



FACULTAD DE DERECHO

**LA INDEMINIZACIÓN EN LAS OBLIGACIONES DE DAR SUMAS
DE DINERO Y EL TRATAMIENTO DE LA CLÁUSULA PENAL**

PRESENTADA POR

CARLOS ENRIQUE SAAVEDRA PALOMINO

PRESENTADA POR

GUSTAVO ENRIQUE MONTERO ORDINOLA

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

LIMA – PERÚ

2017



**Reconocimiento - No comercial - Compartir igual
CC BY-NC-SA**

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, siempre y cuando se reconozca la autoría y las nuevas creaciones estén bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



FACULTAD DE DERECHO

**“LA INDEMNIZACIÓN EN LAS OBLIGACIONES DE DAR SUMAS
DE DINERO Y EL TRATAMIENTO DE LA CLÁUSULA PENAL”**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

PRESENTADA POR:

CARLOS ENRIQUE SAAVEDRA PALOMINO

ASESOR:

MG. GUSTAVO ENRIQUE MONTERO ORDINOLA

LIMA, PERÚ

2017

Este trabajo se lo dedico a mi abuelito, Papa Demetrio, quien siempre ha estado presente en cada paso de mi vida, aun estando ausente.

Agradezco a mis padres por su total apoyo a lo largo del trabajo. A mi tío Carlos por sus sabios consejos.

INDICE

	Páginas
Portada	i
Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
INDICE	iv
RESUMEN	v
ABSTRACT	vi
INTRODUCCION	vii
CAPÍTULO I: MARCO TEORICO	
1.1 Antecedentes de la investigación	1
1.2 Bases teóricas	5
1.2.1 El dinero	5
1.2.1.1 Antecedentes	5
1.2.1.2 Concepto	8
1.2.1.3 Funciones	9
1.2.1.4 Características	11

1.2.2 Obligación de dar suma de dinero	12
1.2.2.1 Obligación	12
1.2.2.2 Obligación de dar	16
1.2.2.3 Obligación de dar suma de dinero	17
1.2.3 Regulación en el código civil peruano de 1984	18
1.2.3.1 Falta de regulación específica	18
1.2.3.2 Regulación a través del pago	20
1.2.4 Teoría jurídica del dinero	22
1.2.4.1 Problema del valor del dinero	23
1.2.4.2 Problema del interés del dinero	24
1.2.5 Inejecución de obligaciones dinerarias	
1.2.5.1 Teoría de la inejecución de obligaciones	25
1.2.5.2 La inejecución en obligaciones dinerarias	27
1.2.5.3 Retardo como inejecución	28
1.2.5.4 La mora	30
1.2.5.4.1 Concepto	31
1.2.5.4.2 Elementos	33
1.2.5.4.3 Regulación en el Código Civil	33
1.2.5.5 El daño en las obligaciones de dar suma de dinero	36
1.2.5.5.1 Presunción legal de daño	39
1.2.6 Responsabilidad por inejecución de obligaciones dinerarias	44
1.2.6.1 Antecedentes normativos	45
1.2.6.2 Regulación en el Código Civil vigente	49

1.2.6.2.1	Artículo 1324°	51
1.2.6.2.2	Intereses y tasas de interés	52
1.2.6.2.3	Regímenes de regulación	53
1.2.6.2.4	Intereses legales y convencionales	55
1.2.6.2.5	Indemnización compensatoria y moratoria	58
1.2.6.2.5.1	Interés moratorio	63
1.2.6.2.5.2	Tasa de interés moratorio	65
1.2.6.2.6	El daño ulterior pactado	68
1.2.7	La cláusula penal	
1.2.7.1	La <i>stipulatio poenae</i>	73
1.2.7.2	Regulación histórica en el Sistema jurídico peruano	75
1.2.7.3	Concepto	78
1.2.7.4	Funciones	80
1.2.7.5	Clasificación	85
1.2.7.5.1	Compensatoria	85
1.2.7.5.2	Moratoria	87
1.2.7.6	Objeto de la prestación penal	88
1.2.7.7	Exigibilidad de la cláusula penal	89
1.2.7.8	Indemnización del daño ulterior	92
1.2.7.9	Inmutabilidad de la cláusula penal	94
1.2.8	Aplicación de la cláusula penal como indemnización en las obligaciones dinerarias	
1.2.8.1	Posiciones doctrinarias	96

1.2.8.2 Antecedente: Artículo 1364° del Proyecto del código Civil de 1984	102
1.2.8.3 Casación N° 3192-98-Callao	104
1.3 Definición de términos básicos	108
CAPÍTULO II: HIPÓTESIS	
2.1 Formulación de hipótesis	110
2.1.1 Hipótesis general	110
2.1.2 Hipótesis secundarias	110
CAPITULO III: METODOLOGÍA	
3.1 Diseño metodológico	112
3.1.1 Tipo de investigación	112
3.1.2 Método de investigación	112
3.1.3 Enfoque de la investigación	112
CAPITULO IV: PENALIDAD E INDEMNIZACION EN OBLIGACIONES DINERARIAS	
4.1 Coincidencias entre la cláusula penal y la indemnización en obligaciones dinerarias	113
4.1.1 Presunción de daño	113
4.1.2 Límite indemnizatorio	115
4.1.3 Indemnización de daño ulterior	116
4.2 El supuesto de la penalidad compensatoria	117
4.3 Incompatibilidad de la penalidad moratoria como indemnización en obligaciones dinerarias	118

4.4 La cláusula penal moratoria y los intereses

120

moratorios en el Decreto Legislativo N° 299, Ley de Leasing

CAPTULO V: CONCLUSIONES

CAPITULO VI: RECOMENDACIONES

FUENTES DE INFORMACION

ANEXOS

RESUMEN

Las obligaciones dinerarias constituyen el sentido de nuestra economía. Todas las transacciones se realizan con dinero. La cláusula penal se instituye como indemnización anticipada ante la mora en obligaciones dinerarias. El presente trabajo busca esclarecer la aplicación de la cláusula penal en las obligaciones dinerarias, puesto que se viene utilizando esta conjuntamente con los intereses moratorios, ante la aparente legalidad en su uso, ya sea en conjunto o sustituyendo a los intereses, haciendo que la indemnización en estas obligaciones sobrepase los límites establecidos en la ley, y generando un excesivo cobro de dinero. El código civil establece que ante la falta de pago de una deuda dineraria se generaran intereses, siendo estos la forma especial de indemnización en estas obligaciones. Con la revisión de la doctrina francesa e italiana, quienes entendieron y adaptaron a la norma jurídica el carácter especial del dinero, se comprendió la estructura jurídica de la indemnización en las obligaciones dinerarias, y la razón de la generación de intereses. Con esto se concluyó que, a raíz del daño ocasionado por la mora, es imposible la aplicación de una cláusula penal para la indemnización en este tipo especial de obligaciones.

ABSTRACT

Monetary obligations constitute the meaning of our economy. All transactions are made with money. The Penalty Clause is established as early compensation against arrears in monetary obligations. This investigation paper seeks to clarify the application of the Penalty Clause in monetary obligations, since it has been used in conjunction with the default interest, in view of the apparent legality in its use, either as a whole or substituting the interests, making the compensation exceeds the limits established in the law, and generating an excessive collection of money. The Civil Code establishes that the default of a monetary debt will generate interest, these being the special form of compensation in these obligations. With the revision of the French and Italian doctrine, who understood the special character of money and adapted the norm in order to respect its qualities, the legal structure of compensation in monetary obligations and the interest ratio were understood. With this, it was concluded that, as a result of the damage caused by default, it is impossible to apply a Penalty Clause for compensation in this special type of obligations.

INTRODUCCION

El dinero se ha constituido como el instrumento fundamental en la vida de las personas. Ha llegado a tener una gran trascendencia a tal punto que ha sido considerado como fuente de felicidad y prosperidad. Todo gira en torno al dinero.

Las personas buscan, generalmente, a través del trabajo, la obtención de dinero, a fin de satisfacer sus necesidades. El contrato de mutuo dinerario o préstamo de dinero constituye otra forma de adquirir el mismo, pero con la obligación de devolverlo.

Las personas acuden a las entidades bancarias a fin de obtener dinero a través de un préstamo, el cual está sujeto a tasas de interés que fijará la entidad bancaria; las cuales no todos están dispuestos a asumir. O también ocurre que las personas no califican en los estándares de las entidades financieras para ser beneficiados con el préstamo. Esto puede darse por diversos factores tales como: el desempleo, la inestabilidad laboral de la persona, la morosidad e inscripción en las centrales de riesgo, entre otros.

Es ante esta situación de necesidad de obtener dinero, aunado a la imposibilidad de acceder a un préstamo bancario, que motiva a las personas a acudir a los préstamos fuera del sistema financiero. En este sistema paralelo, los prestamistas son inversionistas que se dedican casi exclusivamente a prestar dinero en condiciones generalmente impuestas al prestatario, ya que están en una situación de ventaja sobre el prestatario. Ventaja que se puede advertir por el estado de necesidad del prestatario para la obtención de dinero, y se traduce en las cláusulas contractuales que aseguran un enriquecimiento para los prestamistas.

Es así que se ha podido advertir, en contratos de préstamo de dinero inscritos en los registros públicos, ya que incorporan una hipoteca; que se estipula que ante la mora se generarán intereses moratorios a una tasa, que se encuentra dentro de los límites establecidos por el Banco Central de Reserva del Perú por la Circular N° 021-2007-BCRP, en atención al artículo 1243° del Código Civil. Adicionalmente a esto, se estipula que ante la falta de pago de las cuotas se generará una penalidad de un monto determinado por cada día de atraso.

En el contrato, al referirse a la penalidad, se está tomando la figura jurídica de la cláusula penal, la cual en nuestro Código Civil es un instrumento jurídico principalmente indemnizatorio que permite estimar los daños que se pueden generar ante el posible incumplimiento de una obligación.

Como se sabe para obligaciones dinerarias, la indemnización estará constituida por los intereses moratorios, y según la doctrina, la cláusula penal puede coexistir

con estos siempre y cuando no supere las tasas máximas permitidas por el Banco Central de Reserva del Perú. Se entiende esto ya que no existe ningún impedimento expreso para el uso de la cláusula penal en obligaciones dinerarias. Entonces encontramos una aparente legalidad para el uso de la cláusula penal en obligaciones dinerarias; solo teniendo en cuenta los límites máximos permitidos. Sin embargo hay que resaltar que la cláusula penal en este caso indemnizará la mora en obligaciones dinerarias, con lo cual tendría una aplicación similar a los intereses moratorios.

Entonces ante esta situación, de aparente legalidad para utilizar la penalidad en los casos de indemnización en las obligaciones dinerarias salta la siguiente pregunta: ¿Es compatible la cláusula penal con los intereses moratorios, en el ámbito de la indemnización por incumplimiento en una obligación dineraria? Asimismo de aquella se derivan las siguientes: ¿Cuál es el tipo de incumplimiento que puede ocasionarse en las obligaciones dinerarias? ¿Cuál es el daño que se genera por la mora en las obligaciones dinerarias? ¿Son los intereses moratorios la fórmula jurídica idónea para indemnizar la inejecución de obligaciones de dar sumas de dinero?

Es necesario tener en cuenta que la indemnización en las obligaciones dinerarias está regulada en el artículo 1324° del código Civil, en las disposiciones generales del capítulo primero, del título referente a la inejecución de obligaciones, y la cláusula penal está regulada en los artículos 1341° y siguientes del capítulo tercero del mismo título. En ese sentido tenemos que, al estar la cláusula penal dentro del libro de las obligaciones, y en estricto, en el título de inejecución de

obligaciones, esta puede ser utilizada en todo tipo de obligaciones para indemnizar la inejecución de las mismas. Cabe resaltar, como se ha dicho, que en los artículos referentes a la cláusula penal, no hay limitación expresa para su uso.

