

## **LA MUTABILIDAD RELATIVA, VIRUS QUE ATACA AL ORGANISMO DE LA CLÁUSULA PENAL. ¿LA MUTABILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL CAUSA SU DESNATURALIZACIÓN?**

**The relative mutability, virus that attacks the body of the  
criminal clause. Does the mutability of the criminal clause  
cause its denaturation?**

*Shirley Muñico Patilla, José Paz Cano, Queni Rebatla Chirre\**  
*Universidad Continental*

Recepción: 5/6/2019

Aceptación: 19/12/2019

### **Resumen**

El artículo 1346 del Código Civil da la posibilidad al juez de reducir la pena, ¿acaso no es este un virus que ataca el organismo de la cláusula penal? Dicho en otros términos, ¿qué sentido tendría pactar una penalidad si, una vez advertido el incumplimiento, las partes se ven inmiscuidas en un engorroso proceso en el que tendrían que demostrar que los daños derivados del incumplimiento son en verdad mayores o menores respecto del monto de la cláusula penal?

**Palabras clave:** Cláusula penal; incumplimiento; mutabilidad; desnaturalización; prueba; daños y perjuicios.

### **Abstract**

Article 1346 of the Civil Code gives the judge the possibility to reduce the sentence. Isn't this a virus that attacks the body of the penal clause? In other words, what would be the point of agreeing on a penalty if, once the breach is noticed, the parties are involved in a cumbersome process in which they would have to show that the damages derived from the breach are indeed greater or less than the amount of the penal clause?

**Keywords:** Criminal clause; breach, mutability; denaturation; evidence; damages and damages.

---

\* Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Continental

## I. INTRODUCCIÓN

El contrato es la forma ideal de dinamizar el mercado, logra que el patrimonio se desarrolle plenamente en todas sus aristas y sea beneficioso para quien ostente algún derecho sobre el mismo. Sin embargo, con esta dinámica, y ante los ojos de las personas que no reparan en ello, el contrato se asemeja a nuestra respiración, nadie piensa en ella, pero es la principal actividad que realizamos para poder vivir. Ahora, si se piensa en ello con detenimiento, nos genera la idea de que no solo es el movimiento de ciertos músculos, sino que es parte de todo un sistema respiratorio que involucra órganos, tejidos, entre otros.

Algo similar sucede con el contrato, cuando empezamos a reparar en ello, nos damos con la sorpresa de que involucra muchos aspectos, tanto de la vida cotidiana como jurídicos, siendo uno de ellos son las cláusulas penales.

En reiterados casos, nuestros tribunales lograron determinar la naturaleza jurídica de la cláusula penal, dándole la cualidad de ser un pacto accesorio, pacto que tiene como finalidad asegurar la ejecución de la prestación en caso de retardo e incumplimiento (pena convencional). Se habla de una regulación ante la intolerancia de los incumplimientos contractuales, es así, que —en efecto—, ante la ausencia de la misma, el acreedor tendría que demandar al deudor el pago de los daños causados en vía ordinaria, los cuales están ligados al interés positivo, por lo que se diría que el objeto de la cláusula penal es lograr que el acreedor logre una posición similar a la que se encontraría de haberse ejecutado el contrato.

Acordar una cláusula penal, adelantándonos al contenido, es la expresión del rango de riesgo percibido por el acreedor y el rango de seguridad percibido por el deudor.

En el artículo 1346 del Código Civil se otorga al juez la facultad de reducir la pena, ¿acaso no es este un virus que ataca el organismo de la cláusula penal?, dicho en otros términos ¿qué sentido tendría pactar una penalidad si, una vez advertido el incumplimiento, las partes se ven inmiscuidas en un engorroso proceso en el que tendrían que demostrar que los daños derivados del incumplimiento son en verdad mayores o menores respecto del monto de la cláusula penal? En efecto, como sabemos, se critica al Código Civil de 1984 porque la posibilidad de modificar el monto de la penalidad desnaturalizaría la institución bajo análisis, pues si el deudor

puede solicitar su disminución cuando fuera manifiestamente excesiva, y si se faculta al acreedor para pedir el aumento de la penalidad cuando fuese diminuta (en caso de pacto de daño ulterior), las partes tendrían que ingresar —necesariamente— a la probanza de los daños y perjuicios, lo cual importaría incurrir en lo que se quiso evitar mediante la estipulación de la cláusula penal.

