

## LA REDUCCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL EXCESIVA EN EL DERECHO CIVIL DE LOS PAÍSES DEL CONO SUR\*

*Hernán Corral Talciani*

Profesor de Derecho Civil  
Universidad de los Andes (Santiago de Chile)

### I. INTANGIBILIDAD DEL ACUERDO CONTRACTUAL Y REVISIÓN JUDICIAL

El art. 1545 del Código Civil chileno ha recogido en forma por lo demás expresiva el principio de la intangibilidad del acuerdo contractual, al señalar que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes”. Algo similar repite el Código argentino: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma” (art. 1197). Se asume así la visión clásica que ve en la voluntad privada una fuente de obligaciones que mantiene, dentro de la órbita que le ha reconocido el ordenamiento jurídico, una soberanía o capacidad de exclusión de otras instancias decisorias ajenas al contexto privado en el que ella se mueve.

Si el contrato es ley, los contratantes son los legisladores de sus propios intereses. Parece claro, en consecuencia, que, así como solo al legislador cabe derogar o modificar una disposición legal de su autoría, lo mismo debe predicarse respecto de la *lex privata* en que consiste el contrato. El mismo Código de Chile nos sigue diciendo en el mismo precepto que el contrato “no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causa legal” (art. 1545 CC).

La libertad contractual y el llamado principio de la autonomía de la voluntad, del que forma parte la intangibilidad del acuerdo contractual, pertenecen a la cultura jurídica occidental, y en general hoy son comúnmente valorados, después de épocas en las que fueron duramente cuestionados o derechamente repudiados. Se ha observado, con razón, que la libre iniciativa particular y los canales jurídicos por los que ella puede discurrir son elementos ya no solo funcionales a un determinado sistema económico, sino auténticos espacios de libertad que se conectan con el valor moral y político del libre desarrollo de la personalidad de los individuos y ciudadanos.

El problema se presenta cuando se pretende elevar este principio a la categoría de dogma, absoluto y omniabarcante, de aplicación inexcusable y ciega. Si como quiere la tradición del derecho natural, la ley injusta no es ley sino violencia, lo mismo podría decirse de un principio jurídico que pretende erigirse por sobre imperativos morales y jurídicos superiores que impone la misma consideración del ser humano como un ser digno. Si la ley positiva debe ceder paso a la justicia, lo propio ha de suceder si la aplicación absoluta de un principio permite la producción de resultados gravemente injustos e inequitativos.

\* Este trabajo es elaboración de la ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial realizado en Trujillo (Perú) los días 8, 9 y 10 de junio de 2000.

Una absolutización ideológica del principio de la intangibilidad contractual, que llevara a excluir *a priori* todo tipo de intervención en el contenido de un acuerdo contractual, correría un serio riesgo de transformar el contrato en un instrumento de explotación y dominio más que de expresión de la libertad personal.

Por eso es que resulta comprensible que el pensamiento jurídico iusprivatista común, junto con admitir universalmente, e incluso a reforzar los principios de libertad contractual y de respeto al contenido de los contratos, considera y propicia la existencia de mecanismos que permiten corregir excepcionalmente los efectos de un acuerdo contractual que de forma manifiesta hiere los principios más elementales de la buena fe, la justicia y la reciprocidad de las contraprestaciones. A las figuras tradicionales de control del negocio jurídico basados en la invalidez por objeto o causa ilícita (a través de los conceptos indeterminados de orden público y buenas costumbres), se unen otras como la revisión judicial de los contratos por excesiva onerosidad sobreviniente (o teoría de la imprevisión), por lesión de los derechos del contratante más débil, o por contener cláusulas abusivas que son impuestas unilateralmente a través de contratos de adhesión predispuestos.

Entre los mecanismos a través de los cuales se busca neutralizar los excesos indeseables a que puede dar lugar una aplicación irrestricta del principio de la intangibilidad contractual, un lugar importante debe desempeñar la posibilidad de revisión judicial de la cláusula penal excesiva.

Las dos funciones que suelen reconocerse a la cláusula penal, esto es, la conminatoria o sancionatoria y la reparadora, hacen a esta especialmente útil en una época en la que la mera palabra empeñada tiene poco valor. Las penas privadas, a través de las cuales los contratantes buscan proteger sus intereses por medio de establecer un estímulo para cumplir oportunamente las obligaciones, o al menos una forma de evitar un litigio sobre el monto de los daños en caso de incumplimiento, resultan tremendamente importantes en el tráfico jurídico actual, que tiende cada vez más a generar mecanismos autorregulativos en sustitución de la intervención del órgano judicial, disminuyendo así significativamente los costos de negociación. Pero el uso generalizado incrementa el riesgo del abuso. El peligro de una manipulación de las cláusulas penales para obtener beneficios indebidos es más real en un contexto social y económico en el que las penas privadas son cada vez más frecuentes.

Se vuelve entonces a plantear una vieja cuestión: ¿debe ese riesgo de abuso despreciarse en aras de la celeridad del tráfico, la seguridad contractual y el respeto incondicionado a la voluntad de las partes? O, por el contrario, ¿debe en estos casos limitarse la autonomía contractual y permitirse que la autoridad judicial controle la equidad de las cláusulas penales excesivas, aun a costo de entorpecer la libre circulación de los bienes y encarecer los costos de transacción? La pregunta surgió muy temprano en la historia del Derecho, y sigue resonando en las legislaciones vigentes con nuevas vibraciones.

El propósito de este trabajo consiste en describir cómo esta pregunta ha sido contestada por las legislaciones civiles de los países del cono sur americano, es decir, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay, junto con efectuar algunas reflexiones sobre el funcionamiento de ese mecanismo de control contractual, y su armonización con otros recursos legales que las leyes contemplan para la modificación judicial de contratos que se estiman gravemente inequitativos.

Conviene, para comenzar, efectuar alguna breve incursión histórica en el tema, y visualizar cómo los modelos de inmutabilidad y mutabilidad de la cláusula penal han sido recepcionados por las legislaciones en estudio.

## II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA REVISIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL EXCESIVA

La posibilidad de que las estipulaciones penales fueran revisadas judicialmente, en caso de abusos manifiestos en contra de los intereses de los deudores, surgieron en la Edad Media de la mano de las inquietudes de los canonistas. Estos comenzaron a mostrar preocupación por el tema a raíz de que, a través de cláusulas penales enormes, se infringían las prohibiciones existentes que intentaban reprimir la usura y los pactos de intereses excesivos.

El Cardenal Ostiense parece haber sido quien primero afirmó en forma categórica la naturaleza resarcitoria de la cláusula penal, y sobre esta base consideró que la pena era judicialmente reducible si contrariaba el límite al que se sujetaba la indemnización de perjuicios en algunas disposiciones romanas (C.J. 7.47.1): es decir, al duplo del valor de la cosa que era objeto de la obligación<sup>1</sup>.

La doctrina del Ostiense influyó directamente en la doctrina del jurista francés Dumoulin, que al parecer constituye el nexo que une la doctrina sobre la cláusula penal forjada por la canonística y la que elaboraría la doctrina del temprano Derecho civil racionalista<sup>2</sup>.