Asimismo dentro de la jurisprudencia peruana se ha encontrado que no hay una correcta interpretación y concepción sobre las instituciones materia de tesis. En efecto en la Casación N° 3192-98-Callao, que fue materia de análisis y fuente para el Pleno Jurisdiccional Nacional Comercial de Lima, se confunde el tratamiento de la cláusula penal en obligaciones dinerarias, cosa que genera una grave preocupación, por la interpretación de la norma por parte de los jueces, que luego será base para el ejercicio de los operadores jurídicos.

Por si fuera poco, se ha encontrado un dispositivo legal que permite el uso de penalidades por mora fuera de los intereses, que pueden ser de orden compensatorio o moratorio: artículo 9° del Decreto Legislativo N°299 (Ley de Leasing).

Por ello este trabajo apunta a esclarecer esta situación, desarrollando ambas instituciones jurídicas, la concepción doctrinaria de la indemnización en las obligaciones dinerarias, entendiendo su estructura y composición, así como el tratamiento de la cláusula penal, su concepto, características, funciones y finalidad. Con esto se busca deslindar la aplicación de la cláusula penal a las obligaciones dinerarias, ya que estas tienen como figura indemnizatoria especial a los intereses moratorios. Asimismo se pretende demostrar la incompatibilidad funcional de la cláusula penal en estructura jurídica de las obligaciones dinerarias.

Por ello, en el primero capítulo denominado marco teórico, se analizan las investigaciones previas tratadas sobre el tema las cuales sientan las bases para iniciar el estudio comparativo de ambas instituciones jurídica. Asimismo dentro del punto denominado bases teóricas, se hace una recopilación de las teorías que sustentan ambas instituciones.

Se inicia estudiando el dinero, su origen, concepto y funciones, con lo cual se busca entender la calidad especial del mismo a fin de entender su tratamiento jurídico; luego se desarrolla el concepto jurídico de las obligaciones de dar suma de dinero. Para lo cual, se parte del estudio del elemento básico: la obligación, pasando por la obligación de dar, para arribar al desarrollo del concepto de obligación de dar sumas de dinero. Se procede a estudiar este tipo de obligaciones a la luz del ordenamiento jurídico peruano vigente. Finalmente se expone los dos principales problemas que atiende la teoría jurídica del dinero propuesta por el jurista Gustavo Palacios Pimentel: el problema del valor del dinero y el problema de los intereses que genera la suma de dinero.

Luego se trata el tipo de inejecución en las obligaciones de dar suma de dinero; desarrollando conceptos como la teoría de inejecución de obligaciones, el retardo como inejecución, la mora y el daño en las obligaciones dinerarias. Seguidamente, se analizan los antecedentes normativos y la regulación en el código Civil actual, tomando como base su artículo 1324°. En esta parte se trata la institución jurídica del interés como fruto del dinero, en caso de interés compensatorio, y como indemnización por la mora, interés moratorio. Finalmente

se estudia el pacto del daño ulterior es este tipo de obligaciones. Finalmente se estudia esta institución, desde su origen con la *stipulatio poenae* hasta su concepción actual, dentro del sistema de responsabilidad civil de nuestro sistema jurídico. En esta parte se analiza el concepto de clausula penal, sus funciones y su clasificación, y el pacto del daño ulterior, figura que comparte con el artículo 1324° que regula la indemnización en obligaciones dinerarias. Asimismo se analiza la Casación N° 3192-98-Callao, la cual toca ambas instituciones jurídicas desde el punto de vista de la viabilidad ejecutiva de la cláusula penal.

Luego en el capítulo segundo, se formulan las hipótesis del presente trabajo, hipótesis general e hipótesis específicas. En el tercer capítulo se expone la metodología usada para el análisis del tema.

En el cuarto capítulo se aplica los conocimientos estudiados en las bases teóricas para así analizar el tema de la aplicación de la cláusula penal para obligaciones dinerarias. Asimismo se analiza el artículo 9° del Decreto Legislativo N° 299, que permite la estipulación de ambas figuras jurídicas, intereses y penalidades.

Este esquema permite analizar la estructura de las obligaciones dinerarias y de la cláusula penal, exponiendo posiciones doctrinarias, que respaldan las normas jurídicas que regulan estas instituciones, lo que permite conocer su razón de ser y la finalidad que cumplen.

Con esto se pretende deslindar el uso de la cláusula penal en las obligaciones dinerarias, evitando así su uso indiscriminado aprovechándose del silencio de la norma respecto a la aplicación de la cláusula penal a todo tipo de obligaciones.

CAPITULO I: MARCO TEÓRICO

1.1 Antecedentes de la investigación

Conforme a lo investigado en las bibliotecas especializadas se ha advertido que este problema se ha tratado principalmente de una forma separada, de un lado las la inejecución de las obligaciones de dar suma de dinero y de otro la cláusula penal.

En efecto la tesis de Basilio Sánchez Uzurin, que le otorgó el grado académico de bachiller en derecho en el año 1975, en la universidad Nacional Mayor de San Marcos, intitulada “De las obligaciones con cláusula penal; doctrina y derecho positivo” desarrolla la institución de la cláusula penal y llega, entre otras, a las siguientes conclusiones:

“La cláusula penal tuvo su origen en Roma. En el derecho romano se le denomino stipulatio poenae. Como se sabe, en el primitivo derecho romano, vale decir, en su primera época, no cabía compeler al obligado, excepto

cuando se trataba de una suma de dinero; los jueces no tenían la facultad para exigir por la fuerza a un ciudadano que cumpla un hecho, tampoco podían fijar el monto de los daños y perjuicios. Frente a esta situación aparece la *stipulatio poenae* que remedia los inconvenientes, las partes convenían mediante esta estipulación que el deudor deberá pagar al acreedor determinada suma de dinero en caso que no cumpla su obligación. La *stipulatio poenae*, en estas condiciones, tenía un indiscutible carácter asegurador. El deudor se encontraba en la necesidad de cumplir la obligación caso contrario debería satisfacer la pena.

Posteriormente, cuando se acordó acción en el derecho romano a toda especie de obligaciones, la *stipulatio poenae* siguió aplicándose, pero recién fue que la cláusula penal cumplió las funciones propias que conserva la ley.

La denominación de esta figura jurídica resulta un tanto extraña e inconveniente en el derecho moderno; así se denominó en el derecho romano porque el incumplimiento era considerado como delito. Podría significarse, más bien, esta institución, por ejemplo, llamándola: "Cláusula de indemnización de daños y perjuicios", y esto, en atención, precisamente, de una de sus funciones fundamentales.

Sobre el objeto momento y modo de la cláusula penal, cabe decir que el primero es una prestación que consiste preferentemente en dinero por ser más cómodo y ajustado a la finalidad del resarcimiento, aunque no puede consistir en dinero conviniéndose algo distinto."

Sobre el mismo tema Luis J. Alfonso Vargas Buitrón en su tesis intitulada “La cláusula penal en el código civil vigente”, con la que obtuvo el grado de Bachiller en derecho por la universidad Mayor de San Marcos en el año 1967, que, con una metodología deductiva llega, entre otras, a las siguientes conclusiones:

“La cláusula penal conforme a la legislación vigente no puede ser aumentada, pero si disminuida.

Se admite el principio de la mutabilidad de la cláusula penal.

La cláusula penal, generalmente, es aplicable dentro de la esfera contractual.

La fórmula de la reducción judicial, aceptada por nuestro ordenamiento, nos da la apariencia de atentar contra el principio de que el contrato es ley para las partes; y conspira contra la seguridad contractual.

La cláusula penal es una institución que opera en las obligaciones y en los contratos.

El pacto por el que se fija la indemnización convencional, no debe comprometer normas de orden público.

La cláusula penal funciona en virtud de tres supuestos jurídicos: incumplimiento de la obligación principal, caso de la mora y en seguridad de algún pacto determinado.

La cláusula penal cumple una función preventiva, toda vez que su fijación, evita el debate de la existencia de los prejuicios y su cuantía.

De otro lado, tratando el tema de las obligaciones dinerarias, encontramos a la tesis intitulada “El interés convencional en el préstamo de dinero y nuestra legislación civil”, presentada por Felix A. Moscos Calle, con la que obtuvo el título de Bachiller en derecho por la universidad Nacional Mayor de San Marcos en el año 1943, en la cual llega a las siguientes conclusiones:

“La ley no debería fijar la tasa máxima de interés convencional en los préstamos, porque el interés del dinero en el país no es uniforme; varia debido a una serie de factores entre otros a los de espacio y tiempo. Por eso el tipo fijado por la Ley 2760 es contrario a nuestra realidad.

El código, consecuentemente con el principio constitucional en que se inspira, no se ocupa del interés. Es una cuestión que desborda los planos del derecho privado, y en consecuencia, incumbe al derecho público.

El código no ha debido fijar el tipo de interés legal, dejando su función a otra ley como lo hacen otras legislaciones.”

1.2 Bases teóricas

1.2.1 El dinero

1.2.1.1 Antecedentes

El dinero es el medio de intercambio de los bienes y servicios por excelencia. Antes de la aparición de este, las personas intercambiaban sus bienes en exceso por otros que necesitaban; a esta operación se le denominaba trueque.

Quien necesitaba un bien tenía que buscar a otra persona que lo tuviera, para poder ofrecer intercambiar el bien que tiene por el que necesita. A esto se le conoce como la doble coincidencia de necesidades, situación en la que dos comerciantes están dispuestos a intercambiar sus productos directamente (Mc Eachern, 1997). Esta operación se desarrolló en poblaciones rudimentarias y pequeñas por mucho tiempo.

Sin embargo con el transcurrir de los tiempos el hombre se volvió más complejo para realizar sus transacciones, a la vez que el incremento de especialización hizo que el sistema del trueque de intercambio tomara más tiempo y fuera más engorroso (Mc Eachern, 1997). Con lo cual hizo más difícil el intercambio de un bien por otro que necesitase. Ante esta necesidad aparece el dinero.

El dinero marcó un hito, pues estandarizó el intercambio, ya que todos los productos podían ser de fácil adquisición entregando dinero por ellos; haciendo más fáciles las operaciones comerciales. Entonces se concibió al dinero como un medio de intercambio que era generalmente aceptable (G.L. Thirkettle, 1981). Ya con el nacimiento de los estados, la autoridad pública le atribuyó la función de medida de todos los bienes (Castillo Freyre, Osterling Parodi, 1995).

En sus orígenes, se tomó como dinero distintos objetos que tenían valor de por sí, como el oro, la plata, la sal, o el ganado. Estos tipos de dinero se denominaron “dinero-mercancía”, los cuales tienen un valor intrínseco. Este valor intrínseco significa que el artículo tendrá valor aun cuando no se utilice como dinero (Mankiw, 1998). La ventaja de este tipo de dinero era que, debido a su valor por sí mismo, se conocía su valor de inmediato (Parkin, 1995). Entonces se empezó a intercambiar bienes por determinados productos que tomaron la figura de dinero. En roma se tomó al ganado como dinero; de ahí es que viene el término pecuniario, ya que “*pecus*” significaba ganado. Era fácil intercambiar por ejemplo, ganado por maíz, siempre y cuando ambos intervinientes tengan la doble coincidencia. El dinero mercancía más utilizado, por su valor intrínseco fue de oro y de plata, con los cuales se acuñaron monedas.

Sin embargo este tipo de dinero fue desapareciendo por las desventajas que tenía. El recorte o desvalorización del dinero, se dio al disminuir el volumen de las monedas de oro o plata, las cuales, si bien es cierto, tenían el mismo valor como dinero, por el recorte perdían su valor intrínseco, entonces las personas

expulsaban el dinero “bueno”, por el dinero “malo”, el cual estaba recortado (Parkin, 1995). A este efecto se le denomina la ley de Gresham.