¿Cuál habría sido, entonces, la finalidad de pactar una penalidad que, en los hechos, no cumple ni con la función resarcitoria ni con la función compulsiva propia de su naturaleza? Este cuestionamiento podría llevarse a extremos, pues si la penalidad no cumple con ninguna de las funciones que le son inherentes, ¿en realidad, se trataría de una cláusula penal? Estas dudas serán absueltas en el desarrollo del presente artículo, indicando que la mutabilidad como concepto estipula la acción de que una cosa cambié de estado, es decir, mude a otro estadio, siendo que esta puede ser relativa o absoluta. Si se presenta el primer supuesto, estaríamos dentro de un «cambio parcial». En el segundo supuesto, en el de cambio total, estas ideas preliminares devienen en importantes debido a que la intervención judicial, en cuanto a la modificación de la cláusula, debe regirse por criterios de mutabilidad relativa, puesto que debe respetar la autonomía de la voluntad privada, obviamente sopesando los valores constitucionales que defienda en su jurisdicción, pero jamás tergiversando la esencia contractual.

## II. HABLEMOS DEL PRINCIPIO *PACTA SUNT SERVANDA*

El *pacta sunt servanda* como principio rector del ámbito contractual (que, relacionándose con los principios ínsitos a esta institución jurídica como son, principio de relatividad, obligatoriedad, buena fe, entre otros) se constituye en el bastión sobre el cual debe regirse la intervención judicial, puesto que este control jurisdiccional tiene finalidades comunes (públicas) *a priori* como erradicar la autotutela satisfaciendo intereses particulares, y, *a posteriori*, garantizar la paz social en justicia. La cláusula penal es definida como «un negocio jurídico, o una convención o estipulación accesoria, por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente» (Kemelmajer, p.17).

Cuando se acciona la intervención judicial para el cobro de un monto en base a una cláusula penal estipulada en un contrato de forma

desproporcional para cualquiera de los sujetos intervinientes, constituye un factor valedero, a razón de que «la autonomía de la voluntad privada» no puede constituirse en el derrotero de los fines públicos que propugna el Estado, una interpretación distinta a lo aludido denotaría un conflicto de interpretación constitucional.

Ahora bien, bajo el esquema constitucionalista de la función del juez, este debe velar por la ejecución equitativa de las cláusulas penales, que se instauren en los contratos, limitando su injerencia **si y solo si, esta sea irrisoria o excesiva**. Bajo esa premisa, el respeto de la autonomía privada sigue en pie, y la intervención estatal es limitada.

Por otro lado, se afirma que «la autonomía de los privados en establecer una sanción en el ámbito contractual encuentra un límite en lo dispuesto en el artículo 1384 del Código Civil italiano (1346 del Código Civil), inspirado en el respeto de los principios de adecuación y proporcionalidad»<sup>2</sup>. En esta línea de pensamiento, se propugna que la acción indemnizatoria que ínsitamente lleva la cláusula penal sea acorde al perjuicio producido por el incumplimiento de la obligación principal o por las causales establecidas en el pacto privado (Giampieri, p. 424).

Es cierto que el plano concreto supera al ámbito legislado, por ende en no pocos casos se evidencia que los daños o situaciones posteriores (ulteriores) a la celebración del contrato producen efectos anulatorios de lo estipulado en el contrato, siendo que el monto establecido por la cláusula penal, se convierta en irrisorio, por ejemplo, al pactarse como obligación principal el pago de S/ 10,000.00 por concepto de una compraventa, y con cláusula penal de S/ 200.00, ante una posible valorización del bien materia del contrato. Supongamos que por la construcción de vías de acceso (pistas) el bien llega a costar S/ 100,000.00, generando de este modo que la cláusula penal no cubra el perjuicio que se podría suscitar, o también podría suceder una desvalorización, lo cual genere lógicamente los efectos contrarios. Lo importante es destacar que la intervención judicial, concebida como mecanismo de control, **es un mal necesario que el justiciable debe de soportar**.