En efecto, el pensamiento de Dumoulin es hecho suyo por Pothier, quien entiende que “la pena estipulada en caso de inejecución de una obligación, puede ser reducida y moderada por el juez cuando le parezca excesiva”<sup>3</sup>. Esto sucede cuando supera el límite colocado por la ley romana para las indemnizaciones de perjuicios, esto es, el doble del valor de la obligación infringida. Además, sostiene que si la pena accede a una obligación de dinero u otra cosa consumible, debe reducirse a la tasa legítima de intereses que ella supe<sup>4</sup>. Se opone Pothier a la doctrina de Azon, quien sostenía que la ley romana solo podía aplicarse como presunción, a falta de expresión de voluntad, de modo que si, como en el caso de la pena convencional, había existido un expreso consentimiento del deudor en el monto de la pena a la que se obligaba, la ley no podía recibir aplicación. Contesta Pothier, tratando siempre de moverse en el plano de la voluntad: “Cuando un deudor se somete a una pena excesiva, en caso de inejecución de la obligación primitiva que él ha contratado, hay lugar a presumir, que es la falsa confianza de que él no faltará a esta obligación primitiva, la que le lleva a someterse a una pena tan excesiva... así el consentimiento que él da a la obligación de una pena tan excesiva, siendo un consentimiento fundado en un error y en una ilusión que se ha hecho, no es un consentimiento válido”<sup>5</sup>.

La doctrina de la reducción de la pena enorme fue asumida también por la antigua legislación castellana. Aunque las Partidas mantenían el principio de que la pena convencional debía pagarse tal como había sido convenida (siguiendo así al Derecho romano) (P. 5. 11), en el Fuero Real se disponía que la pena no podía crecer a más “dos tanto” (F.R. 4. 4. 10). Esta disposición fue aclarada por la ley 247 de las Leyes de Estilo que reafirmó el criterio del “dos tanto”, es decir, del duplo.

El espíritu de la codificación francesa, que exaltó el significado de la voluntad individual como fuente de las obligaciones contractuales, impuso el criterio de la inmutabilidad de la cláusula penal en el texto del *Code Napoléon* de 1804 (art. 1152). La única excepción a esta regla la constituyó el caso de incumplimiento parcial (art. 1231). La influencia que tuvo el *Code* llevó a generalizar esta solución en los Códigos que lo siguieron, como el italiano de 1865 (arts. 1209-1217), el belga (art. 1226-1233), el español (art. 1152-1155), y el mexicano (arts. 1844-1845). Se verificó así un regreso a los antiguos criterios de la jurisprudencia romana.

La tesis de la revisión judicial de la cláusula penal excesiva, en cambio, es retomada por el Código Civil prusiano de 1794 (§ 301 ALR), y de allí pasa al *BGB* de 1900 (§ 343) y al Código suizo de las obligaciones de 1911 (art. 163). El Código Civil italiano de 1942 adherirá también a esta posición (art. 1384). El legislador francés, por su parte, terminará modificando el Código Civil para acogerla en 1975 (art. 1152.2, modificado por ley N° 597 de 9 de julio de 1975).

<sup>1</sup> *Summa, De usuris, § quae poena usurarium*, n. 13, citado por ZOPPINI, Andrea, *La pena contrattuale*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1991, p. 35. No obstante, la mayoría de los autores del Derecho común parecen rechazar que se aplique el límite de C. 7.47.1 a las penas convencionales (Cfr. COING, Helmut, *Derecho privado europeo*, trad. A. Pérez Martín, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, t. I, p. 556).

<sup>2</sup> ZOPPINI, A., ob. cit., p. 36.

<sup>3</sup> POTHIER, Robert J., *Tratado de las obligaciones*, Omeba, B. Aires, 1961, N° 346, p. 212.

<sup>4</sup> POTHIER, R. J., ob. cit., N° 347, p. 214.

<sup>5</sup> POTHIER, R. J., ob. cit., N° 346, p. 213.

## III. RECEPCIÓN DE LA INSTITUCIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS CIVILES DEL CONO SUR

En la recepción de la institución de la cláusula penal en los Códigos Civiles de los países latinoamericanos se reproduce la división entre los dos modelos que se forjaron en el derecho continental europeo: el de la inmutabilidad absoluta y el de la revisión de la cláusula penal excesiva.

El principio de la inmutabilidad fue asumido por los primeros Códigos más fieles al Código napoleónico. El Código Civil boliviano de 1830 solo permite la modificación judicial de la pena convencional en el caso de "haberse cumplido en parte la obligación principal" (art. 811). El Código peruano de 1852 dispuso que "Si se estipuló el pago de una cierta cantidad de daños e intereses, para el caso de no cumplirse el contrato, deberá observarse lo pactado" (art. 1275). Lo propio hizo del Código Civil argentino de Vélez Sarsfield (1870), por el expediente simple de no contener ninguna regla que autorizara la reducción salvo en el caso de incumplimiento parcial, al que agrega el supuesto de cumplimiento irregular (art. 660). El mismo partido adoptó el Código Civil del Uruguay, que solo acepta la reducción en el caso del art. 1370: "cuando la obligación principal se haya cumplido en parte, la pena se pagará a prorrata por lo no ejecutado". El Código Civil de Brasil (1916) siguió también el principio de la inmutabilidad, pero restringió fuertemente la libertad contractual disponiendo que el valor de la pena no puede superar el de la obligación principal (art. 920).

El modelo de la reducción judicial de la cláusula enorme fue asumido por el Código de Andrés Bello, el Código Civil chileno de 1855. El Código chileno establece, además del supuesto del incumplimiento parcial (art. 1539), que "podrá pedirse que se rebaje" la cláusula penal, estableciendo tres casos: si se trata de la cláusula penal que asegura el contrato de mutuo (caso en el que se puede rebajar en todo lo que exceda al máximo del interés legal permitido); si se trata de otro contrato conmutativo en que tanto la obligación principal como la pena están fijadas en una cantidad determinada (caso en el que se puede rebajar la pena en cuanto exceda al duplo de la obligación principal "incluyéndose esta en él"); por fin, si se trata de obligaciones de valor inapreciable o indeterminado (caso en el que se encarga a la prudencia del juez el moderarla, atendidas las circunstancias, si parece enorme) (art. 1544)<sup>6</sup>. Este modelo, claramente inspirado en la doctrina de Pothier, fue traspasado a los Códigos Civiles que reprodujeron en lo fundamental el Código del gran humanista venezolano-chileno: los Códigos Civiles de Ecuador (art. 1534), Colombia (art. 1601) y El Salvador (art. 1415).

En la segunda mitad del siglo XX se produce en las legislaciones latinoamericanas un giro hacia la relativización del modelo de la inmutabilidad de la cláusula penal. Es así como en Argentina la ley 17.711 de 1968 añadió al art. 656 del Código Civil el siguiente inciso segundo: "Los jueces podrán, sin embargo, reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor".

El Código Civil boliviano de 1975 acogió también el modelo de lo que él llama "disminución equitativa de la pena", figura en la que reúne el supuesto de incumplimiento parcial con el de enormidad de la pena. El art. 535 lo recoge en los términos siguientes:

<sup>6</sup> La disposición dice textualmente: "Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose esta en él. La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximum del interés que es permitido estipular. En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme".