Del dinero mercancía se pasó al dinero-papel. Este nació en la edad media, en la que los orfebres, quienes tenían un buen sistema de seguridad, recibían el oro de las personas, para que sea custodiado, por lo que emitían unos certificados, los cuales otorgaban el derecho para retirar el oro depositado (Parkin, 1995). Otro tipo de dinero papel era el dinero creado por los bancos, quienes emitían unas notas bancarias. Estas eran órdenes de pago en la que se prometía al poseedor una cantidad específica de oro o plata, las que se presentaban ante el banco emisor para su pago (Mc Eachern, 1997). Este dinero resultó más práctico que el oro, por la facilidad de su transporte (Mc Eachern 1997). Este tipo de dinero también es conocido como dinero fiduciario. Esto es que no se respalda por los materiales de los cuales está constituido, sino en la confianza o el crédito de quien lo va a recibir.

Cuando se hizo un común denominador el usar dinero papel en las transacciones, los Estados empezaron a emitir dinero de curso legal, el cual es dinero por el poder soberano de los Estados, los que mediante decreto deciden que determinado bien será dinero, debiendo ser aceptado por todos los ciudadanos (Mc Eachern, 1997). Con ello todas las transacciones se realizan con el dinero de curso legal, el cual puede ser monedas o billetes.

En el Perú el dinero de curso legal es el “Sol”, el cual cambio su denominación de “Nuevo Sol” mediante ley N° 30381 publicada el 14 de diciembre de 2015.

1.2.1.2 Concepto

Como se ha dicho, y a lo largo de la evolución del mismo, el dinero es esencialmente un bien de intercambio. Los economistas lo definen como “medio aceptado en la economía para la realización de las transacciones de compraventa de bienes y servicios, así como para el pago o la cancelación de deudas” (Jimenez, 2006, p. 271). Encontramos en esta definición el carácter instrumental del dinero, el cual, como lo mencionan, es un medio mas no un fin.

Así el dinero será cualquier artículo generalmente aceptado para el pago por los bienes y servicios vendidos (Mc Eachern, 1997). El economista N. Gregory Mankiw (1998), nos dice que: “El dinero es el conjunto de activos de la economía que utilizan los individuos normalmente para comprar bienes y servicios a otras personas” (p. 534). Tal como se ha revisado de la historia, fueron dinero la sal, el ganado, las conchas de mar, el oro y la plata, entre otros.

En esta misma línea el economista G.L. Thirkettle (1981), menciona que: “Es dinero cualquier medio de intercambio que resulte generalmente aceptable” (p. 175). Esta aceptación general de cualquier bien como dinero ha variado. Ahora por disposición suprema del estado tenemos a la moneda de curso legal, que es el dinero fiduciario. Este dinero tiene la característica de no tener, o tener mínimo valor intrínseco, porque el material del cual está hecho de metales de bajo costo, en caso de monedas, tal como la alpaca; y algodón en caso de los billetes.

Los economistas Paul Samuelson y William Nordhaus (2002) mencionan que: “El dinero es el medio de pago, es decir las monedas y billetes y los cheques que utilizamos cuando compramos cosas” (p. 27)

Estos autores incluyen a los cheques como dinero. Sobre esto se debe tener en cuenta la posición del también economista Michael Parkin (1995), quien niega la calidad de dinero al cheque por ser ésta solo una instrucción por escrito dirigida al banco para que éste transfiera el dinero.

Por el concepto de dinero, en principio no debemos pensar solo en billetes y monedas; si no en un objeto de intercambio el dinero. Conforme a los conceptos expuestos el dinero es esencialmente el bien que hace posible el intercambio de bienes, el cual será generalmente aceptado. Las monedas y billetes son un tipo de dinero; hay que tener presente que fueron dinero distintos objetos a lo largo de la historia. Pero ahora, el estado ha determinado que el dinero será la moneda de curso legal. En el caso peruano es el “Sol”.

1.2.1.3 Funciones

El dinero, como hemos mencionado, es un bien que permite la enajenación de bienes por ser de aceptación de todas las personas. Ahora, el dinero cumple distintas funciones en la economía, las cuales son: medio de cambio, depósito de valor, unidad de cuenta y patrón de pago diferido.

Como medio de cambio, ya se ha dicho que esta es su esencia. El dinero entró a suplir el método primitivo para las transacciones económicas: el trueque. Con el dinero se garantizó la doble coincidencia de necesidades (Parkin, 1995), que se volvió difícil con el trueque de mercancías. Sobre este último punto los economistas Rudiger Dornbusch y Stanley Fisher (1994) ejemplifican de una forma clara diciendo:

El dinero, como medio de cambio, hace innecesario que exista una “doble coincidencia de deseos” en los intercambios. Cuando hablamos de doble coincidencia, pensamos en los ejemplos anteriores. Los deseos de dos personas tendrían que ser idénticos para que pudieran realizar intercambios. Por ejemplo, el hombre que vende entradas de cine tendría que encontrar un comprador que tuviera bienes (el traje) que este quisiera comprar, mientras que, al mismo tiempo, la mujer que vende trajes tendría que encontrar un comprador que tuviera bienes (entradas de cine) que ella quisiera comprar. (p. 419)

La función de medio de cambio se aprecia en su totalidad con el ejemplo dado por los economistas, porque es utópico pensar que dos personas tengan siempre la coincidencia de necesidades, teniendo en cuenta la gran cantidad de bienes que se pueden demandar, así como la cantidad de personas que las lo pueden hacer.

Como unidad de cuenta, el dinero expresa los precios de bienes y servicios (Dornbusch, Fisher, 1994). Los precios de todos los bienes se entenderán

cotizados en términos de ese bien, y la mercancía elegida como dinero se convierte en una unidad de cuenta común (Mc Eachern, 1997). De esta forma, si uno quiere adquirir determinado producto, ya no se referirá, como cuando se realizaba con el sistema del trueque a otro producto, sino a tantas unidades de dinero.

Como depósito de valor el dinero retiene el poder de compra en el tiempo (Mc Echarn, 1997). Cuando la mercancía puede intercambiarse después por bienes y servicios cumple la función de depósito de valor (Parkin, 1995). El dinero cumple esta función al mantener su valor normalmente en el tiempo. Gracias a esta función del dinero podemos adquirir bienes o servicios en el futuro. Sin embargo, el valor de un bien utilizado como dinero fluctúa en el tiempo. Cuando hay inflación, el valor de la moneda baja continuamente (Parkin, 1995).

Como patrón de pago diferido, el dinero es fijado como medida de pago en el futuro al contraer una deuda. Esta función permite proyectar el valor de un bien al futuro, como en contratos de préstamo, arrendamiento de propiedad o contratos de salario (Garcia, 2004). Sin embargo algunos autores consideran que esta función del dinero esta subsumida en las tres anteriores funciones.

1.2.1.4 Características

Según Torres Vásquez (2014) las características del dinero son: a) bien fungible, como unidad monetaria intercambiable por otra del mismo valor; b) bien mueble, de fácil transporte; c) consumible, por estar destinado a la enajenación de las

transacciones que tiene como el elemento el dinero, por tanto su uso natural consiste en gastarlo. Una vez usado en cualquier operación deja de existir para quien lo usa; d) de cantidad, en el sentido de que no interesa las piezas individualmente consideradas, sino el número, la cantidad. Las unidades monetarias carecen de toda nota individual. Esta característica diferencia al dinero de las demás cosas fungibles, porque se da y recibe atendiendo solamente a su relación con una determinada unidad (sol, dólar, euro, etc.) como X veces esa unidad. La referencia a una unidad ideal se encuentra siempre en el dinero y solamente en el dinero; e) divisible por ser fraccionable; f) de curso legal, ya que su valor nominal está certificado por el estado; g) de curso forzoso, porque los particulares están obligados a recibir la moneda como medio de pago.

1.2.2 Obligaciones de dar suma de dinero

1.2.2.1 Obligación

Para poder entrar a definir la obligación de dar suma de dinero debemos primero desarrollar en un sentido muy general el concepto de obligación, seguido de la obligación de dar, para así llegar a la prestación de dar suma de dinero.

Debemos tener en cuenta que la definición etimológica de la palabra obligación genera la idea de sujeción o ligamen. Esto como punto de partida para entender el concepto de obligación.

Eugenio M. Ramírez (2000) nos dice que: “Obligación es la relación o vínculo de derecho patrimonial que se establece entre dos o más partes (o sea, personas o grupo de personas) por la que una de ellas (acreedor) puede exigir de la otra (deudor) la entrega de un bien o el cumplimiento de un determinado servicio (hacer) o una abstención (no hacer)”. (p. 34)

Para Osterling Parodi y Castillo Freyre (2008) la obligación es el vínculo que nos impone el cumplimiento de un deber. Manifiestan que obligación es igual a deber. Consideran que la “obligación constituye una relación jurídica existente por lo menos entre dos personas, llamadas deudor y acreedor, es decir, entre un sujeto pasivo y un sujeto activo” (Castillo, Osterling, 2008, p. 64).

La obligación no solo implica la ligazón del deudor al acreedor, y la sujeción del primero sobre el segundo, sino también el poder del acreedor para compeler a su deudor para que cumpla con ejecutar lo que se obligó (Osterling, Castillo, 2009). De esta definición podemos entender el carácter compulsivo que tiene la obligación, ya que ambos se han ligado y con esto pueden exigirse mutuamente el cumplimiento, claro con los mecanismos dispuestos en la ley. A esto añaden Osterling y Castillo (2009) que el deudor cuando “no cumple la prestación, o la cumple parcial, tardía o defectuosamente, por razones a él imputables, responde con sus bienes por dicho incumplimiento, en razón del elemento coercitivo previsto por la ley” (p. 65).

Palacio Pimentel (2002) dice que: “Por el origen etimológico, obligación quiere decir sometimiento o subordinación, limitación restricción impuesta a la actividad de la persona (natural o jurídica) sometida a ella”. (p. 31)

Este autor (2002) define a la obligación como:

La relación jurídica patrimonial convencional o impuesta por la ley, existente entre dos personas concretamente determinadas (naturales o jurídicas, singulares o plurales) y que consiste en que una de ellas (el deudor) tenga que ejecutar una prestación de dar, hacer o de abstenerse de hacer algo, en provecho o interés de otra u otras (acreedor o terceros beneficiarios, relación que está prevista y garantizada por la ley para asegurar su cumplimiento total y oportuno o, en su defecto, el pago de la correspondiente indemnización económica”. (p. 42)

Con esta definición podemos advertir que no solo nacen obligaciones por la convención de dos sujetos, sino también por disposición de la ley. Asimismo en su definición incluye a la indemnización como consecuencia del incumplimiento.

Para Torres Vásquez (2014), obligación es el vínculo jurídico patrimonial, entre deudor y acreedor, que en caso de incumplimiento el ordenamiento jurídico impone la ejecución forzada y/o el resarcimiento del daño. Asimismo menciona que es un instrumento de cooperación social orientada a conseguir el intercambio de bienes y servicios de una persona en favor de otra.

Para Baena Upegui (2000), la obligación es:

Un vínculo jurídico, entre dos o más personas determinadas o determinables, por medio del cual una parte (una o más personas, el deudor, deudor) se encuentra en la necesidad de realizar una prestación (de dar o hacer alguna cosa), o de practicar una abstención (de no hacer alguna cosa), en favor de otra parte, el acreedor, creditor. (p. 18)

Aquí podemos identificar, el elemento subjetivo y objetivo. Como elemento objetivo tenemos al acreedor y al deudor. Y como elemento objetivo tenemos a la prestación. Esta constituye la conducta del obligado, en este caso es de ejecutar la prestación, ya sea haciendo, no haciendo o dando.

Finalmente Ferrero Costa (2000) dice que la obligación es una situación en la cual el deudor se encuentra constreñido a realizar una conducta a favor del acreedor. Manifiesta que esta situación limita la libertad del sujeto, deudor, ya que este queda sujeto a dar, un hacer o no hacer alguna cosa en interés del otro, acreedor.