Igualmente, Savigny manifiesta que «la cláusula penal incita al cumplimiento por el temor de la pena, con lo cual viene a reforzar la sanción del contrato principal» (Llambías, p. 419), consideramos que este tipo de coacción psicológica presente desde el inicio de la relación contractual repercute en la determinación para el cumplimiento de la prestación objeto del contrato.

## II. CRITERIOS PARA UNA APLICACIÓN OBJETIVA DE LA CLÁUSULA PENAL

Desde tiempos memorables el dilema planteado de si el acreedor o el deudor deberían responder por el incumplimiento del contrato ha venido siendo materia de análisis para buscarle una solución lógica y justa, aunque algunas ideas planteadas cayeran en desuso conforme la sociedad avanzaba. Un claro ejemplo fueron las ideas sustentadoras de las ordalías y, como consecuencia de aquella, se ha generado que hoy en día aún se siga creyendo en la justicia divina: **por ello el juramento es un derivado de las antiguas ordalías** (Nieva, p. 41-46).

Los criterios teóricos contractuales fueron desarrollándose en el devenir de la historia, partiendo desde el derecho canónico, la teoría del contractualismo (*solus consensus obligat*) y la teoría de la voluntad, cada uno con matices distintos que, por la amplitud del tema, no los desarrollaremos en el presente artículo.

### 3.1. Cuestiones preliminares sobre la cláusula penal

#### a) Autonomía y accesoriedad

La cláusula penal tiene la característica de ser autónoma al contrato principal, conexa y más precisamente una cláusula accesorias, ya que su existencia finiquita después de extinguida la obligación principal.

#### b) Tipos de cláusula penal

Existen dos tipos de cláusulas penales reguladas en nuestro ordenamiento: la cláusula penal compensatoria y la moratoria (Osterling y Castillo, 2008, p. 939).

- De carácter compensatorio: Las penalidades compensatorias se encuentran reguladas en el artículo 1341 del Código Civil y son aquellas que sirven para resarcir los daños causados por el incumplimiento definitivo de una obligación. Son exigibles por el acreedor: (i) cuando la obligación se torna en imposible por causa imputable al deudor; o, (ii) cuando ante un incumplimiento, el acreedor pierde interés en la ejecución de la prestación y decide dejarla sin efecto (resolución), cobrando la penalidad pactada.

- De carácter moratorio: La cláusula penal moratoria se encuentra regulada de la siguiente manera en el artículo 1342 del Código Civil. Dando cuenta de dicho artículo llegamos al hecho que estas penalidades son aquellas que resarcen los daños causados por la mora en el cumplimiento de una obligación, por causa imputable al deudor. Presuponen que el cumplimiento, efectivamente, **se realice, pero con retraso**. En definitiva, las penalidades moratorias son el sustituto de los daños y perjuicios ocasionados por el retraso en el cumplimiento de la prestación. La existencia de este tipo de penalidades, a diferencia de las compensatorias, evidencia que el acreedor **aún tiene interés en la ejecución del contrato** (Talavera, 2016, p. 198). Sin embargo, respecto esta última posición, discrepamos, pues no es del todo correcta por los motivos que expondremos más adelante.
- Pacto de daño ulterior: Regulado en el artículo 1341 del Código Civil. Se presenta cuando el deudor acepta la responsabilidad de pagar daños superiores a los liquidados en la cláusula, como consecuencia de ello la cláusula penal no actúa como un límite auténtico, más bien como un mecanismo que facilitará la liquidación. Dicho de otro modo, si en los hechos o circunstancias los daños causados son mayores a las penalidades que han sido pactadas, existirá la facultad de reclamar la diferencia como daños y perjuicios, por lo que se configura en un mecanismo de celeridad tanto para obtener la cantidad adecuada de pago por daños ulteriores y la capacidad de exigirlo, basándose en una simple operación matemática.

Los dos primeros tipos de penalidades responden a supuestos distintos, por lo que no es posible exigir tanto una penalidad compensatoria como una moratoria por el mismo hecho. Es posible, únicamente, reclamar penalidades para resarcir la mora en el cumplimiento de una prestación o bien para resarcir que esta nunca se haya cumplido en absoluto, incumplimiento definitivo de la obligación. Una y otra son mutuamente excluyentes.