*“La pena puede ser equitativamente disminuida por el juez, si se ha cumplido en parte la obligación principal o si la pena fuese manifiestamente excesiva, considerando la persona del deudor, la importancia de las prestaciones y las demás circunstancias del caso”.*

El Código Civil peruano de 1984 también se decantó por este partido, agregando el cumplimiento irregular a los supuestos anteriores:

*“El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida” (art. 1346).*

El Código Civil de Paraguay (1986) sigue muy de cerca los pasos del Código peruano:

*“El juez reducirá equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor” (art. 459).*

Podemos ver, entonces, que el criterio de la revisión judicial de la cláusula enorme, propiciado por la canonística del medioevo, y cristalizado en la doctrina de Dumoulin y Pothier, ha venido a recepcionarse plenamente en las legislaciones civiles de Chile, Argentina, Perú, Bolivia y Paraguay. No así en Uruguay, cuyo Código Civil mantiene solo la norma de reducción de la pena por incumplimiento parcial. Como modelo diverso se mantiene el Código brasileño que prefiere fijar en todos los casos el valor máximo de la pena convencional.

#### IV. REQUISITOS Y EFECTOS DE LA REVISIÓN

##### 1. *¿Quién puede solicitar la reducción?*

Uno de los primeros requisitos para que opere la posibilidad de reducir la cláusula penal enorme, es que se solicite por parte del interesado. Pero debe preguntarse si se admite que el juez pueda proceder de oficio, aun a falta de petición del deudor. Si observamos los textos, podemos comprobar que solo el Código peruano explicita que la reducción puede funcionar “a solicitud del deudor” (art. 1346). Lo mismo parece desprenderse del Código chileno ya que dice que la rebaja de la pena “podrá pedirse” (art. 1544). Los Códigos argentino y boliviano no expresan nada sobre el punto y se limitan a señalar que el juez puede reducir la pena excesiva.

La doctrina argentina, sin embargo, aún a falta de precisión explícita, tiende a aseverar la necesidad de solicitud del deudor perjudicado. Se invoca el principio dispositivo que rige en procedimiento civil y el hecho de que, de aceptarse la reducción de oficio, se pondría al acreedor en la indefensión al impedirle acreditar los hechos impeditivos de la reducción<sup>7</sup>.

En Chile, se ha fallado que el juez puede proceder de oficio (C. de Apelaciones de Valparaíso, 20 de julio de 1907, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. V, sec. 1<sup>a</sup>, p. 238)<sup>8</sup>, pero la doctrina estima que ello es erróneo ya que el Código alude a que la rebaja debe “pedirse”, lo que denota exigencia de petición de parte, y puesto que esta es la regla general en el sistema civil<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La cláusula penal*, Depalma, B. Aires, 1981, p. 127. La autora menciona que Ruiz Vadillo y De Barros Monteiro sostienen en cambio la admisibilidad de la declaración de oficio (p. 101, nt. 103).

<sup>8</sup> La sentencia fue pronunciada con un voto disidente que hizo ver que no procedía que la Corte ejerciera de oficio la facultad moderadora que le otorga el Código Civil. La sentencia fue recurrida de casación, pero la Corte Suprema declaró inadmisibile el recurso por razones formales.

<sup>9</sup> ABELIUCK, René, *Las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 3<sup>a</sup> edic., Santiago, 1993, t. II, N° 925, p. 758.

Pareciera que, a falta de regla expresa que la establezca, debe preferirse la solución que exige la petición de parte. Siendo una norma de excepción, la interpretación que procede es restrictiva. Así lo prueba el hecho de que en la legislación francesa se haya debido modificar expresamente en este punto el art. 1152.2 del Código Civil, por la ley de 11 de octubre de 1985 que permitió la actuación judicial de oficio<sup>10</sup>.

Sobre este punto cabe discutir si otras personas interesadas, distintas del deudor principal, podrían ejercer la facultad de solicitar la rebaja de la pena enorme. La cuestión se presenta respecto de los codeudores solidarios, indivisibles o subsidiarios del deudor principal. A nuestro juicio, debe admitirse la solicitud aun cuando estos deudores no hayan accedido expresamente a la cláusula, ya que de todos modos la ley los hace responsables de la pena, aunque sea parcialmente. Incluso –pensamos– cabría en el texto del Código peruano que exige expresamente solicitud del deudor.

Otro problema que puede plantearse tanto en sede de legitimación activa es si debe exigirse al deudor que pide la reducción el que esté de buena fe, o al menos que no haya actuado con descuido grave o dolo en el incumplimiento que gatilla la pena civil. Ninguna de las normas de los Códigos que analizamos se pronuncia sobre esta materia, por lo que cabría aplicar el adagio de que *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* y prescindir de toda consideración relativa al estado subjetivo del peticionario. Como señala Kemelmajer de Karlucci, la mala fe del deudor no puede legitimar un enriquecimiento injusto del acreedor, que se verificaría si se negara la reducción de la cláusula penal enorme<sup>11</sup>.

La petición de reducción de la pena puede plantearse por la vía de la acción como de la excepción a la demanda. La doctrina alemana había ya resuelto que, aunque la sentencia que reduce la pena es de carácter constitutivo, no existen razones para impedir que el deudor pueda pedir, haciendo uso de la correspondiente excepción, que el juez deseche en parte la demanda del acreedor<sup>12</sup>.

## 2. Supuestos de revisión de la pena pactada

Los supuestos que permiten la reducción de la pena son básicamente dos: el cumplimiento parcial y la enormidad de la pena.

El incumplimiento parcial ha sido siempre considerado causa justificante para la reducción de la pena convencional. Incluso los cuerpos jurídicos que establecen la teoría de la inmutabilidad de la pena aceptan que ella pueda rebajarse cuando una parte de la obligación ha sido cumplida. Siguiendo al Código Civil español (art. 1154), en algunos Códigos latinoamericanos se ha añadido al incumplimiento parcial el incumplimiento irregular (así, en los Códigos argentino, peruano y paraguayo). En otros se mantiene solo el incumplimiento parcial (Código chileno, boliviano y uruguayo), pero es manifiesto que una correcta interpretación de ese concepto envuelve también el cumplimiento irregular, que sería aquella ejecución hecha “de modo o en tiempo o lugar distinto de lo pactado”<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> En Italia, la jurisprudencia considera que es necesaria la petición de parte. No obstante, la Corte de Casación en sentencia N° 10511 de 24 de septiembre de 1999 (*Giust. Civ.* 1999, I, p. 2929) ha innovado al considerar que la cláusula penal excesiva puede ser declarada de oficio por el tribunal, fundándose en la facultad que el juez tendría para intervenir en la autonomía negocial cuando se imponga la necesidad de equilibrar los pactos con valores de similar o superior dignidad.

<sup>11</sup> KEMELMAJER, A., ob. cit., p. 100. Aclara que si el incumplimiento es doloso y los daños superan la cláusula pactada se evitará la reducción, pero esto no por estar el deudor de mala fe sino por ser la pena insuficiente. En realidad, aquí la pena se revela como no excesiva.

<sup>12</sup> ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho de obligaciones*, trad. B. Pérez González y J. Alguer, Bosch, 2ª edic., Barcelona, 1954, t. I, p. 191, nt. 21.

<sup>13</sup> KEMELMAJER, A., ob. cit., p. 93.

El incumplimiento parcial solo puede dar lugar a la reducción de la pena, en caso de que el acreedor haya aceptado el pago no íntegro. Así lo exige expresamente el art. 660 del Código argentino. Lo mismo señala el Código chileno en el art. 1539. En los demás ordenamientos aquí examinados, el requisito no es explicitado especialmente para la cláusula penal, pero se deduce de las normas que prevén la improcedencia del pago parcial sin el consentimiento del acreedor<sup>14</sup>.