Por nuestra parte, y recogiendo todos los conceptos de los autores expuestos, podemos decir que la obligación es principalmente un instrumento jurídico, necesario para la cooperación de las personas integrantes en una sociedad, que a través de esta pueden satisfacer sus necesidades. Esto como primera idea. Este instrumento jurídico, es en esencia un vínculo voluntario o por imperio de la

ley, entre dos sujetos, acreedor y deudor, en el cual el primero, espera la ejecución de una prestación a su favor por parte del segundo. Esta prestación, puede dividirse en tres clases, de dar, hacer y no hacer. Ante el incumplimiento de esta prestación el ordenamiento jurídico le impone dos consecuencias al deudor: la ejecución forzada de la prestación y/o la indemnización por el incumplimiento.

1.2.2.2 Obligaciones de dar

Como vemos existen tres tipos de prestaciones en las obligaciones, de dar hacer y no hacer. Para el caso de la presente tesis, centrarnos solamente en definir las obligaciones de dar, las cuales son el género de las obligaciones de dar suma de dinero.

Principalmente las obligaciones de dar son un tipo de obligaciones positivas, cuya característica y fin fundamental es la entrega del bien del deudor al acreedor (Ramírez, 2000).

Este mismo autor (2000) manifiesta sobre la entrega del bien, que esta puede tener los fines de transferir la propiedad, transmitir únicamente el derecho de uso o la posesión del bien, conferir al obligado la simple guarda o custodia del bien o restituir a su propietario el bien cuando cesa la causa que motivo la tenencia.

Por su parte Osterling Parodi y Castillo Freyre (2008) dicen que: “Las obligaciones con prestaciones de dar son a grandes rasgos, aquellas que implican la entrega física o jurídica de un bien”. (p. 150)

Palacio Pimentel (2002) asegura que: “Las obligaciones de dar son obligaciones positivas que consisten en la entrega de uno o más bienes inmuebles; consumibles o no consumibles; fungibles o no fungibles; incluso bienes futuros, a que se compromete el deudor frente a su acreedor con el fin de constituir sobre ellos derechos reales como la propiedad o la posesión, o con el propósito de confiar al obligado la simple guarda o custodia de la cosa, o para que le sirva al acreedor de garantía por alguna obligación a favor de este”. (p. 75)

De lo expuesto se puede afirmar que las obligaciones de dar son obligaciones de carácter positivo que implican la entrega del bien materia de la obligación. Esta entrega del bien es para constituir derechos reales, de acuerdo a cada obligación. Sin embargo como veremos más adelante, el objeto real en estas obligaciones no es regulado en esta parte del código respecto a las obligaciones de dar suma de dinero.

1.2.2.3 Obligaciones de dar suma de dinero

Habiendo definido los conceptos de obligación, y obligación de dar, podemos llegar a definir la obligación de dar suma de dinero, la cual es una especie de obligaciones de dar con un tratamiento especial, por la naturaleza del bien: dinero.

“Se les incluye entre las obligaciones de bienes genéricos, pues el dinero es un bien fungible. Constituyen una clase o grupo especial de obligaciones de dar” (Ramirez, 2000, p. 56).

Para Osterling Parodi y Castillo Freyre (2008) las obligaciones de dar suma de dinero importa la individualización del dinero, por ser un bien fungible. Al acreedor no le importa la pérdida de este bien, porque puede ser reemplazado fácilmente al tener la condición de fungible.

Palacios Pimentel (2002) afirma que las obligaciones de dar suma de dinero nacen de tres distintas fuentes, la primera es directamente del contrato de mutuo o préstamo (que puede ser civil, mercantil, agrario, minero, industrial o administrativo), la segunda es a causa del pago de los daños y perjuicios por mora, incumplimiento de obligaciones de dar, hacer o no hacer, responsabilidad extracontractual y responsabilidad penal. La enajenación de bienes se paga con dinero, por tener este la función de medio de intercambio.

1.2.4 Regulación en el Código Civil peruano de 1984

1.2.3.1 Falta de regulación específica

El código civil peruano de 1984 trata a las obligaciones en el libro IV. En la sección primera trata en general a las obligaciones y sus modalidades; definiendo a las obligaciones de dar, hacer y no hacer en los títulos I, II, y III respectivamente. Sin embargo en el título primero, referente a las obligaciones de dar, no encontramos un artículo que defina específicamente las obligaciones que tienen por objeto la entrega de dinero.

Según menciona Osterling Parodi (2007), existen dos tendencias legislativas para regular las obligaciones de dar: la primera, representada por los códigos de Francia, España, Portugal, Etiopía, y Grecia, los cuales no definen el objeto de las obligaciones de dar; y la segunda, representada por los códigos civiles de México y Argentina, las cuales sí definen de forma expresa el objeto de la obligación de dar suma de dinero.

Nuestro vigente Código civil optó por la primera tendencia legislativa para regular las obligaciones de dar, puesto que se considera que la delimitación del objeto de estas obligaciones le corresponde a la doctrina (Osterling, 2007).

Por esta razón es que no encontramos una disposición específica que defina y desarrolle el objeto de las obligaciones de dar suma de dinero. Es de advertir que las reglas para las obligaciones de dar que obran en el título primero, de la sección primera, del libro sexto del código civil, no se refieren al dinero como objeto de la obligación de dar.

El dinero es considerado como el bien fungible por excelencia (Castillo, Osterling, 2008), y como tal es capaz de ser sustituido, moneda por moneda, o billete por billete; nunca el deudor se encontrará en la imposibilidad de incumplir con esta obligación por la fungibilidad del objeto.

El artículo 1142° del código civil regula la obligación de dar bienes inciertos. Este artículo podría entenderse que es aplicable a las sumas de dinero, sin embargo el

trato de los bienes inciertos implica determinar cómo mínimo su especie y cantidad. Pero en el caso del dinero, por ser un bien fungible no se necesita una elección, puesto que todos los billetes y monedas (dinero) tienen la misma característica y cumplen las funciones de dinero. Por ello a la hora de cumplir una obligación no se necesitará elegir con qué billete o moneda se va a ejecutar la prestación.

La razón de la falta de regulación de los bienes fungibles en el código civil, según mencionan Osterling y Freyre (2008), se da porque las obligaciones de dar bienes fungibles: “Se resuelven de una manera sencilla y ágil, aplicando las normas y principios que inspiran el derecho común”. (p. 176)

Asimismo manifiestan que basta el entendimiento y la razón para solucionar cualquier problema derivado de estas obligaciones (Castillo, Osterling, 2008).

1.2.3.2 Regulación a través del pago

Como se ha visto las obligaciones de dar suma de dinero no han tenido una regulación expresa respecto a su definición ni el tratamiento del objeto de las mismas. Sin embargo se ha buscado darle un tratamiento dentro de la figura jurídica del pago, que implica el cumplimiento de una prestación.

En el código Civil de 1936 las obligaciones de dar suma de dinero fueron reguladas en el título del pago, dentro de las normas relacionadas a las

obligaciones en moneda extranjera, así como en el título del mutuo, dentro del pago de las deudas de dinero. Estas disponen lo siguiente:

Art. 1249°.-El pago de una deuda en moneda extranjera podrá hacerse en moneda nacional al tipo de cambio del día y lugar de pago.

Art. 1581.- El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, o en su defecto, en la moneda que tenga curso legal.

Según la opinión de Osterling (2007), la ubicación del artículo 1581° en el código civil fue inadecuada, puesto que las obligaciones de dar suma de dinero no son exclusivas del contrato de mutuo. Además, como menciona el citado doctor, al analizar dicha norma conjuntamente con el artículo 1584°, demuestran de forma poco clara la tesis nominalista, cuando el artículo 1249° recogía la tesis valorista. Se debe tener en cuenta que el artículo 1249° se encontraba en la sección tercera del libro de las obligaciones, el cual determinaba las reglas generales del pago, aplicables a todas las obligaciones. Entonces, al interpretarse la ley, se podría entender que se permitía el principio valorista en todas las obligaciones de dar suma de dinero, excepto en el contrato de mutuo, cosa que no tiene sentido jurídico al tratarse de obligaciones que se generan con el mismo objeto: el dinero.

Por este motivo el código civil de 1984 reguló las obligaciones de dar suma de dinero, dentro del título relativo al pago. Así estas reglas se aplicarían a todo tipo de obligaciones que sean consistentes en dinero.

Coloquialmente se utiliza la palabra “pago” para referirnos a la entrega de dinero por la asunción de una deuda; sin embargo el sentido jurídico de esta institución no solo tiene que ver con la entrega dinero, si no con el cumplimiento de cualquier tipo de obligación, sea de hacer, no hacer o dar. En síntesis pago es igual a cumplimiento. Con esto se puede decir que el pago es una forma de extinción de las obligaciones, por el cumplimiento de la misma. Es la forma natural de extinción de obligaciones, al ejecutar estrictamente lo que se convino.

La regulación del actual Código Civil de 1984 respecto a las obligaciones de dar suma de dinero o pecuniarias, se circunscribe a las obligaciones asumidas en moneda nacional y en moneda extranjera. Como hemos dicho, el código no regula en esta parte las definiciones de dinero, finalidad de estas obligaciones; si no a nuestro entender la funcionalidad de estas obligaciones, preocupándose únicamente en solucionar los problemas relativos a la entrega de dinero en monedas, sean nacionales o extranjeras.

Dentro de esta regulación encontramos los artículos 1234°; 1235° y 1237°.

1.2.4 Teoría Jurídica del Dinero

Como sabemos el dinero es un instrumento económico, que permite dar agilidad a las relaciones comerciales entre las personas. Por ello en el campo de la economía se ha generado la teoría monetaria. Sin embargo, el derecho no es ajeno a este instrumento de intercambio, el cual puede ser un objeto en las

relaciones jurídicas entre las partes, especialmente en las relaciones obligatorias, siendo necesario incorporar su reglamentación en los ordenamientos jurídicos. Ya que como se ha dicho anteriormente se busca dar soluciones a los problemas jurídicos relativos al dinero, más allá de dar definiciones sobre este tipo de bien en el derecho, de lo cual se encarga la economía.

Palacios Pimentel (2002) ha construido una teoría jurídica del dinero, mediante la cual se buscan solucionar dos problemas respecto este bien. El primero es determinar el valor de una suma de dinero que ha sido prometida, cuando el valor ha variado desde la fecha de nacimiento de la obligación hasta la fecha de pago. El segundo es determinar los intereses que genera o puede generar una suma de dinero, ya sea por el uso de este bien o cuando no se ha cumplido con el pago de la suma de dinero oportunamente. Es sobre este segundo problema, al cual se dirige el desarrollo de la presente tesis.

1.2.4.1 Problema del valor del dinero

A fin de dar solución a este problema se han construido dos teorías que son opuestas, la tesis del nominalismo y la del valorismo.

Sobre la tesis nominalista del dinero, no se toma en consideración su fluctuación. Se entiende como inflación cero (Keil, 2003). El principio dice que la variación del valor de la moneda debida, durante el tiempo que se generó la obligación y su cumplimiento, no cambiará el monto numérico acordado; esto significa que quien se obligó a entregar una suma de dinero, cumplirá dicha obligación entregando el

monto, en la misma moneda y cantidad acordada, sin importar las fluctuaciones del valor del dinero. Este principio está recogido en el artículo 1234° de nuestro Código Civil vigente, como regla general para el pago de deudas.

De forma opuesta, y ante la injusticia que podía generar la entrega de dinero en una cantidad que representaba menor poder adquisitivo del mismo, nace la teoría valorista, la cual a diferencia de la nominalista, se basa en la fluctuación de la moneda. En esta teoría, se trata de mantener constante el valor de la moneda mediante equivalencias con otros bienes o monedas, porque como se sabe, la moneda sufre fluctuaciones por el proceso de inflación o deflación del dinero. El ordenamiento peruano ha recogido esta teoría como una excepción a la regla general, teoría nominalista; en el artículo 1235° se ha estipulado que las partes pueden convenir que para el pago de una deuda en moneda nacional sea referido a valores de referencia.