### c) La cláusula penal no supone renuncia a la acción resolutoria

Sea el tipo de cláusula penal que se llegue a ejecutar (compensatoria o moratoria), no se debe suponer que la parte que exige el cumplimiento de lo estipulado por causal pierda su derecho a la resolución de contrato.

Parece ser que la resolución y la cláusula penal tienden a tener algo en común, **el que ambas instituciones tienen al incumplimiento de una obligación como causal**, pero en realidad llegan a ser diferentes. Bajo este contexto, es posible que una de las partes pueda ejecutar la cláusula penal y no demandar la resolución del contrato o viceversa. Se debe evitar caer en el error de que la renuncia (a la resolución) será tácita. Si la parte pide la pena y no la resolución en consecuencia, el contrato sigue vigente y por lo tanto serán ejecutables las demás obligaciones que deriven de este.

### **3.2. Reducción judicial de pena (a propósito de «mutabilidad»)**

El artículo 1346 del Código Civil establece que «el juez a solicitud del deudor puede reducir equivalentemente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte irregularmente cumplida». Este artículo faculta al juez a reducir la pena pactada que, **a su criterio, resulte excesiva**, significando que esta reducción no es obligatoria y que se procede a ella con el único fin de fomentar el contenido ético de las relaciones contractuales, obedeciendo entonces la reducción aludida a una **apreciación subjetiva del magistrado**.

En el Perú, este tema es objeto de debate. Una de las características de la cláusula penal es su inmutabilidad, lo que no permite su revisión o modificación. Sin embargo, este principio cedió y ha dado a paso la inmutabilidad relativa, conforme a lo señalado en el párrafo anterior.

Ahora bien, la mutabilidad relativa implica que se podría reducir el monto de la penalidad, pero no aumentarlo. No obstante, se establece la posibilidad de pactar el daño ulterior como forma de compensar el criterio de «no aumento».

Creemos que el valor agregado que tiene la cláusula penal es el de evitar un debate sobre la existencia de perjuicios y cuantía. Conceder a los jueces la capacidad de modificarla es rechazar dicho valor agregado y otra vez abrir el debate que se quería evitar para determinar lo estipulado anteriormente. Líneas arriba observamos que el pacto de daño ulterior destacaba por la simplicidad de una **operación matemática** para determinar los daños que no fueron determinados en la cláusula penal, logrando una **celeridad**, sin mayor debate. Lo mismo debería suceder respecto a la característica de inmutabilidad de las cláusulas penales.

Con lo establecido en el artículo 1346 no se objeta el pacto y la libertad contractual de las partes para asegurar el cumplimiento de la obligación con dicha cláusula, siendo necesario un juicio en donde se dilucide mediante la decisión racional de un juez el criterio más adecuado para las partes. Teniendo como norte la justicia.

Los jueces tienen la facultad de limitar la autonomía de la voluntad privada, siempre y cuando se presenten circunstancias que ameriten esta intervención.

En el antiguo derecho romano, la inmutabilidad de la cláusula penal estaba limitada a intereses usurarios, por lo que podían ser modificados, sin embargo, ya que, si bien es cierto tradicionalmente se aplicaban estas regulaciones para lograr la disminución de reducción de intereses usurarios y/o ganancias ilícitas, no dejaba de existir un acreedor que se situaba frente a un deudor que sí cumplía con la prestación a cargo; ese es el motivo principal. Por otro lado, en el terreno de la cláusula penal, existe un deudor, incumplidor, por lo que nadie, sino él debe asumir los riesgos de su obrar antijurídico (Kemelmajer, pp. 89-90).

Así, este tipo de regulación fue realizado bajo un supuesto erróneo en el cual se cree que el deudor es la parte más débil en la relación jurídica y que, por lo tanto, es merecedor de una tutela especial. Al parecer, los legisladores de 1984 no tuvieron en cuenta que un deudor es también un empresario importante, que se obliga a suministrar mercaderías o el contratista que se obliga a construir una obra o el dueño de medios de locomoción que se obliga a trasladar personas o mercaderías o, en fin, todo aquel que está obligado al cumplimiento de una prestación. Desde este punto de vista, no es posible suponer que el deudor sea siempre la parte más débil en la relación jurídica (aunque en muchas ocasiones lo sigue siendo). El deudor, en los casos propuestos, sería la parte más poderosa, sobre todo cuando goza de un monopolio.