La otra causal es la que podemos denominar comprensivamente enormidad de la pena; es decir, que la pena sea considerada excesiva o desproporcionada. El Código chileno habla expresamente de cláusula penal enorme. El Código argentino prefiere hablar de pena “desproporcionada”. En cambio, la nomenclatura común es la que parece imponer el Código Civil boliviano, siguiendo a la letra el art. 1384 del Código Civil italiano: se habla en él en de pena “manifiestamente excesiva”. La misma expresión es utilizada por los Códigos peruano y paraguayo.

En esta materia, la tendencia mayoritaria es la de tratar ambos supuestos: incumplimiento parcial y enormidad de la pena, de manera conjunta y sometiéndolos al mismo régimen. Es lo que sucede en los Códigos de Bolivia, Perú y Paraguay. En cambio, tanto en los Códigos argentino como chileno se distinguen en preceptos separados la facultad de solicitar reducción de la pena por incumplimiento parcial (art. 660 CC argentino y 1539 CC chileno) y la mutabilidad de la pena por enormidad o desproporción (art. 663 CC argentino y art. 1544 CC chileno).

El tratamiento separado tiene importancia, por cuanto, si bien en muchos aspectos parece razonable que la reducción se someta a las mismas reglas, ello no siempre es así. Por ejemplo, en lo referido a los criterios de la reducibilidad. El Código chileno establece justamente que la pena en caso de incumplimiento parcial debe reducirse la pena “proporcionalmente” (art. 1539). Además, es claro que la aceptación del acreedor y además la utilidad que el cumplimiento parcial le haya reportado son elementos que solo pueden jugar en el caso de incumplimiento y no de simple desproporción de la pena. Por otro lado, es posible sostener que en el caso de incumplimiento parcial la norma que dispone la reducción es solo supletoria y no imperativa; de modo que si las partes expresamente pactan que no se reducirá la pena aun en el caso de cumplimiento en parte, esa voluntad debe ser respetada<sup>15</sup>.

Dejando a un lado el supuesto de incumplimiento parcial que, como vemos, parece tener una cierta autonomía dogmática, debe analizarse cuándo una cláusula penal puede ser rebajada por ser considerada excesiva, enorme o desproporcionada.

### 3. *Los criterios para juzgar la enormidad de la cláusula*

Podemos decir que frente a los criterios para determinar la enormidad de la cláusula penal existen tres modelos legales. En primer lugar, tenemos los cuerpos jurídicos que prefieren confiar esta labor estimativa de la desproporcionalidad al juzgador. Los Códigos peruano y paraguayo solo explicitan que el juez puede reducir la cláusula que parezca “manifiestamente excesiva”, sin entrar a precisar los criterios que el juez debe utilizar para determinar cuándo la cláusula es excesiva, y cuándo ello es manifiesto. Se trata de un concepto jurídico indeterminado cuya apreciación quedará reservada a la prudencia y leal entender del tribunal que conozca del caso. La única guía que le proporciona este modelo al juez es la de proceder “equitativamente”, lo que tampoco le ayudará mucho en la labor de determinar la enormidad

<sup>14</sup> Comentando el art. 1346 del Código Civil de Perú, OSTERLING PARODI, Felipe, *Las obligaciones*, Fondo editorial de la P. Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, v. VI, p. 229, señala que el cumplimiento parcial debe ser aceptado por el acreedor.

<sup>15</sup> Como señala KEMELMAJER, A., ob. cit., p. 99, esta conclusión parece razonable si se tiene en cuenta que se admite generalmente que se pacte la posibilidad de reclamar conjuntamente la pena y la obligación principal (art. 659 CC argentino; art. 1537 CC chileno; art. 1342 CC peruano; art. 458 CC paraguayo).

de la pena. Se ha preferido, sin lugar a dudas, la flexibilidad a la seguridad jurídica, lo que no está exento de críticas puesto que un juez podría transformarse en pretor e incurrir en arbitrariedad si pretende solo asilarse en su conciencia para resolver cuestiones complejas como suelen ser las de cláusula penal<sup>16</sup>.

Una segunda alternativa, seguida por otros Códigos, es la de indicar al juez ciertos criterios a la luz de los cuales debe valorar si la cláusula penal en un contrato particular rompe las barreras de la razonabilidad y puede ser calificada de enorme. El Código argentino es el más explícito en esta materia, ya que contempla al menos cuatro elementos que deben servir para determinar la desproporcionalidad de la pena: 1º) La gravedad de la falta del deudor; 2º) El valor de las prestaciones contractuales; 3º) Las circunstancias del caso concreto y 4º) El aprovechamiento abusivo de la situación del deudor. El Código boliviano es más parco, pero se inclina también por este partido, al indicar como elementos de juicio los siguientes: 1º) La persona del deudor; 2º) Las circunstancias del caso y 3º) La importancia de las prestaciones.

Finalmente, un tercer partido es el de indicar criterios fijos y objetivos que restrinjan al máximo la incertidumbre y la labor estimativa del juez. Es la solución del Código Civil chileno, el que para los casos en los que tanto la obligación principal como la pena están fijadas en cantidades determinadas (de modo que es posible la comparación), se reputa por enorme toda pena que exceda al duplo de la obligación principal, a lo que agrega la enigmática frase "incluyéndose esta en él" (art. 1544). Esta apostilla ha dado lugar a que se plantee si en verdad lo que el codificador quiso decir es que para que la cláusula penal sea enorme debe superar el triple de la obligación principal. La doctrina, invocando los precedentes castellanos y la ley romana que limitaba al duplo las indemnizaciones, llega a la conclusión de que la frase no tiene otro sentido que el hacer patente que el acreedor no puede en estos casos cobrar simultáneamente la pena y la obligación principal, de modo que la pena se rebaja en cuanto supera el doble del monto de la obligación principal<sup>17</sup>.

El Código Civil chileno adopta también un criterio objetivo respecto de la cláusula penal en el mutuo, ya que en tal caso se reputa enorme aquella que supera el máximo interés que se permite estipular (art. 1544.3).

Solo cuando se está en presencia de una cláusula penal que garantice una obligación principal de valor inapreciable o indeterminado, el Código chileno se resigna a dejar el problema en manos del juez. En tal caso se señala que "se deja a la prudencia del juez moderarla" pero se agrega que ello sucederá "cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme" (art. 1544.4).

#### 4. *Momento de valoración de la enormidad*

Se ha discutido en doctrina si la consideración de la desproporción de la pena debe analizarse a la época en la que se celebró el contrato, o en el momento en que se produce el incumplimiento que da derecho a la pena.

La cuestión es relevante ya que, tratándose de un contrato de ejecución diferida o de tracto sucesivo, las variaciones de las circunstancias pueden determinar, o bien que una cláusula penal originalmente excesiva ya no lo sea a la época en la que se produce el incumplimiento; o, por el contrario, que una cláusula penal genéticamente adecuada se transforme en excesiva al acaecer la transgresión contractual. La doctrina italiana ha debido pronunciarse al respecto, ya que el art. 1384 del Código Civil parece indicar, a primera vista, que debe

<sup>16</sup> Así, OSTERLING, F., ob. cit., t. VI, p. 228. En el Perú, la sentencia de 31 de julio de 1997 ha juzgado que el hecho de que en un mutuo hipotecario se haya pactado además de la multa un interés y que la obligación principal esté garantida además con hipoteca, son criterios suficientes para resolver que la pena en el caso es excesiva (en LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *Jurisprudencia actual*, Gaceta Jurídica editores, Lima, 1998, t. 1, p. 194).