1.2.4.2 Problema del interés del dinero

Para afrontar esto se debe considerar antes al dinero como un bien que genera frutos. Estos frutos son civiles, ya que son producidos como consecuencia de una relación jurídica, esto conforme al artículo 891° del Código Civil de 1984. A los frutos civiles generados por el dinero se les denomina jurídicamente intereses. La teoría jurídica trata de explicar primero que los intereses que genera el dinero al ser usado, en caso de préstamos de dinero, son lucrativos o compensatorios. En segundo lugar la teoría explica la generación de intereses por la demora en la entrega del dinero debido: los intereses moratorios.

1.2.5 Inejecución de obligaciones dinerarias

1.2.5.1 Teoría de la inejecución de obligaciones

En lo concerniente a los efectos de las obligaciones existe una teoría que comprende tres partes, según menciona Palacios Pimentel (1990): la teoría de la ejecución, la teoría de los efectos de la inejecución y la teoría de la protección jurídica del acreedor.

El código civil incorpora la teoría de la ejecución al regular lo relativo a la forma de extinguir las obligaciones. Se desarrollan instituciones jurídicas como el pago, entendido como el cumplimiento perfecto de la obligación en los términos acordados, la compensación, consolidación, transacción, novación y mutuo disenso como figuras jurídicas de ejecución con alguna variante en la prestación.

El código regula el segundo supuesto de los efectos de las obligaciones: la teoría de la inejecución. Como menciona Osteling (2007), la sistemática del código en lo referente a la inejecución de obligaciones, luego de tratar la ejecución, se centra en las disposiciones generales de la inejecución, y las reglas sobre la mora y las obligaciones con cláusula penal.

Sobre la inejecución, se puede decir, de una forma general, que se trata del no cumplimiento de la obligación, la insatisfacción del deudor de la prestación

prometida. Así, la Teoría de la inexecución de obligaciones estudia el incumplimiento de las obligaciones y sus causas, las clases de incumplimiento: imposibilidad de la prestación (caso fortuito o fuerza mayor), culpa o dolo imputable al deudor o a un acreedor y las consecuencias que estas originan, sus efectos jurídicos; así como los derechos del acreedor que emanan de estos supuestos (Palacios, 2004).

Respecto al incumplimiento de las obligaciones, Palacio Pimentel (2004) identifica cuatro formas de incumplimiento: a) completa inexecución, b) incumplimiento parcial, c) ejecución total o parcial pero defectuosa, d) la que llega a cumplirse total o parcialmente pero ya tardíamente: mora. Según Torres Vásquez (2014) la primera es una situación de "inejecución" y las otras tres son casos de inexecución inexacta.

En esta teoría se identifican dos doctrinas, la doctrina del incumplimiento y la doctrina de la mora. Estas teorías están diferenciadas por la posibilidad de cumplimiento de la prestación. La primera analiza las causas del incumplimiento que pueden generarse con culpa o sin culpa. Dentro del incumplimiento culpable, este se divide en el causado por dolo, o por culpa; esta última con los grados de culpa leve o culpa inexcusable. En lo referente a la doctrina del incumplimiento sin culpa, esta ocasiona la extinción de la obligación.

Sobre la doctrina de la mora, esta contempla dos teorías. La primera es la mora del deudor, la más común, y la segunda, la mora del acreedor.

Respecto a los efectos del incumplimiento, el de resarcir el daño causado, surgen dos teorías, la de los riesgos y la del daño contractual. La teoría de los riesgos se ocupa cuando el incumplimiento fue ocasionado por el caso fortuito o la fuerza mayor. La teoría del daño contractual, tendrá por objeto la causa del incumplimiento generado por dolo o culpa. Consideramos importante plasmar el esquema elaborado por H. Gustavo Palacio Pimentel (2004) sobre este punto:

<p>El incumplimiento, en su acepción amplia, comprende:</p> <p>I) Doctrina del incumplimiento A. Doctrina del incumplimiento culpable:</p> <p style="padding-left: 40px;">1. Causado por culpa; 2. Causado por dolo.</p> <p style="padding-left: 40px;">B. Doctrina del Incumplimiento sin culpa: Se extingue la obligación</p> <p>II) Doctrina de la Mora A. Teoría de la Mora del deudor</p> <p style="padding-left: 40px;">B. Teoría de mora del acreedor</p> <p>Efectos del incumplimiento:</p> <p>I) Teoría de los Riesgos (La causa del incumplimiento es el caso fortuito o la fuerza mayor)</p> <p>II) Teoría del daño Contractual (La causa del incumplimiento es la culpa o el dolo)</p>
--

(p. 456)

1.2.5.2 Inejecución de obligaciones dinerarias

Habiéndose tratado en forma general la teoría de la inejecución de obligaciones, corresponde tratar el tema de la inejecución de obligaciones dinerarias, la cual si bien es cierto está considerada dentro del título IX, capítulo primero del libro de

Obligaciones referido a la inejecución de obligaciones en general, tiene un tratamiento especial.

La inejecución de las obligaciones puede darse por el incumplimiento absoluto o por la ejecución inexacta, esto es parcial, tardía o defectuosa. En las obligaciones de dar bienes distintos al dinero, se pueden incumplir por diversos modos. Cuando el deudor no entrega el bien debido, ya sea por la destrucción del bien, se configura la inejecución absoluta; cuando el deudor entrega un bien distinto al pactado para ejecutar la prestación, se genera la inejecución defectuosa; cuando este entrega una parte de lo convenido, se da la inejecución parcial o ejecución parcial de la obligación; y finalmente, cuando la entrega del bien es fuera del plazo convenido, se da la ejecución tardía de la prestación. La inejecución en las obligaciones dinerarias se restringen principalmente a una forma: la inejecución tardía.

Decimos esto en atención a la calidad del bien objeto de la prestación que es el dinero, el bien fungible por excelencia (Osterling, Freyre, 2009), el cual puede ser intercambiado sin importar la elección de cada moneda o billete.

1.2.5.3 Retardo como inejecución

El dinero es el bien con el que se puede adquirir todos los bienes; que no siempre estuvo ligado a monedas. El dinero como concepto general es cualquier bien de intercambio que sea generalmente aceptado. En sus inicios se tomó a distintos

bienes para ejercer esta función como el oro, la plata, sal o ganado; para posteriormente, por necesidad, se fijara a la moneda, como único bien dinerario.

Entonces entendiendo que la moneda es el único bien identificado como dinero y éste es usado para adquirir todo tipo de bienes o servicios, su existencia abunda, siendo prácticamente imposible incumplir una obligación consistente en dinero, ya que es usual en una economía encontrar dinero, salvo casos sumamente excepcionales.

Respecto al incumplimiento en la prestación de bienes fungibles, Francesco Messineo (1979), comenta:

“En las obligaciones de dar bienes fungibles (*genus illimitatum*) (retro 27): aquí, el deudor, aunque haya sido destruida (el perecimiento) la cosa destinada al cumplimiento, puede siempre sustituirla con otro ejemplar de ella. En dicho caso, no existe problema de los efectos de la imposibilidad de cumplimiento; el deudor está obligado incondicionalmente a cumplir. En las obligaciones de dar suma de dinero el acreedor no puede legítimamente negarse a aceptarlo; si lo rechaza incurre en mora.” (p. 246)

Vemos, lógicamente, que el incumplimiento de un bien que abunda es imposible; es más el jurista afirma que el deudor está incondicionalmente obligado a cumplir.

Dentro de esta línea Ferrero Costa (2004), considera que para el dinero se consagra el principio “*genus nunquam perit*”, que significa que el género nunca

perece. Añade, que: “Como siempre existen otras cosas pertenecientes al género, la pérdida o destrucción de las cosas genéricas que el deudor poseyera no supone imposibilidad objetiva de cumplir la prestación” (p. 50).

Con ello queda claro que el dinero, entendido como monedas o billetes, siempre podrá ser de obtención y disposición de cualquier persona, por lo que una obligación que tenga por objeto dinero, siempre podrá ser cumplida, agregando, como lo menciona Messineo, “incondicionalmente”.

Sin embargo, este mismo autor considera que cuando el retardo en el cumplimiento, genera en el acreedor una insatisfacción, se generará el incumplimiento absoluto (Messineo, 1979). En ese caso el tiempo es un elemento esencial que genera que la prestación le sea inútil. Ahora llevándolo al supuesto del dinero, para que la inejecución del dinero pase de ser retardo en el cumplimiento a incumplimiento absoluto, se deberá establecer que el dinero es necesario para determinado día, y que fuera de este es completamente inútil; consideramos que este supuesto no es lógico, ya que el dinero, por la calidad del bien, será siempre útil, nadie necesita el dinero un día, siendo inútil para otro, su uso es único. Por tal motivo consideramos que este supuesto no calza en las obligaciones de dar suma de dinero.

1.2.5.4 La mora

Como ya se ha tratado, las obligaciones que tienen por objeto entregar una suma de dinero siempre pueden ser cumplidas, salvo casos muy aislados. Entonces, al

referirnos a la inexecución de las obligaciones dinerarias, debemos entender por inexecución al retardo en el cumplimiento de la prestación de dar dinero. El retraso en el cumplimiento origina la mora. Por esto es necesario referirse a esta institución jurídica que afecta a estas obligaciones.

La mora en un sentido amplio es el retraso en el cumplimiento de una prestación. Comúnmente cuando se dice que alguien es moroso, es porque éste no ha cumplido con su obligación en la fecha convenida. Sin embargo en el sentido jurídico la mora no solo importa un simple retraso, sino otros requisitos subjetivos y formales.

1.2.5.4.1 Concepto

Osterling y Castillo Freyre (2004) mencionan que: "La mora es concebida desde su acepción etimológica (deriva del latín *mora* o *morae*), como un retraso, tardanza o demora en la ejecución de la prestación. En tal virtud, existe una fuerte vinculación con el factor tiempo" (p. 27).

La mora es definida por los autores citados como "la situación de incumplimiento o de retraso en el cumplimiento, que manifiesta la preservación o continuación de existencia del vínculo jurídico u obligación al que está referida" (Osterling, Freyre, 2004, p. 33). Esta definición encuadra el concepto de mora a una situación, un estado al que se ingresa. Sin embargo en este concepto encontramos que la situación que genera la mora puede ser de incumplimiento o de retraso en el cumplimiento; idea que no compartimos puesto que la situación de la mora es

generada únicamente por el retraso en el cumplimiento, ya que la obligación principal es posible de cumplirse. El incumplimiento, para este supuesto moratorio no debe equipararse al retraso en el cumplimiento; son dos conceptos que deben deslindarse para este caso, o como señala Torres Vásquez (2014): “Solamente hay mora cuando es posible el cumplimiento de la obligación con retardo. No hay mora, sino incumplimiento definitivo cuando la ejecución de la prestación debida ha devenido en imposible” (p. 580).

Este mismo autor menciona que la mora del deudor es la inejecución de la prestación en el momento previsto para su cumplimiento, pese a su posibilidad, exigibilidad e intimación, salvo que esta no sea necesaria en los casos previstos por ley (Torres, 2014).

Asimismo señala que la mora es la inejecución de la prestación, entendiendo este tipo de inejecución como retraso, sin importar la posibilidad para cumplir, la exigibilidad e intimación; es decir que el elemento importante es el tiempo acordado para cumplir, fuera de este se inicia la situación de mora.

Sin embargo, también señala que para que el retraso se convierta en mora, es necesario que este retraso sea atribuible al deudor, y se dé la “*interpellatio*”, entendida como la intimación por parte del acreedor al cumplimiento de la obligación.

Entonces tenemos de los conceptos anteriores que la mora es una situación generada por el retraso, atribuible al deudor, en el cumplimiento de una obligación, y exigida por el acreedor.