Aparentemente, **la mejor opción sería darle un carácter de mutabilidad absoluta**, en la cual exista y/o se evidencie la autonomía de la voluntad —otra vez— basándose en un principio de equidad entre acreedor y deudor, indicando en el buen sentido que debería otorgarse a ambos la posibilidad de modificar el monto de la penalidad, ya sea para aumentarla o para reducirla. Sin embargo, esto acarrea como consecuencia un bucle interminable de negación al propio rostro de las cláusulas penales, debido

a que si se le da la posibilidad a las partes de modificar dicha cláusula bajo el principio de equidad, estarían obligados a determinar los daños, la cuantía y la indemnización ideal, resultando así otra vez en un esfuerzo y gasto, descartando otra vez el valor agregado de la cláusula penal, donde la mejor solución que se desarrollará más adelante será la estipulación de una cláusula arbitral o, en su defecto y dependiendo de la cuantía del petitorio, recurrir a la vía judicial.

#### **IV. HABLEMOS DE LOS PROBLEMAS DE LA MUTABILIDAD**

Como bien lo menciona el maestro italiano Mazzarese, «[e]l problema parece destinado a un inextricable quiasma (cruce de palabras): La cláusula penal no resarce para sancionar; pero sanciona para resarcir y, viceversa, no sanciona para resarcir, pero resarce para sancionar» (1999, p. 184). Así se entiende que la cláusula penal es un mecanismo para dirimir conflictos mediante el resarcimiento de un daño. Los criterios a tomar en consideración, desde la perspectiva de los autores de este artículo, parten de la formulación de ciertas preguntas, que se detallan a continuación.

##### **4.1. Imputabilidad ¿el sujeto tiene capacidad para ser responsable por los daños que ocasiona?**

Este criterio determina la capacidad para el ejercicio de sus derechos, (directa o indirectamente), y bajo un orden prelatorio su satisfacción es fácil, en base al artículo 140 del Código Civil.

##### **4.2. Ilícitud ¿es justificado el daño que ocasiona?**

Análisis basado en cuanto a las causas de justificación, tendientes a eximir de responsabilidad al agente al cual se le atribuye el daño. Analizándose, por ejemplo, los supuestos de caso fortuito (imprevisible) o fuerza mayor (irresistible).

##### **4.3. Factor de atribución ¿a título de qué se es responsable?**

La responsabilidad puede atribuirse a un tercero, responsable (representante), partes no signatarias y, lógicamente, a las partes signatarias del contrato.

#### **4.4. Daño ¿cuáles son las consecuencias negativas derivadas de la lesión?**

Criterio objetivo de determinación del daño, pérdidas económicas reparable o irreparables (contractual o extracontractual).

#### **4.5. Nexo causal ¿hay relación entre el hecho y el daño?**

Criterio basado en el casualismo naturalista que propugna «toda acción tiene una reacción», fijando así la vinculación entre el acto omisivo, comisivo o comisión por omisión.

Ciertamente, los conflictos que se suscitan, luego de haberse efectuado las causales tendientes a la aplicación de la cláusula penal, son los siguientes: la atribución de responsabilidad, el monto reparatorio (en dinero o especies), causales de eximición de responsabilidad por incumplimiento (caso fortuito o fuerza mayor; Casación N.º 1693-2014, Lima), entre otros factores. Estos criterios sirven de base para que, objetivamente, se pueda atribuir el cumplimiento fidedigno de la cláusula penal.

### **V. SOLUCIONES DESDE EL ÁMBITO PROCESAL Y ARBITRAL**

Teniendo en consideración mediante la complejidad de la incertidumbre jurídica o el conflicto materia de debate, el Código Procesal Civil peruano establece la duración, maximizando o minimizando el contradictorio, siendo la vía sumarísima (la más «expedita»), la abreviada (la «intermedia») y la de conocimiento (la más amplia).