<sup>17</sup> ABELIUCK, R., ob. cit., t. II, N° 922, p. 757



analizarse la desproporción en el momento en que se celebra el contrato, al indicar que la reducción debe hacerse tomando en cuenta "*l'interesse che el creditore aveva all'adempimento*" (el interés que el acreedor tenía en el cumplimiento). La conjugación verbal en pasado parece indicar la necesidad de retrotraer el análisis a la época de celebración del contrato. Una posición así podría tener resultados poco auspiciables, como por ejemplo que el juez no debería reducir la pena que deviene en excesiva y en cambio reduciría aquella que es excesiva en su origen pero equitativa en el momento en que es reclamada. Se sostiene, tratando de enmendar la dicción en pasado del Código, que el art. 1384 no distingue los dos supuestos de enormidad, genética y sobrevenida, por lo que no debe hacerse un diferente tratamiento de ellas: "Lo que debe en efecto valorarse –nos dice Zoppini– bajo el perfil de la exigibilidad es la proporcionalidad de la pena, en el momento en que ella es aplicada, respecto del interés del acreedor al momento de la estipulación. Es decir, en la valoración comparativa de los intereses, que está en la base de la individualización de la pena excesiva, debe valorarse el sacrificio que la pena es idónea para imponer al deudor, respecto al interés que a través de ella se entendía tutelar"<sup>18</sup>.

En los Códigos de los países del cono sur americano no se presentan las dificultades del Código Civil italiano, ya que ninguno de ellos hace referencia al pasado para efectos de valorar la cláusula penal excesiva. Por eso, pareciera que en ellos el momento en el que se verificará la valoración de desproporcionalidad de la pena será la época en que esta se hace exigible por el incumplimiento del deudor y la reclamación de ella por parte del acreedor. No olvidemos que el acreedor, frente al incumplimiento, puede optar entre reclamar la obligación principal o la pena. Solo cuando demande esta, la obligación del deudor se hará exigible. Así lo concluye Kemelmajer de Karlucci, al sostener que al exigir el art. 656 del Código Civil argentino tomar en cuenta las circunstancias del caso, debiera considerarse la desproporción al momento de la exigibilidad de la pena, ya que entre dichas circunstancias está el hecho de que una cláusula que pudo aparecer como excesiva al momento de la concertación no lo sea cuando ella deba ejecutarse<sup>19</sup>.

##### 5. *Efectos de la enormidad de la pena*

Todos los Códigos que establecen la reducción disponen que acreditada la enormidad de la cláusula penal procede su rebaja. Cabe preguntarse primeramente si es posible que el juez considere que lo justo y equitativo es suprimir completamente la pena: por ejemplo fundándose en que en el caso concreto el acreedor no solo no ha sufrido perjuicios sino que el incumplimiento le ha sido beneficioso. Podría decirse que, de no suprimirse completamente la pena, se consentiría un enriquecimiento injusto por parte del acreedor.

Sin embargo, las expresiones utilizadas por los Códigos Civiles que analizamos son muy significativas en el sentido de bajar sin eliminar. Se habla así de "rebajar", "moderar", "disminuir" y "reducir". Pareciera que en todos estos casos la ley solo autoriza a suprimir el exceso, pero no la pena en sí misma: esta debe subsistir, aun en el caso en que el acreedor no haya sufrido daño. No hay enriquecimiento injusto, porque justamente una de las finalidades de la cláusula penal es evitar la discusión sobre la efectividad y monto de los daños, y otra función no menos importante es la de garantizar y coaccionar civilmente el cumplimiento. Al ejercer esta facultad, el juez debe tener en cuenta el principio clásico de que no se admite al deudor alegar "que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio" (art. 1542 CC chileno; y en términos similares art. 1343 CC peruano; 656 inc. 1° CC argentino; 533.II CC boliviano y 454 inc. 3° CC paraguay).

<sup>18</sup> ZAPPONI, A., ob. cit., p. 272.

<sup>19</sup> KEMELMAJER, A., ob. cit., p. 113.

Por ello, no es posible pensar que la reducción de la cláusula penal excesiva se agote en un simple ajuste de la pena al monto de los perjuicios efectivamente causados al acreedor por el incumplimiento. Nos parece que no procede la prueba de los perjuicios en el proceso en el que se ventila la reducción, ya que no es un criterio que deba ser considerado para la reducción. La pena debe ser reducida pero debe mantener su carácter penal y su finalidad doble: conminatoria además de reparatoria. Así, en Francia se ha juzgado que los tribunales pueden mantener una cláusula penal superior a los eventuales daños causados por el incumplimiento de la obligación principal<sup>20</sup>. Por su parte, en el Derecho alemán se recuerda que la pena puede estar justificada por intereses extrapatrimoniales del acreedor (§ 343.I BGB). Si se permitiera la prueba de los perjuicios como elemento para considerar la reducción de la cláusula penal, habría que convenir con Osterling en el sentido de que las normas que permiten la reducción desnaturalizan la institución<sup>21</sup>.

Otra cuestión que surge en este punto es si, verificada la desproporción, el juez tiene solo la facultad o también el deber de reducir la cláusula penal. La respuesta a esta interrogante dilucida también si el deudor tiene un verdadero derecho subjetivo a que la pena excesiva sea moderada, o solo un interés condicionado a la discreción de oportunidad que pueda hacer el juzgador. Si nos atenemos al texto de las normas podría decirse que los Códigos argentino, boliviano y peruano indicarían una función facultativa del juez, al señalar que el juez "puede" reducir la pena. El Código chileno, por su parte, distingue entre las causales de la reducción: si se trata de exceso del duplo de la obligación principal, se dice que "se podrá pedir que se rebaje", lo que parece denotar que el juez, en tal caso, está obligado a la reducción. En cambio, tratándose de obligaciones indeterminadas o de valor inapreciable, se señala que la reducción queda entregada a la prudencia del juez. En el extremo opuesto, el Código Civil de Paraguay expresamente dispone la reducción como un imperativo para el juzgador: "el juez reducirá".

Declarada judicialmente la reducción, debe dilucidarse a quién afectará la sentencia en caso de pluralidad de sujetos en la obligación. Nada puede encontrarse en los Códigos sobre este problema, por lo que su solución queda entregada a la aplicación de las reglas generales. En Argentina, Kemelmajer de Karlucci piensa que en caso de pluralidad de deudores la sentencia reductiva tiene efectos generales y puede ser aprovechada por los codeudores aunque estos no hayan participado en el juicio, ya que "resultaría jurídicamente reprochable sostener (dada la necesidad del elemento objetivo) que una cláusula penal es exorbitante para un deudor pero no para otro"<sup>22</sup>. Pero piensa que el criterio inverso debe aplicarse en caso de pluralidad de los acreedores: la reducción declarada para uno de los coacreedores no perjudicará al resto que no ha sido parte en el proceso.

Debe reconocerse, sin embargo, que los Códigos que exigen que el juez tenga en consideración para determinar la enormidad de la pena circunstancias subjetivas del deudor (así el Código Civil argentino que establece la necesidad de que se configure un abuso de la situación del deudor, o el Código boliviano que requiere tener en cuenta la persona del deudor), parecen favorecer más bien que se trate de una excepción o defensa personal que solo puede aprovechar al deudor que la ha obtenido y no a sus codeudores.