1.2.5.4.2 Elementos

En la mora encontramos tres elementos: subjetivo, objetivo y formal. El elemento objetivo lo constituye el retraso en el cumplimiento de la obligación, esto es la falta de cumplimiento oportuno; cabe resaltar que es necesario que la prestación pueda ser cumplida posteriormente, ya que si no es así, se hablaría de un incumplimiento absoluto, figura que no es presupuesto de la mora. El elemento subjetivo lo compone la culpabilidad en el deudor, que puede ser por dolo o culpa al momento de retraso en el cumplimiento de la obligación. Y finalmente el elemento formal está referido a la interpelación que debe hacerse al deudor, esto es el requerimiento para que cumpla con la obligación. Sobre la interpelación, Planiol y Ripert (2003) señalan que no es cualquier comunicación, sino específicamente el requerimiento a través del alguacil o notario.

1.2.5.4.3 Regulación en el Código Civil

El código civil regula esta institución en el artículo 1333°, dentro del título de la inexecución de obligaciones, en su capítulo segundo. Cabe resaltar que en el Código Civil de 1936 la mora estuvo ubicada dentro de las disposiciones del pago, sin embargo fue trasladada, en el nuevo Código Civil, al título de inexecución de

obligaciones por operar únicamente en los casos de inejecución de obligación o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación (Osterling, 2007).

En el artículo 1333° se regula la mora de la siguiente forma:

“Artículo 1333.- Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

No es necesaria la intimación para que la mora exista:

1. Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.
2. Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.
3. Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir su obligación.
4. Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.” (Código Civil Peruano, 1984).

Como vemos este artículo sigue la línea de la necesidad de interpelación para la constitución en mora. Si no hay interpelación, y solo un simple retraso, no habrá mora, ya que se entiende que si el acreedor no solicita el cumplimiento de la obligación, es porque no le causa perjuicio. Según Osterling (2007): “Vencida la obligación, si el acreedor no la exige, demuestra con ello que el retardo no lo afecta. Se estima, por tanto, que tácitamente está prorrogando el plazo” (p. 257). Esta línea es distinta a la mora regulada en el artículo 63° del Código de

Comercio¹. En este cuerpo normativo la mora se genera en el día siguiente del vencimiento de los contratos, excepto en los contratos que no tengan fecha de vencimiento, en estos se requerirá la intimación o requerimiento judicial o extrajudicial.

En el código civil la mora es generada por la intimación. Este principio es conocido la mora *ex personae*, el cual dice que el tiempo no interpela por el hombre. Sin embargo, paralelo a este principio, existe el principio de mora *ex re*. Tal como refiere Bustamante Alsina citado por Osterling Parodi (s.f), este fue usado en Roma cuando las obligaciones tenían plazo, el vencimiento de este plazo era suficiente para constituir en mora al deudor, produciendo los mismos efectos que la interpelación. Esta mora operaba por la fuerza de las cosas, esto es el vencimiento del plazo acordado, siendo una excepción el requerimiento al deudor para el cumplimiento.

En el artículo 1333° del código civil se recoge el principio de la mora *ex re*, cuando señala que no será necesaria la intimación para que la mora exista, detallando cuatro supuestos de hecho. El primer supuesto se refiere a que habrá mora cuando la ley o el acuerdo lo determinen. El segundo supuesto es cuando por naturaleza de la obligación se deduzca que el tiempo es esencial para la ejecución de la prestación. El tercer supuesto es cuando el deudor manifieste por

¹ Código de comercio de 1902. Artículo 63.- Constitución en mora

Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, comenzarán:

1) En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento. 2) En los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor citare judicialmente al deudor o le intimare la protesta de daños y perjuicios hecha contra él ante un juez o notario público.

escrito la negativa de cumplir la obligación. El último supuesto es referido a cuando la intimación no fuera posible por causa imputable al deudor.

1.2.5.5 El daño en las obligaciones de dar suma de dinero

El daño es la causa de la responsabilidad civil, ya sea contractual o extracontractual. Es el elemento fundamental de este tipo de responsabilidad, es decir de la obligación de reparar. Aníbal Torres (2014) define al daño como detrimento, pérdida o menoscabo que sufre una persona en su patrimonio, lesión, conculcación, menoscabo de los derechos personales.

Por su parte Edgardo López Herrera (2006), conceptualiza al daño pero considerándolo como la lesión a un interés. No cualquier daño es materia de indemnización, sino el daño a un interés jurídicamente reconocido. El autor menciona que:

“El ordenamiento protege intereses, y el hecho dañoso entraña el desconocimiento del interés de la víctima, por lo que el derecho remedia esa inobservancia con un ajuste de intereses y entonces "ante la lesión de un interés protegido, la ley reconoce otro interés (el de ser reparado) al que queda subordinado cualquier interés del sujeto que señala como deudor" (López, 2006, p. 123).

Este autor ejemplifica el daño al interés jurídicamente protegido diciendo que un comerciante no podría reclamar daños al homicida que mató a un buen cliente; el interés del comerciante no es jurídicamente considerado como daño.

Osterling (s. f) dice que: “El daño es todo detrimento que sufre una persona por la inexecución de la obligación. El daño para ser reparado debe ser cierto; no eventual ni hipotético” (p. 399). Según este autor el daño debe ser real, ya que como se ha dicho es el presupuesto de la indemnización, el origen de la responsabilidad civil. Es un principio general que no hay indemnización sin daño, sin embargo si puede haber daño sin indemnización.

Según la doctrina², se conoce que hay dos grades tipos de daños: los daños materiales y los daños inmateriales. El primero es el que recae sobre el patrimonio del afectado, y puede ser directo si afecta a los bienes o cosas, o indirecto si afecta a la persona o sus derechos o facultades. El segundo es el daño que afecta los bienes extra patrimoniales; aquí encontramos al daño moral, como daño a la autoestima, al honor, a la reputación, etc. (López, 2006).

La legislación civil peruana contempla tres tipos de daños: el daño emergente, el lucro cesante (como partes del daño material) y el daño moral (daño inmaterial), conforme a los artículos 1321° y 1322°.

² El jurista argentino Edgardo López Herrera, hace una clasificación específica de los daños en su obra “Teoría General de la Responsabilidad Civil”. En ella, separa los daños en materiales e inmateriales; clasifica los materiales como daño emergente y lucro cesante, dentro de estos los sub clasifica en daño mediato e inmediato, previsto e imprevisto, actual, futuro o eventual, daño sobrevenido o nuevo, y pérdida de chance.

Ahora bien, el daño puede generarse por el incumplimiento de las obligaciones; en este caso estará dentro de la rama denominada “responsabilidad contractual”³. El principio general es que quien cree haber sufrido un daño debe demostrarlo, es decir debe probar la existencia del mismo (característica del daño). En ese sentido Osterling (s.f.) dice que: “El incumplimiento de un contrato no origina necesariamente el derecho a una indemnización. Tiene que haber un daño. La responsabilidad civil, a diferencia de la penal no es punitiva” (p. 400).

El artículo 1331° del código civil dice que la prueba del daño y su cuantía le corresponden al perjudicado por la inexecución. Este artículo es claro al establecer que la carga de la prueba del daño la tiene el perjudicado de la inexecución de la obligación, y tal como comenta Osterling (2007): “Quien no sufre un daño, aun cuando la inexecución o el cumplimiento irregular obedezca a dolo o a culpa del deudor, carece de título para exigir la reparación” (p. 254).

Sin embargo hay dos excepciones más comunes para esta regla, los daños en las obligaciones de dar suma de dinero y la cláusula penal. En estas dos figuras jurídicas de reparación ante la inexecución de obligaciones, el acreedor se ve relevado de probar el daño.

Estas dos figuras jurídicas, materia de la tesis, son las excepciones del principio general de la prueba del daño. En la primera se ha determinado que hay una

³ Consideramos que no es una denominación técnica, ya que la otra rama denominada “responsabilidad aquiliana o extracontractual” se genera también por el incumplimiento de una obligación, claro que muy general, que es la de no dañar a otros.

presunción legal del daño, y sobre la segunda, se cree, comúnmente, que no hay daño.

1.2.5.5.1 Presunción legal del daño

Las obligaciones de dar suma de dinero tienen una consideración especial en las reglas sobre su inejecución por la calidad de bien que es materia de ellas: el dinero. Como se ha tratado en el primer capítulo, el dinero es un bien fungible, el más fungible de todos. En este sentido Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (1989), dicen lo siguiente:

“El dinero no es como los demás bienes materiales, que puede proporcionar una utilidad directa, sin que es un bien de mediación cuya utilidad resulta precisamente al ser un instrumento de unidad de medida, de cambio y de pago de aquellas cosas, bienes o servicios, es el bien por excelencia, capaz de resumirlos a todos los demás”(p. 56).

Según esta idea, el dinero es un bien de intermediación, con el cual se puede cuantificar y adquirir otros bienes o servicios. El dinero es un concepto que involucra su consumibilidad, únicamente, en su uso para la adquisición de bienes o servicios (u algún otro tipo de enajenación) y no en el desgaste físico o destrucción de su materialidad (Iturraspe, Lorenzetti, 1989).

En este sentido, si bien es cierto, el dinero permite darle un valor a los demás bienes y servicios como unidad de medida; no obstante este también tiene un

valor, una mercancía que puede ser materia de trato y compraventa (Keil, 1990). Este valor del dinero se llama interés. Éste es definido por Torres Vásquez (2014) como: “(...) las cantidades de dinero u otros bienes que, por ley o pacto, debe pagar el deudor por el uso y disfrute de un capital ajeno, proporcional al importe y a la duración de la deuda” (p. 571). El Código Civil los reconoce como frutos civiles generados por un bien a causa de una relación jurídica⁴.

Desde el punto de vista económico, el interés es entendido como toda forma de ingreso pagado por el uso del factor de producción capital (Parkin, 1995). El capital no debe asociarse únicamente al dinero, sino a todo tipo de bienes que puedan ser usados en la producción, tales como maquinarias, herramientas, vehículos, edificios, productos manufacturados, etc. (Parkin, 1995).

Volviendo al tratamiento jurídico de los intereses, podemos identificar dos tipos de acuerdo a su función: el primero es el interés compensatorio, que busca una retribución por el uso del dinero, y el segundo es el interés moratorio, el cual busca indemnizar la mora en el pago.

Respecto al interés compensatorio, advertimos que este no se genera por un daño, sino por la privación voluntaria del uso del dinero en un tiempo determinado. Este interés se generará cuando lo determine la ley o el pacto. Como menciona Torres Vásquez (2014), estos intereses son lucrativos por ser el

⁴ Código Civil peruano de 1984. Art. 891º.- Los frutos son naturales industriales y civiles. Son frutos naturales los que provienen del bien, sin intervención humana. Son frutos industriales los que produce el bien por la intervención humana, son frutos civiles los que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica.

precio que se paga por el uso del dinero ajeno, siendo correcto llamarlos también retributivos.

Los intereses moratorios son los que buscan indemnizar la mora en el pago. Ya en este punto podemos identificar la figura de la mora; la cual, como se ha desarrollado, es la situación jurídica generada por la inejecución de una obligación, específicamente por el retraso en el pago, y cuando se habla de “indemnizar la mora”, se está refiriendo a que a causa del retraso con requerimiento de pago, se ha generado un daño el cual es susceptible de ser indemnizado.

Ahora bien, ¿cuál es el daño que se genera por la mora en las obligaciones de dar suma de dinero?

El Código Civil peruano no desarrolla el concepto del daño en las obligaciones de dar suma de dinero, solo podemos encontrar la referencia al daño en las obligaciones de dar suma de dinero desde el punto de vista probatorio en el artículo 1324° (artículo que se analizara posteriormente), ya que se menciona que el acreedor de estas obligaciones no debe probar el daño. A continuación citamos parte del artículo en mención:

“Art. 1324.-Las obligaciones de dar suma de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, **sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno (...)**”. (El énfasis es nuestro)

Si bien la norma no exige al acreedor que pruebe el daño, esto no significa que este no exista, recordemos que el daño es el presupuesto para que se produzca la indemnización.