En base a esta premisa, se establece que la intervención judicial en el supuesto estipulado en el artículo 1346 devendría en subsidiaria si solo si **las partes, debido a la magnitud de las prestaciones o quizá a la complejidad de estos u otros factores** (no se puntualiza a razón de que cada caso amerita un cierto grado de valoración en torno a la voluntad de las partes), deciden estipular una cláusula arbitral, donde se dirima cualquier conflicto o incertidumbre en el cumplimiento del contrato.

Es importante considerar que la Constitución política regula, en su artículo 139, que «no existe ni puede establecer jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral», facultando de este modo a las partes, mediante el artículo 62, que «los conflictos derivados de la relación

contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la vía judicial, según los mecanismos de protección previsto en el contrato o contemplados en la ley».

Así, mediante una interpretación sistemática de los citados preceptos se deduce, valederamente, que las partes pueden pactar (someter) sus divergencias a la vía arbitral, en su defecto, serán sometidas a la jurisdicción ordinaria. *A contrario sensu*, si recurren a la vía judicial, los plazos dependerán de la vía procesal a la cual acceden, y esta será determinada en base a los criterios que el Código Procesal Civil peruano determina en sus artículos 475 (procedencia del proceso de conocimiento), 486 (procedencia del proceso abreviado) y 546 (procedencia del proceso sumarísimo).

Así, el artículo 475 del Código Procesal Civil menciona lo siguiente:

«Se tramitan en proceso de conocimiento, ante los jueces civiles, los asuntos contenciosos que:

1. No tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión el Juez considere atendible su empleo;
2. La estimación patrimonial del petitorio sea mayor de trescientas Unidades de Referencia Procesal;
3. Son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto, y siempre que el Juez considere atendible su empleo;
4. El demandante considere que la cuestión debatida sólo fuese de derecho;
5. La ley señale.»

Teniendo en consideración que el trasfondo del artículo 1346, en correlación con el 1341 del Código Civil, es claramente pecuniario, se considera establecer como premisa mayor que el contenido del numeral 2 del artículo 475 definirá la vía donde se ventile el proceso judicial instaurado para la reducción judicial de la pena, tal como lo concibe el artículo 1346 del Código Civil.

El artículo 486 del Código Procesal Civil prescribe lo siguiente:

«Se tramitan en proceso abreviado los siguientes asuntos contenciosos:

1. Retracto
2. Título supletorio, Prescripción adquisitiva y Rectificación de áreas o linderos
3. Responsabilidad civil de los Jueces;
4. Expropiación;
5. Tercería;

6. Impugnación de acto o resolución administrativa;
7. La pretensión cuyo petitorio tenga una estimación patrimonial mayor de veinte y hasta trescientas Unidades de Referencia Procesal
8. Los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, por la naturaleza de la pretensión, el Juez considere atendible su empleo; y
9. Los que la ley señale.»

Se ha considerado establecer como **premisa mayor** que el contenido del numeral 7 del artículo 475 definirá la vía donde se ventile el proceso judicial instaurado para la reducción judicial de la pena, tal como lo concibe el artículo 1346 del Código Civil.

El artículo 546 del aludido Código dispone lo siguiente:

«Procedencia.- Se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos:

1. Alimentos;
2. Separación convencional y divorcio ulterior;
3. Interdicción;
4. Desalojo;
5. Interdictos;
6. Los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el Juez considere atendible su empleo;
7. Aquellos cuya estimación patrimonial no sea mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal;
8. Los demás que la ley señale.» .

Se tiene como **premisa mayor** que el contenido del numeral 7 del artículo 546 definirá la vía donde se ventile el proceso judicial instaurado para la reducción judicial de la pena tal como lo concibe el artículo 1346 del Código Civil.

Mediante este orden de ideas, basadas en premisas mayores, se determina una premisa menor: cada vínculo contractual definirá por su propia naturaleza prestacional, la vía de procedencia judicial.

Y, así, se concluye que si las partes, considerando la cuantía pecuniaria propia de su contrato, omiten —por razones que mejor acojan— no estipular una cláusula arbitral y, por ende, dirimir sus controversias o incertidumbres en la vía judicial, deberán de tener en cuenta lo mencionado anteriormente.