Examinado en sus líneas maestras el funcionamiento de la cláusula penal en los ordenamientos jurídicos del cono sur, nos resta concluir qué relaciones tiene este mecanismo de control de la autonomía de la voluntad, con otros similares como son la nulidad contractual, la lesión del contrato y la teoría de la imprevisión.

<sup>20</sup> Cfr. SÉRIAUX, Alain, *Droit des obligations*, Puf, Paris, 1992, p. 241.

<sup>21</sup> OSTERLING, F., ob. cit., t. VI, p. 229, sostiene que la norma del art. 1346 del Código Civil peruano no evita el debate sobre los daños sino que induce necesariamente a él: "Todo ello conduce, en definitiva, a lo que se trató de evitar: la controversia sobre la existencia de los daños y su monto. Y, en este orden de ideas, no se libera al acreedor de las dificultades que puede presentar la prueba del perjuicio o el árbitro judicial en su estimación, ni la institución alcanza a constituirse en un medio conminatorio eficaz para compeler al deudor a cumplir sus obligaciones". La crítica es certera pero solo si se consiente en que la discusión sobre los perjuicios penetre en el proceso sobre enormidad de la pena.

<sup>22</sup> KEMELMAJER, A., ob. cit., p. 134.

## V. REVISIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL Y OTRAS INSTITUCIONES DE CONTROL JUDICIAL DEL CONTENIDO CONTRACTUAL

1. *Cláusula penal excesiva y cláusula penal nula*

Hay quienes piensan que el mecanismo de revisión de la cláusula penal enorme no es más que una aplicación especial del remedio general del Derecho para estipulaciones contractuales ilícitas: la nulidad. Se trataría, por cierto, de una invalidez particular, de texto expreso, y de carácter parcial y relativa, pues no afecta a toda la cláusula sino únicamente a la parte de ella que es juzgada excesiva. En este planteamiento, encontramos a los profesores Alterini, Ameal y López Cabana, quienes afirman que tratándose de un caso de lesión la sanción no puede ser otra que la nulidad parcial, en la medida del exceso. Sería nulidad relativa por cuanto solo el deudor está habilitado para solicitar la reducción, no pudiendo el juez declararla de oficio<sup>23</sup>. No obstante, aunque parecen sostener la nulidad relativa fundándose en el aprovechamiento de la debilidad del deudor, por otra parte sostienen que aun faltando ese aprovechamiento la cláusula penal excesiva sería nula, pero ahora recurren al objeto ilícito como motivo de la nulidad<sup>24</sup>. Kemelmajer de Karlucci se opone a la tesis de la nulidad parcial, sosteniendo que aquí no hay nulidad sino modificación de una estipulación contractual<sup>25</sup>.

Puede apreciarse que existen dificultades no menores para entender que la reducción de la cláusula penal enorme no es más que una aplicación de la teoría de la nulidad. Concretamente, porque si así fuera hubiera bastado con la aplicación de los motivos generales de nulidad, como error, dolo, lesión u objeto o causa ilícita. Pero esto choca con la creencia unánime de que, de no existir estos preceptos especiales, regiría sin matizaciones el respeto a la autonomía de la voluntad y el principio de la inmutabilidad de la cláusula penal. Las cláusulas penales que pueden ser inmutables son las válidas. Por ende, la cláusula que excepcionalmente puede ser objeto de revisión judicial es la cláusula que resulta inatacable por la vía de la nulidad; se trata de una estipulación válida pero excesiva y por ello inequitativa.

Ahora bien, diferenciados claramente los ámbitos de acción de ambas figuras: nulidad y reducibilidad, hay que precisar que es posible que el monto de una cláusula penal pueda ser considerado en la evaluación de si la cláusula es nula por objeto o causa ilícita al contravenir el orden público o las buenas costumbres. Esto tiene especial relevancia cuando a través de cláusulas penales enormes se pretende coartar las libertades individuales o los derechos de la personalidad. Así lo juzgó el *Reichsgericht* alemán en 1908, en el caso en que un químico había pactado una cláusula penal exorbitante, atendido el monto de sus ingresos, para el caso de que se saliera de la empresa acreedora y comenzara a trabajar para otra de la competencia. El tribunal alemán señaló que en este caso no se estaba en el área del § 343 *BGB* que permite reducir la pena enorme, sino en el supuesto del § 138 *BGB*, es decir, de una estipulación contractual contraria a las buenas costumbres (*Guten Sitten*), ya que la cláusula penal perseguía en realidad el aniquilamiento de la posición económica del deudor, que para cumplir debería haber trabajado toda la vida a favor de la empresa acreedora<sup>26</sup>.

Esta es la tesis que propicia Zapponi en Italia, y que nos parece razonable. En ciertos casos, la enormidad de la cláusula es tan grave que llega a afectar las buenas costumbres, por violar los derechos fundamentales. Debe entonces invalidarse completamente la cláusula, y

<sup>23</sup> ALTERINI, Atilio Anfbal; AMEAL, José Oscar y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Abeledo-Perrot, B. Aires, 1995, p. 302.

<sup>24</sup> ALTERINI, A. y otros, ob. cit., p. 302.

<sup>25</sup> KEMELMAJER, A., ob. cit., p. 124.

<sup>26</sup> RG 7 de abril de 1908, en *RGZ*, n. 68 (1908), p. 229 ss., citado por ZAPPONI, A., ob. cit., pp. 250-251. Cfr. en el mismo sentido, MEDICUS, Dieter, *Traatado de las relaciones obligacionales*, trad. Angel Martín Sarrión, Bosch, Barcelona, 1995, t. I, 213, quien sostiene que "la inmoralidad se toma especialmente en consideración, cuando la amenaza de la cuantiosa pena, ya en contra de toda posibilidad conduce, asimismo, por una insignificante infracción, a una mordaza para el deudor".

aplicarse las reglas de la nulidad absoluta (declaración de oficio, legitimación para los interesados, imposibilidad de convalidación, etc.). En otros casos, la cláusula puede haber sido obtenida por error, fuerza o dolo, y en tales eventos nuevamente tendremos una cláusula penal nula, pero esta vez de nulidad relativa. Si ninguno de estos vicios ha afectado a la contratación, y estamos ante una pena válidamente contraída, pero exorbitante o excesiva, corresponderá el mecanismo de control de la reducibilidad. Podemos entonces considerar que, frente al régimen de la nulidad, el recurso de control de la cláusula penal enorme es subsidiario.

## 2. *Cláusula penal excesiva y lesión del contrato*

La lesión del contrato tiene un evidente parentesco con la figura de la cláusula penal enorme. Se puede delimitar la institución de la lesión señalando que es una causa de ineficacia del acto o negocio jurídico cuando se produce una manifiesta y grave desproporción entre las prestaciones recíprocas de las partes, de modo que una de ellas se aprovecha de la ligereza o debilidad de la otra<sup>27</sup>.

En algunos Códigos esta institución ha sido consagrada en términos amplios. El Código argentino la recepciona en el art. 954 CC, introducido por la ley 17.711 (la misma que introdujo la reducción de la cláusula penal enorme), que permite la anulación o modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviere por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación (art. 954 inc. 2º). Muy semejante es el art. 561 del Código Civil boliviano, aunque en este caso se introduce un elemento objetivo: que la lesión exceda a la mitad del valor de la prestación ejecutada o prometida. Por su parte, el Código peruano, recepcionando también la rescisión por lesión, fija en dos quintos el límite para evaluar la lesión y declara que ella puede aplicarse a los contratos aleatorios (art. 1447 CC).