Como no hay necesidad de probar el daño, el legislador vio por conveniente no plasmar el concepto del daño que se genera por la inejecución de estas obligaciones. Sin embargo, la doctrina si desarrolla este tema. Planiol y Ripert (2003) dicen que el acreedor de una suma de dinero, cuando no le es pagada a tiempo, no debe probar daño, y tiene derecho a los intereses moratorios sin estar obligado a justificar la pérdida. Explican que la razón de ello es porque quien esperaba recibir un dinero que se le debía en un día determinado siempre sufre un perjuicio cuando hay retraso en el pago, ya que “siendo el dinero una cosa productiva, de fácil inversión, el acreedor siempre esta privado de la utilidad de su capital” (p. 193). Es decir, al no devolver el dinero a tiempo, siempre se privará al acreedor de la obtención de intereses, o en términos económicos, del ingreso por el factor productivo capital.

Esto puede ser entendido al tomar el concepto económico de coste de oportunidad de una cosa, que es a lo que se renuncia para obtenerla (Mankiw, 1998). Es la mejor alternativa desechada. Así podemos decir que el coste de oportunidad del dinero será la mejor inversión que se pueda hacer con él, con lo que se puede obtener interés (renta del dinero), u otros bienes para la satisfacción de necesidades.

Entonces tomando en cuenta lo dicho, podemos resumir que el daño generado por la falta de pago del dinero será, económicamente, el coste de oportunidad de este. Sin embargo, como se ha dicho la ley tiene una presunción sobre el daño por la falta de pago en obligaciones dinerarias, y está limitada sólo a los intereses, dejando de lado cualquier otro coste de oportunidad.

Ambroise Colin y Henri Capitant (2002), al explicar la presunción del perjuicio en las obligaciones dinerarias, se puede entender la prevalencia de los intereses sobre cualquier otro coste de oportunidad del dinero. Estos autores dicen lo siguiente:

“(...) Por la presunción del perjuicio, que es una presunción absoluta, consiste en que la privación de una cantidad en dinero con que se debía contar, causa siempre un daño al acreedor. En efecto aun suponiendo que su ánimo esta cantidad no estuviera destinada a un empleo especial, siempre podría colocarla y hacerla de este modo producir un interés que habría aumentado sus ingresos. (...) Al tener el dinero un uso general y poder servir para comprar toda clase de cosas, el daño que pudiera resultar de su privación varía hasta el infinito, según los individuos. Por tanto si todo acreedor pudiera invocar el daño personal que le ha causado la falta de pago, estas demandas originarían largas discusiones y serían muy difíciles de resolver. Por esta razón ha parecido necesario prevenirlas señalando de antemano por medio de una evaluación fija el importe de la indemnización debida al acreedor. Esta indemnización se calcula según los ingresos que

el dinero habría producido al acreedor si este hubiera podido colocarlo en el momento señalado para su cobro”. (pp. 17-18)

Como mencionan estos juristas, el acreedor, sin tener una finalidad determinada para su capital aun no devuelto (alguna opción de inversión), podría volverlo a prestar, y así éste generar un interés. Afirman que la presunción de daño es absoluta (*iure et de iure*), esto quiere decir que no acepta prueba en contrario.

Los juristas explican que la razón para considerar que se presume el daño en estas obligaciones, es porque el dinero tiene unas características que lo hace un bien sumamente útil. Con él se puede adquirir todo tipo de bienes o servicios, lo que genera que el coste de oportunidad de éste sea inconmensurable; por esta cualidad el acreedor que no le es devuelto el dinero prestado, podría pedir daños- como lo dicen los autores- “hasta el infinito”, lo que generaría que en una demanda se invoquen daños que a la otra parte le sería imposible contradecir, ya que no tiene como probar que con el dinero el acreedor no podía adquirir tal bien o servicio, lo cual constituiría una prueba diabólica. Por este motivo es que la ley presume, con la característica de presunción absoluta, y reduce la gama del daño por el uso del dinero sólo a la generación de intereses y no a otros costes de oportunidad.

1.2.6 Responsabilidad por inejecución de obligaciones dinerarias

Como se ha expresado en los puntos anteriores, las obligaciones dinerarias pueden ser incumplidas, pero este incumplimiento involucra únicamente un

retraso en el pago, por ello, técnicamente se debe entender a la inexecución como el no cumplimiento oportuno o inexecución tardía.

Asimismo se ha desarrollado el concepto de la mora, institución aplicable a estas obligaciones, la cual es la situación jurídica de retraso en el cumplimiento; constituyéndose ésta gracias a la intimación que debe hacer el acreedor, salvo los casos de mora automática.

Luego de esto, se ha tratado el tema del daño en las obligaciones de dar suma de dinero, explicando que éste es el interés que se deja de percibir; el costo de oportunidad del dinero.

Ya con los elementos necesarios para la generación de responsabilidad por la mora en las obligaciones dinerarias, se pasa a desarrollar esta figura jurídica.

1.2.6.1 Antecedentes normativos peruanos

El primer cuerpo civil normativo del Perú fue el Código de 1852. En el libro tercero denominado de las Obligaciones y Contratos, se reguló la indemnización por la demora en el pago de dinero. Así, en el artículo 1273°, ubicado en el título IV, denominado efectos de los contratos, de la sección primera, referida a los principios generales, se estableció lo siguiente:

“Art. 1273. En las obligaciones de pagar cierta suma, los daños que cause la demora se repararan con los intereses estipulados; y en su defecto, con

el interés legal del dinero, por todo el tiempo que se demore su entrega; a no ser que se haya pactado otra cosa en cuanto a daños, e intereses.”

En esta norma se aprecia claramente que la forma de reparar el daño que se genera por la demora es con los intereses estipulados, en principio, ya que cuando no haya estipulación de intereses, se aplicará el interés legal del dinero por el tiempo transcurrido sin pago. Seguidamente la norma establece una excepción, la posibilidad de pactar otra cosa en cuanto a daños e intereses. Con ello se podría establecer otra figura que sustituya los daños, así como los intereses, lo que podría ser una cláusula penal.

En este código se decidió establecer la tasa de interés que iría a regir en caso no se pacten intereses.

“Art. 1274. El interés legal del dinero, para los casos en que no haya convenio expreso, es el de seis por ciento al año.”

Esta forma de legislar, estableciendo una tasa invariable de interés, según comenta Osterling (2007), citando a Ruggiero, es un problema grave y complejo, ya que tratar de conciliar los criterios económicos y jurídicos con las exigencias de la vida y del comercio es muy difícil.

Dentro de la sección IV del este código, denominada “De los contratos reales”, en el título primero “del mutuo”, se continuó regulando la figura de los intereses, referidos al contrato de mutuo, entendiendo éste como el acuerdo por el cual una

persona entrega a otra cierta cantidad de bienes fungibles, con el cargo de que se devuelvan otros de la misma especie y calidad. A continuación los artículos en referencia:

“Art. 1819. En el mutuo no se deben intereses, sino en el caso de estar pactados; y los intereses serán los convenidos.”

“Art. 1820. Si no hay intereses convencionales, el deudor moroso es responsable del interés legal, que correrá desde que sea demandado hasta que se verifique el pago.”

“Art. 1821. El interés legal es el de seis por ciento al año.”

En estos tres artículos podemos apreciar algunas reglas para el trato de los intereses. Primero, en principio el contrato de mutuo es gratuito, ya que los intereses solo se generarían cuando hubieran sido pactados, esto significa que los contratantes debieron pactar intereses, compensatorios, para que se genere una ganancia por el préstamo, y moratorios en caso haya una demora en el pago. Caso contrario no habría ganancia, ni indemnización por la mora. Sin embargo, como se aprecia en el artículo 1820°, esta regla se rompe cuando se trata de la mora. En este caso, cuando no se haya pactado intereses, el deudor moroso, debe pagar el interés legal, el cual correrá desde que sea demandado, hasta el pago; consecutivamente, en el artículo 1821° se vuelve a establecer la tasa de interés legal, ascendente al seis por ciento por año.

En resumen, el código civil de 1852 disponía en la parte de los efectos de los contratos, que la indemnización en las obligaciones de dar suma de dinero se da

con los intereses pactados, a falta de estos se indemnizaba la mora con el interés legal, el cual era de seis por ciento al año, excepto cuando se haya pactado alguna otra cosa en cuanto a daños e intereses. Regla que estaba en concordancia con el contrato de mutuo.

El segundo código civil peruano fue el de 1936. En éste se regula la materia en el artículo 1324°, ubicado en el libro quinto, denominado “Del derecho de obligaciones”, sección tercera, “de los efectos de las obligaciones” título IX, “De la inexecución de obligaciones”. Este dispositivo legal establecía lo siguiente:

“Artículo 1324.- En las obligaciones de pagar cierta suma, los daños que cause la demora se reparan con los intereses estipulados; y, en su defecto, con el interés legal del dinero, por todo el tiempo que se demore su entrega; a no ser que se hubiese pactado otra cosa en cuanto a daños y perjuicios.”

La norma prescribe, en un sentido similar al código civil que lo antecedía, que la demora será indemnizada con los intereses pactados, y cuando no haya pacto sobre intereses, la mora se indemnizará con el interés legal del dinero, por todo el tiempo en el que no se ha cumplido la obligación. La norma continúa, y toma la frase del código anterior: “a no ser que se hubiese pactado otra cosa en cuanto a daños, e intereses”, solo cambiando la palabra “intereses” por “perjuicios”. Con esta última frase se entendía que era legalmente viable pactar algo distinto a los intereses, que pueda indemnizar los daños y perjuicios en este tipo de obligaciones.

1.2.6.2 Regulación en el Código Civil vigente

El Código Civil de 1984 regula esta materia en su libro sexto, referido a las obligaciones, sección segunda, denominada “efectos de las obligaciones”, con los artículos referidos al pago de intereses, principalmente los artículos 1242° y 1246°, los cuales están ubicados en el título II, denominado “pago”, capítulo segundo, “pago de intereses; y también con el artículo 1324°, ubicado en el título IX, denominado “inejecución de obligaciones”; capítulo primero, “disposiciones generales”.

El capítulo de pago de intereses regula los intereses en forma general. De esta manera en el artículo 1242°, se hace la diferencia funcional entre interés compensatorio y moratorio. Es necesario acotar que el legislador no plasmó el concepto de interés, ya que consideró que no le corresponde al derecho determinar el por qué se generan los intereses (esto implicaría conceptualizarlos), sino solo reconocerlos y regularlos (Osterling, 2007). El artículo citado prescribe lo siguiente:

“Artículo 1242.- El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien.

Es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago”

Con este artículo podemos identificar primero al interés compensatorio, que como se ha dicho es el lucro generado por un capital, supuesto que se aleja de la materia de la responsabilidad; luego se explica la función del interés moratorio,

como la herramienta para indemnizar la falta de cumplimiento oportuno de la obligación. De esta forma se presenta el marco para la aplicación de los intereses de acuerdo a su función.

Aquí se explica, de forma general que con el interés moratorio, o “indemnizatorio” -en palabras de Torres Vásquez (2014) -, se repara el daño al acreedor, generado por el deudor con su actuar doloso o culposo al no cumplir de forma oportuna la obligación.

Luego, el artículo 1246°, también dentro del capítulo de pago de intereses, regula el pago del interés por la mora generada. Este artículo dice lo siguiente:

“Artículo 1246.- Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal.”

Con este dispositivo se puede apreciar que el interés moratorio es una institución que siempre está presente en todas las obligaciones; no es necesario pactar el interés moratorio para que luego de la mora, éste se pueda exigir. El artículo 1246° prescribe que cuando no se haya pactado interés moratorio, el deudor deberá pagar por causa de la mora, el interés compensatorio pactado, y si no se hubiera convenido este, deberá pagar el interés legal. Con esto, el interés compensatorio pactado se convierte en moratorio por la situación de morosidad del deudor, y cuando no haya pacto sobre interés compensatorio, el interés legal pasará a ser moratorio.