Desde un punto de vista más que crítico, real en innumerables ocasiones por máximas de experiencia, y criterios lógicos y racionales, vemos que muchos contratos que tienen como fin lucrativo la obtención de beneficios utilitarios mayores o iguales a las 300 unidades de referencia procesal (S/126,000.00), estipulan (por lo general) una cláusula arbitral, ya que, por el dinamismo económico, al debatirse el conflicto en la vía judicial este se estanca debido a la carga procesal que este poder estatal presenta, dato que no es ajeno a nuestra realidad, y que genera más pérdidas que beneficios, y que una empresa, coherente con sus fines lucrativos, no está dispuesta a acceder.

Valga realizar la atingencia de que la cuantía no puede ser un derrotero para que las empresas o personas naturales que firmen un contrato por una cuantía irrisoria recurran a la vía arbitral. Afirmar esto sería una clara falacia, si tenemos en consideración que la Constitución Política propicia la no discriminación y la igualdad.

## VI. CONCLUSIONES

La mutabilidad —como concepto— estipula que la acción de que una cosa cambie de estado, es decir mude a otro estadio, puede ser relativa o absoluta. Si es relativa se evidencia un «cambio parcial»; en caso de ser absoluta, el «cambio es total». Estas ideas preliminares devienen en importantes, debido a que la intervención judicial, en cuanto a la modificación de la cláusula, debe regirse por criterios de mutabilidad relativa, puesto que debe respetar la autonomía de la voluntad privada, obviamente sopesando los valores constitucionales que defiende en su jurisdicción, pero jamás tergiversando la esencia contractual.

Debemos afirmar que nadie mejor que las partes involucradas para fijar de antemano, por medio de la pena o multa, el monto de los perjuicios que el acreedor cree justo recibir por la inejecución o el retardo en el cumplimiento de la obligación, y que el deudor también considera justo pagar en estas mismas eventualidades.

Si se opta por una mutabilidad, el sistema no podría solucionar el problema de desnaturalización de la cláusula penal, ya que al darle facultades a las partes de modificarla, induce al tema de probanza de daños, cayendo irremediabilmente en el supuesto que quisieron evitar mediante dicha **liquidación convencional anticipada** de los daños que, de manera

previsible, pudieron derivarse del incumplimiento. ¿Cuál habría sido, entonces, la finalidad de pactar una penalidad que, en los hechos, no cumple ni con la función resarcitoria ni con la función compulsiva propia de su naturaleza? Este cuestionamiento podría llevarse a extremos, pues si la penalidad no cumple con ninguna de las funciones que le son inherentes, ¿en realidad, se trataría de una cláusula penal? Creemos que **la mutabilidad de la cláusula penal no atenta contra la seguridad de los contratos.**

Los riesgos anotados se ciernen sobre toda la contratación, ya que —como se mencionó— la cláusula penal es la expresión del rango de riesgo percibido por el acreedor y el rango de seguridad percibido por el deudor.

La legislación contractual debe utilizar fórmulas intermedias, destinadas únicamente a restringir el principio absoluto de la autonomía de la voluntad, pero no a interferir en cada contrato, y permitir su revisión. Para cautelar a los contratantes, se dictan otras normas de orden público, relativas a la capacidad de las personas o a la libre manifestación de su voluntad.

Y llegamos a la conclusión de que si las partes, considerando la cuantía pecuniaria propia de su contrato, omiten —por razones que mejor acojan no estipular una cláusula arbitral y, por ende, dirimir sus controversias o incertidumbres en la vía judicial— deberán tener en cuenta lo mencionado anteriormente.

## REFERENCIAS

- Giampieri, A. (1999). La clausola penale e la caparra. *I contratti in generali*. III. Turín.
- Kemelmajer, A. (1981). *La cláusula penal. Su régimen jurídico en el derecho civil, comercial, laboral, administrativo, tributario, internacional y procesal*. Buenos Aires: Depalma.
- Llambías, J. (1983). *Tratado de derecho civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Mazzarese, S. (1999). *Clausola penale Artt. 1382-1384*. Milán: Giuffrè.
- Nieva, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Osterling, F. y Castillo, M. (2008). *Compendio de derecho de las obligaciones*. Lima: Palestra.
- Talavera, A. (2016). *Regulando la intolerancia ante los cumplimientos contractuales. Ius et veritas*. Lima: PUCP.