El Código chileno, en cambio, ha mantenido en esta materia su tenor original que no da cabida sino restringidamente a la lesión enorme, principalmente en caso de compraventa de inmuebles y cuando el justo precio fuera menos de la mitad (o más del doble) del precio convenido (arts. 1888 y ss.).

Es indudable que si la cláusula penal es una estipulación contractual que cumple con el requisito de la desproporción, de acuerdo a los parámetros legales, y concurren los requisitos subjetivos (inexperiencia, necesidad, ligereza) que establecen las diferentes legislaciones, podrá darse una coincidencia entre lesión del acto y reducibilidad de la cláusula penal. En tal caso, habrá una duplicidad de recursos y a la parte perjudicada le será reconocida la libertad de optar por cualquiera de ellas, aunque ateniéndose a los requisitos y condiciones legales exigidas para cada cual.

Se explica así que en el ordenamiento jurídico chileno se llegue a la conclusión de que la norma relativa a la cláusula penal enorme (art. 1544 CC) es uno de los casos excepcionales en los que el Código Civil aplica la teoría de la lesión<sup>28</sup>.

Pero se trata de una superposición fáctica o concurso de figuras legales más que de una identificación entre ambas, que pudiera llevar a considerar la institución de la reducción de la cláusula penal como una forma específica de lesión, y que, en todo lo no previsto, debiera regularse por las normas y principios que gobiernan esta última institución.

Existen diferencias nítidas que permiten defender la autonomía de ambos tipos de control del acto jurídico. En efecto, pueden mencionarse las que siguen:

<sup>27</sup> Así la entiende MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *La lesión en los actos jurídicos*, Víctor de Zavalla editor, Córdoba, 1979, p. 213, siguiendo la doctrina alemana.

<sup>28</sup> Así, CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Edit. Jurídica de Chile, reimp. Bogotá, 1988, t. XI, N° 848, p. 247; VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría general del acto jurídico*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª edic., Santiago, 1991, p. 181.

- 1º) La lesión contempla la desproporción de las prestaciones en el momento de celebración del acto; en cambio la cláusula penal enorme debe ser estimada al momento en que ella se aplica y no al de la celebración;
- 2º) La mayoría de las legislaciones contemplan también requisitos subjetivos como inexperiencia, debilidad, necesidad, ligereza, etc., que no son necesarios para el funcionamiento de la cláusula penal. Parece hacer excepción a esto la regulación argentina que al contemplar la cláusula penal exige que se configure un aprovechamiento abusivo de la situación del deudor (art. 656), lo que parece calzar con las exigencias del art. 954 para la lesión. No obstante, la doctrina argentina diferencia ambos supuestos atendiendo a que no siempre la cláusula penal es enorme *ab initio*<sup>29</sup>.
- 3º) La lesión normalmente permite la rescisión completa del acto o su reducción, ello a elección de la parte perjudicada o gananciosa con la desproporción; en cambio, en la cláusula penal enorme solo se admite la reducción a petición del perjudicado con la cláusula;
- 4º) La desproporción que se considera para la lesión es la que existe entre las prestaciones recíprocas de las partes; mientras que en la cláusula penal la desproporción se mira en consideración con la obligación principal cuyo cumplimiento estaba asegurando. Sostenemos, en consecuencia, que, pese a sus evidentes conexiones, las figuras de lesión del contrato y de cláusula penal enorme son independientes y cada una debe mantener su régimen propio. Lo cual, se entiende, no excluye la aplicación analógica de ciertas normas cuando se cumplan los requisitos de este recurso interpretativo.

### 3. *Cláusula penal excesiva y excesiva onerosidad sobreviniente*

La teoría francesa de la imprevisión, que en Italia y en otros ámbitos aparece como resolución del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente, puede presentar muchas similitudes con el mecanismo de control de prestaciones desproporcionadas en que consiste la cláusula penal enorme.

La imprevisión o excesiva onerosidad sobreviniente es otro de los recursos que provee el ordenamiento jurídico para evitar que una adhesión absoluta del principio de la autonomía de la voluntad produzca resultados manifiestamente injustos en perjuicio de alguna de las partes de la relación contractual. El recurso permite dejar sin efecto o modificar judicialmente un contrato de ejecución diferida en el tiempo o de tracto sucesivo cuando, en el transcurso de su ejecución, se produce una modificación de las circunstancias que es ajena a la voluntad de las partes y a todas luces imposible de prever, modificación que viene a romper la justicia conmutativa en la que se asienta el intercambio de prestaciones, de modo que la prestación de una de las partes, si bien no se vuelve imposible de ejecutar (lo que la extinguiría), se torna fuertemente onerosa y desequilibrada con la prestación de la contraparte.

En algunos de los ordenamientos, la teoría de la imprevisión ha sido una creación doctrinal, con mayor o menor aceptación en los tribunales. En Chile, por ejemplo, existe un importante sector doctrinal que la defiende, a pesar de no estar contemplada expresamente en el Código Civil<sup>30</sup>. Se aduce en su apoyo las normas que establecen la ejecución de un contrato conforme a la buena fe, la pervivencia de causa en el acuerdo contractual y la interpretación conforme a la equidad.

En otras legislaciones, la teoría ha sido plenamente acogida por el legislador. Es lo que ha sucedido en el Código Civil argentino, por obra de la ley 17.711, que incorporó un nuevo texto al art. 1198. De acuerdo a este precepto la parte perjudicada, siempre que no hubiese

<sup>29</sup> KEMELMAJER, A., ob. cit., p. 119; ALTERINI, A. y otros, ob. cit., p. 301.

<sup>30</sup> En este sentido, pueden verse las opiniones de los profesores Claudio ILLANES RÍOS, Juan Carlos DÖRR ZEGERS y Daniel PENAILILLO ARÉVALO, sobre el tema en *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*, Fundación Fuego y Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pp. 183 y ss.

obrado con culpa y no esté en mora, puede demandar la resolución del contrato si la prestación a su cargo "se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles". La otra parte puede evitar la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.

Algunas diferencias presenta la norma del art. 1440 del Código Civil del Perú, que también acoge la doctrina de la imprevisión. Por de pronto, el perjudicado puede demandar solo el ajuste del contrato (que se reduzca la prestación onerosa o que se incremente la de la contraparte). En cambio, si el demandado opta por la resolución, el juez debe declarar sin efecto el contrato. Lo mismo sucede si el ajuste no fuere posible por la naturaleza de la prestación o las circunstancias.

Parece evidente que el mecanismo de la cláusula penal excesiva presenta un cercano parentesco con la doctrina de la excesiva onerosidad sobreviniente. Son muchas las semejanzas que podemos identificar entre ambas instituciones:

- 1) Ambas pretenden corregir un desequilibrio manifiesto de las prestaciones de las partes;
- 2) Ambas permiten que el juez reduzca una prestación que ha devenido en excesivamente onerosa. Los Códigos no suelen explicitar que la enormidad de la pena puede ser sobreviniente pero ello se subentiende<sup>31</sup>;
- 3) Los criterios que gatillan la reducción parecen ser coincidentes: la excesiva onerosidad de la prestación que autoriza a aplicar la imprevisión contractual es prácticamente igual a la pena "manifiestamente excesiva" (art. 1346 del Código peruano) o "desproporcionada" (art. 656 inc. 2° del Código argentino) que legitima la reducción de la cláusula penal enorme.

