aquellos debidos por el retraso —doloso o culposo— en el cumplimiento de una obligación dineraria o de cualquier otro bien por el deudor, siendo su función la de indemnizar la mora en el pago.

Dentro de tal orden de ideas, los intereses moratorios —compariendo el pensamiento de Kemelmajer de Carlucci—⁵⁵⁰ pueden presentar ciertas similitudes con la cláusula penal moratoria. 1) Los dos son accesorios de créditos principales; 2) Pueden tener origen convencional; 3) Para su exigibilidad se requiere una conducta imputable; 4) No requieren actividad jurisdiccional, sino que pueden ser aplicados extrajudicialmente; 5) Ambos constituyen una estimación anticipada de los daños y perjuicios; 6) Los daños en ambos institutos se presumen, resultando inútil que el deudor pretenda acreditar la inexistencia de daños y perjuicios; 7) Por último, sirven como medio de constreñimiento de la voluntad del deudor.

Ahora bien, no obstante las semejanzas expresadas, la cláusula penal moratoria y los intereses moratorios presentan diferencias. Entre ellas, las más importantes son las siguientes:

- (a) En cuanto al cálculo de su importe, como indica Mosset Iturraspe,⁵⁵¹ los intereses moratorios —cualquiera que sea su especie— son frutos civiles de un capital; o sea, su importe o cuantía no es discrecional, sino que proviene de una tasa o porcentaje que se calcula con referencia a un capital determinado (argumento del artículo 1243 del Código Civil Peruano). Lo mencionado equivale a decir que una de las características fundamentales de la deuda por intereses es la existencia de «proporcionalidad al capital tiempo».

En cambio, el importe de la cláusula penal es producto de la capacidad discrecional de las partes contratantes, siendo dicho valor generalmente superior al de la obligación principal, con la finalidad de que el deudor se vea obligado a cumplir la obli-

⁵⁵⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 353.

⁵⁵¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge. «La cláusula penal», *Op. cit.*, p. 1250.

gación principal estipulada (función compulsiva de la cláusula penal).

- (b) En cuanto al tipo de obligaciones a las que acceden, los intereses moratorios se devengan —fundamental pero no exclusivamente, en el plano teórico— en las obligaciones que tienen por objeto bienes genéricamente designados. En cambio, la cláusula penal puede acceder a obligaciones de toda clase.
- (c) En cuanto al objeto, los intereses moratorios tienen como propósito la entrega de sumas de dinero. En cambio, la cláusula penal puede tener por objeto cualquier tipo de prestación (de dar, de hacer, o de no hacer).

TRATADO DE LAS OBLIGACIONES

CUARTA PARTE, TOMO XV

Se terminó de imprimir en el mes de octubre del 2003
en los talleres gráficos de Editorial e Imprenta DESA S.A.

(Reg. Ind. 15621), Gral. Varela 1577,

Lima 5, Perú

PRÓXIMOS TÍTULOS DE DERECHO

DERECHO COMUNITARIO ANDINO

Fabián Novak (Coordinador)

(con la colaboración de la Comunidad Andina)

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Fabián Novak (Coordinador)

(con la colaboración del Comité Internacional de la Cruz Roja)

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS EN EL PERÚ DEL SIGLO XIX

Marcial Rubio Correa

LA DESPROTECCIÓN DEL CÓNYUGE Y DEL TERCERO EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

José Almeida Briceño

LOS ORÍGENES DEL GOBIERNO REPRESENTATIVO EN EL PERÚ. LAS ELECCIONES (1809-1826)

Valentín Paniagua Corazao

(en coedición con el Fondo de Cultura Económica)

RÉGIMEN TRIBUTARIO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO: PERSPECTIVA PERUANA

Ítalo Fernández Origgí

Fondo Editorial de la PUCP

Plaza Francia 1164

Cercado de Lima

feditor@pucp.edu.pe

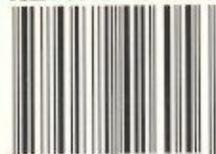


Tratado de las Obligaciones

La presente obra trata sobre la Teoría General de las Obligaciones y luego analiza, en forma exegética, el articulado del Código Civil Peruano de 1984 relativo a esta materia, vinculando los temas con sus antecedentes nacionales y extranjeros, doctrina, jurisprudencia y concordancias.

En palabras del ilustre jurista argentino Doctor Guillermo A. Borda «...esta obra excede largamente de un prolijo comentario del Código Civil de 1984; es una obra de un significado universal, de la que no podrá prescindir ningún estudioso del derecho civil y que honra a la literatura jurídica peruana y latinoamericana».

ISBN 9972-42-605-X



9 789972 426056 >

Felipe Osterling Parodi
Mario Castillo Freyre

Tratado de las Obligaciones

Vol. XVI

Cuarta Parte

Tomo XV

Biblioteca

PARA LEER

EL CÓDIGO CIVIL