¿Podría entonces decirse que la norma que contempla la cláusula penal excesiva no es más que una repetición superflua de la doctrina de la imprevisión y que solo se justificaría en aquellos ordenamientos que, como el chileno y el uruguayo, no reconocen legislativamente la revisión contractual por cambio de las circunstancias?

Esta pregunta puede despejarse si se afina un poco más el sentido jurídico, y se aprecian las diferencias entre ambos recursos que impiden que se pueda hablar de simple duplicidad. Entre dichas diferencias pueden mencionarse al menos las siguientes:

- 1) Lo característico de la doctrina de la imprevisión es que el desequilibrio en las prestaciones no sea original o genético, sino sobreviniente: en cambio, en la cláusula penal la desproporción o enormidad de la pena puede provenir desde el tiempo de la celebración del contrato o haberse producido con posterioridad;
- 2) Como consecuencia de lo anterior, la imprevisión solo se aplica a contratos cuya ejecución es diferida o continuada en el tiempo; la cláusula penal excesiva puede invocarse respecto de cualquier contrato, incluso de ejecución instantánea;
- 3) En la cláusula penal se permite solo la rebaja o reducción de la cláusula penal excesiva; mientras que en la imprevisión de una u otra manera se admite que el contrato sea resuelto.

Estas notas distintivas permiten considerar que la reducción de la cláusula penal enorme y la doctrina de la imprevisión contractual, aunque emparentadas como mecanismos de control de la voluntad contractual, mantienen un perfil y una autonomía propias<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> El Código Civil de Portugal señala expresamente que la reducción de la pena se aplica cuando sea manifiestamente excesiva "aunque por causa sobreviniente" (art. 812, redactado por el Decreto-Ley N° 262/83, de 16-6).

<sup>32</sup> En contra, KEMELMAJER, A., ob. cit., p. 115, sostiene que cuando se trata de desequilibrio sobreviniente para lograr la reducción de la pena deben cumplirse los requisitos propios de la imprevisión contractual.

#### 4. *Superposición de figuras: lesión, imprevisión y cláusula penal excesiva*

Admitida la autonomía de la cláusula penal que no se identifica ni con la figura de la lesión ni con la de la imprevisión, debemos despejar si ante un mismo supuesto de hecho que es cubierto tanto por la norma de la reducción de la cláusula penal excesiva y la imprevisión contractual (o la lesión), existe un derecho optativo a solicitar la aplicación de una u otra, o, por el contrario, el que la excesiva onerosidad sobreviniente (o la lesión) se produzca en una prestación que consiste en una pena estipulada por el incumplimiento, permite afirmar que la figura de la cláusula penal desplaza y deja sin aplicación los preceptos de la imprevisión (o lesión). Y otra cuestión se presenta en el mismo sentido: ¿podría el deudor afectado por la pena enorme solicitar la reducción y frente a una sentencia desfavorable accionar en virtud de la excesiva onerosidad sobreviniente (o lesión) sin que procediera la excepción de cosa juzgada interpuesta por el acreedor?

La respuesta a estos problemas no resulta sencilla. El tema parece ignorado tanto por la jurisprudencia como por los autores que hemos consultado. A nuestro juicio, una interpretación armónica y sistemática de los ordenamientos civiles propende a entender que cada figura tiene su ámbito propio de acción, y que no debe ser invadida por los radios de influencia de las otras. Pensamos que la disposición referida a la cláusula penal excesiva debe aplicarse con preferencia a las de la lesión y de la imprevisión por su especialidad. En efecto, tanto la lesión como la imprevisión contractual son figuras legales que tienden a restaurar el desequilibrio de las prestaciones que se producen en los contratos cualquiera que sea la naturaleza de las prestaciones involucradas. Por el contrario, las normas que consagran la reducción de la cláusula penal enorme se refieren siempre a un solo tipo de prestación: la de pagar una pena establecida convencionalmente por el incumplimiento contractual. Por ello, pensamos que si el desequilibrio o la desproporción recae solo sobre la pena estipulada no es posible invocar las normas de la lesión (aunque el desequilibrio sea genético) ni las de la imprevisión (aunque el desequilibrio sea sobreviniente), sino la disposición especial relativa a la reducción de la cláusula penal enorme. Ahora bien, si el desequilibrio afecta a la prestación que se incumple, y su excesivo monto impone por vía indirecta el exceso de la pena que se genera por el incumplimiento, entonces, deben aplicarse los mecanismos propios de la lesión o de la imprevisión, según el momento en que surge la desproporción. En este caso, el exceso de la pena no es propiedad suya, sino una mera consecuencia de la desproporción de la prestación principal a la que accede.

#### VI. EN PLAN DE CONCLUSIONES

Del estudio que hemos efectuado, nos parece, queda patente que la cláusula penal mantiene su importancia tanto teórica como práctica en el Derecho Civil de los países del cono sur americano, como expresión relevante del principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual. Pero el reconocimiento de que las partes puedan libremente anticipar la evaluación de los daños producto de la inejecución contractual así como establecer una verdadera pena privada que estimule el cumplimiento, presenta sus limitaciones. La inmutabilidad de la cláusula penal deja de ser una norma absoluta, y presenta excepciones que contribuyen a mitigar sus efectos. Con la única excepción de Uruguay, en todos los demás países examinados se permite la moderación de las penas cuando son juzgadas como manifiestamente excesivas o desproporcionadas, y el deudor así lo solicita. En algunas legislaciones se prefiere confiar en la discreción de los jueces no estableciendo mayores criterios para juzgar la conveniencia de la reducción, mientras que en otros la facultad judicial es reglada por ciertos conceptos indeterminados, y por excepción mediante criterios objetivos de comparación entre el monto de la pena y el de la obligación principal.

La cláusula penal enorme es una figura de control judicial de la moralidad de los contratos que puede elencarse junto a otros mecanismos similares como la nulidad por objeto o

causa ilícita, la lesión contractual y la teoría de la imprevisión o excesiva onerosidad sobreviniente. No obstante, y aunque presenta modalidades de aplicación y funcionamiento similares a estas figuras, debe reconocerse que se trata de una institución de perfiles independientes y autónomos, que no puede ser subsumida en ninguno de los restantes recursos de control de los negocios contractuales. La cláusula penal que es susceptible de reducción es una cláusula penal válida, y que no presenta vicios o causales de nulidad. Además, la reducción de la cláusula penal, al operar tanto sobre una desproporción genética como sobre un desequilibrio sobreviniente, sobrepasa el radio de acción de la figura de la lesión y de la imprevisión. Es más, por la forma en que la cláusula penal enorme está normada, con preceptos expresos diversos de los que configuran las instituciones de la lesión y de la imprevisión (en los ámbitos en los que estas materias están consagradas legalmente), debe concluirse que ella demanda una aplicación preferente y especial. De modo que solo cuando sea descartable su operatividad (por no tratarse de una auténtica cláusula penal o recaer la desproporción sobre la obligación principal y no directamente sobre la pena pactada) procedería recurrir a la institución de la lesión y de la excesiva onerosidad sobreviniente, según los casos.