Hasta ahora, se han revisado artículos que están dentro de la parte del pago, reconociendo el tipo de interés y cuál es su función. Ahora pasamos a desarrollar la norma específica que regula la forma de indemnizar la inejecución en las obligaciones de dar sumas de dinero.

1.2.6.2.1 Artículo 1324°

Dentro del título referido a la inejecución de obligaciones, tenemos en el capítulo primero, referido a las disposiciones generales, las normas que se deben seguir para indemnizar la inejecución de obligaciones de todo tipo; las cuales, según el Osterling (2007), autor del libro sexto del Código Civil, debían ser expuestas con total nitidez y claridad para que pueden solucionar el conflicto entre las partes. En este capítulo se pueden distinguir figuras como la causa no imputable, la ausencia de culpa, los casos fortuitos y de fuerza mayor, el dolo, la culpa inexcusable y la culpa leve, el daño moral, el daño emergente, lucro cesante, la inejecución de obligaciones de dar sumas de dinero, entre otros.

Dentro de este grupo de dispositivos o directrices, encontramos en el artículo 1324°, como la norma que regula la forma de indemnizar la inejecución de obligaciones dinerarias. Este artículo dice lo siguiente:

“Artículo 1324°: Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe

haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios. Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento.”

El origen de esta norma se remota principalmente a los artículos 1153° del Código Francés, artículos 1273 y 1820 del Código Civil Peruano de 1852, y artículo 1231 del código Italiano de 1865 (Osterling, 2007).

Se procede a analizar esta norma desarrollando algunos conceptos que están incluidos en ella.

1.2.6.2.2 Intereses y tasas de interés

En la norma citada se regula la indemnización en las obligaciones de dar sumas de dinero, estableciendo que la mora será indemnizada con el interés legal fijado por el Banco Central de Reserva del Perú (en adelante el Banco Central); sin embargo, el Banco Central no fija intereses sino tasas de interés (artículos 1243° y 1244°). Por ello es importante hacer la precisión acerca de la diferencia entre interés y tasas de interés, para así poder entender cabalmente el sentido de la norma.

La noción de interés dista de lo que es la tasa de interés; el primero viene a ser el concepto jurídico, el fruto civil generado por el dinero, y la tasa de interés es la

medición de estos. En palabras de Torres Vásquez (2014) la tasa de interés es “el porcentaje de unidades de interés por cada cien unidades de capital, por un determinado tiempo de duración” (p. 582).

Marianella Ledesma Narváez⁵, define a la tasa de interés como el por ciento de rédito a pagarse en cualquiera de los casos de interés, compensatorio o moratorio.

Palacios Pimentel (2002) afirma que el interés es fijado, o determinado, por la tasa del tanto por ciento anual; en ese sentido la tasa de interés viene a ser la herramienta de medición para establecer el interés.

1.2.6.2.3 Regímenes de regulación

El sistema jurídico peruano ha diferenciado a las personas que se encuentran fuera del sistema financiero con las que están dentro de él, de acuerdo a la regulación de las tasas de interés.

Las operaciones son denominadas “dentro del sistema financiero”, porque en su realización interviene una entidad financiera, tales como bancos, compañías aseguradoras, etc.; ellas están vigiladas por la Superintendencia de Banca seguros y AFP. Estas se rigen por la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero, y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. En esta ley se prescribe que las entidades pueden fijar

⁵ Exp. 3127-97, Tercera Sala Civil de Lima.

libremente las tasas de interés; claro, que esta determinación de intereses siempre estará acorde a las reglas de la oferta y la demanda del mercado financiero. El artículo 9° de la ley citada prescribe:

“Artículo 9°.- LIBERTAD PARA FIJAR INTERESES, COMISIONES Y TARIFAS. Las empresas del sistema financiero pueden señalar libremente las tasas de interés, comisiones y gastos para sus operaciones activas y pasivas y servicios. Sin embargo, para el caso de la fijación de las tasas de interés deberán observar los límites que para el efecto señale el Banco Central, excepcionalmente, con arreglo a lo previsto en su Ley Orgánica. La disposición contenida en el primer párrafo del artículo 1243 del Código Civil no alcanza a la actividad de intermediación financiera. Las empresas del sistema de seguros determinan libremente las condiciones de las pólizas, sus tarifas y otras comisiones. Las tasas de interés, comisiones, y demás tarifas que cobren las empresas del sistema financiero y del sistema de seguros, así como las condiciones de las pólizas de seguros, deberán ser puestas en conocimiento del público, de acuerdo con las normas que establezca la Superintendencia.”

Como vemos la ley dispone expresamente que a estas entidades no les sea aplicable el artículo 1243° del Código Civil, el cual establece límites máximos de fijación de tasas de interés.

En contraposición a este régimen de libertad para la fijación de tasas de interés, existe el régimen de limitación de tasas máximas de interés, prescrito en el

artículo 1243° del código civil. Esta norma le es aplicable a las personas que están fuera del sistema financiero. Osterling y Castillo (2009), sobre este punto comentan que: “Los preceptos del código civil sobre intereses únicamente se aplican a las operaciones de crédito celebrados entre particulares, esto es, entre las personas naturales o jurídicas que no se encuentran dentro del sistema financiero” (p. 516). Así, el artículo 1243° de la legislación civil establece que la tasa máxima de interés convencional, sea compensatorio o moratorio, será fijado por el Banco Central. Si se conviene el pago de tasas de interés que superen los límites máximos fijados por El Banco central, se incurriría en el delito de usura, tipificado en el artículo 214° del código penal.

Volviendo al análisis del artículo 1324°, cuando se establece que las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal fijado por el Banco Central, se está haciendo referencia a la tasa de interés fijado por éste para las operaciones realizadas fuera del sistema financiero.

1.2.6.2.4 Intereses legales y convencionales

El artículo 1324° es un dispositivo que al regular la indemnización por la mora en obligaciones de dar sumas de dinero, establece, como regla general, que estas devengan la tasa de interés legal, a menos que se haya pactado intereses, sean compensatorio y/o moratorio con sus respectivas tasas, para lo cual devengaran estas.

Aquí encontramos los supuestos de intereses legales e intereses convencionales, una clasificación de acuerdo a su origen o fuente de creación.

El interés legal está constituido de modo directo por la ley. Es decir el código civil dispone la generación de intereses para determinados supuestos, en los cuales se pretende equilibrar, o no perjudicar al acreedor por el uso de un capital ajeno (supuesto de interés compensatorio), o reparar los daños generados por la mora en el pago (supuesto de interés moratorio) (Torres, 2014).

Entonces los intereses legales pueden tener la función compensatoria o moratoria, de acuerdo al supuesto que haya querido proteger el legislador.

El artículo 1324° es una norma que fija intereses legales, ya que en ella se reconoce que el deudor de una suma de dinero, no pagado oportunamente, deberá pagar intereses, así no se haya convenido el pago de estos. A continuación se detallan otros artículos del Código Civil que disponen el pago de intereses:

- Art. 430.- El saldo que resulta en contra de los padres produce intereses legales desde un mes después de la terminación de la patria potestad. Esta obligación es solidaria.
- Art. 431.- Si resulta saldo en favor de los padres, solo devenga intereses legales desde que el menor recibe sus bienes.
- Art. 525.- El tutor responde de los intereses legales del dinero que esté obligado a colocar, cuando por su negligencia quede improductivo durante

más de un mes, sin que esto lo exima de las obligaciones que le imponen los artículos 522° y 524°

- Art. 840.- Los intereses legales y los frutos que produzcan el dinero y demás bienes colacionables integran la masa hereditaria desde la apertura de la sucesión.
- Art. 1141.- Los gastos de conservación son de cargo del propietario desde que se contrae la obligación hasta que se produce la entrega. Si quien incurre en ellos no es la persona a quien correspondía efectuarlos, el propietario debe reintegrarle lo gastado, mas sus intereses.
- Art. 1269.- El que acepta un pago indebido, si ha procedido de mala fe, debe abonar el interés legal cuando se trate de capitales o los frutos percibidos o que ha debido percibir cuando el bien recibido los produjera, desde la fecha el pago indebido (...).
- Art. 1796.- El mandante está obligado frente al mandatario: (...) 3. A reembolsarle los gastos efectuados para el desempeño del mandato, con los intereses legales desde el día en que fueron efectuados.
- Art. 1980.- La indemnización que debe serle pagada al fiador comprende: (...) 2. El interés legal desde que hubiese hecho saber el pago al deudor, aunque no lo produjese para el acreedor.
- Art. 1952.- Aunque no hubiese ratificación expresa del dueño de bienes o negocios que aproveche las ventajas de la gestión, debe cumplir las obligaciones que el gestor ha asumido por el en nombre propio y hacerse responsable de ellas; reembolsar los gastos efectuados por el gestor con los intereses legales generados a partir del día en que se han realizado; en

indemnizar los daños y perjuicios que haya sufrido el gestor en el desempeño de la gestión (...).

- Art. 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluido el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

En todos estos supuestos, la norma prevé la generación de intereses, que en su mayoría son producidos por el dinero.

La otra fuente de generación de intereses es la voluntad conjunta de las partes. En este supuesto el deudor y acreedor en una obligación dineraria, convienen en establecer la generación de intereses, sean compensatorios y/o moratorios, además de su respectiva tasa, a falta de esta se aplicará la tasa de interés legal; cabe señalar, en este último supuesto de aplicación de la tasa de interés legal, que la clasificación de intereses será siempre convencional, ya que estos han sido pactados, es decir que habiéndose establecido la generación de intereses, la aplicación de la tasa de interés legal, no convierte al interés convencional en legal.

1.2.6.2.5 Indemnización compensatoria y moratoria

En este punto debemos recordar los tipos de daños que producen la indemnización compensatoria y/o moratoria. Según la doctrina existen daños compensatorios y daños moratorios (López, 2006).

Los daños compensatorios se generan por el incumplimiento definitivo de la obligación. Como menciona Torres Vázquez (2014), el incumplimiento definitivo de la prestación tiene los siguientes supuestos:

“1. La imposibilidad sobrevenida de la prestación; 2. La imposibilidad temporal que persiste hasta que el deudor de acuerdo con el título de la obligación o la naturaleza de la prestación, ya no se pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil; 3. La voluntad inequívoca del deudor de no cumplir; la violación de la obligación de no hacer; y 4. La falta de obtención del resultado en las obligaciones de resultado” (p. 1095).

En estos supuestos la prestación será imposible de realizar, por lo que la indemnización compensatoria busca reparar los daños que ha sufrido el acreedor por la imposibilidad de ejecutar la prestación debida. Por ejemplo, cuando se ha pactado entregar un caballo que, pocas horas antes a la entrega, muere por descuido del deudor; esta imposibilidad de ejecutar la prestación generará daños compensatorios. En este supuesto los daños compensatorios sustituyen a la prestación materia de la obligación, y su medida -tal como menciona López Herrera (2006)-, será igual al valor de la prestación incumplida, más los daños que se hubieren producido en otros bienes.

Este autor manifiesta que no se debe confundir a los daños compensatorios con los intereses compensatorios, ya que estos intereses no nacen del incumplimiento de la obligación, sino por todo lo contrario: por el pago. Como se ha dicho al tratar el tema en la parte de la presunción legal del daño, los intereses compensatorios son la renta del dinero que el acreedor espera por la cesión voluntaria del dinero o de cualquier otro bien.

En el caso de las obligaciones dinerarias, no se puede configurar este tipo de daño, ya que la característica de fungibilidad del dinero hace que siempre se puede ejecutar la prestación de dar dinero. El dinero nunca se agota; siempre es posible contar con él. Además el dinero, es un bien insustituible. Por esto, si no se cumple con entregar el dinero en el plazo establecido, siempre se podrá exigir su cumplimiento; no hay indemnización compensatoria. En este supuesto de posibilidad de cumplimiento tardío, sólo generará daños moratorios.

Los daños moratorios, de aplicación común a las deudas dinerarias, son los que se generan por el retraso en el cumplimiento de la obligación; técnicamente por la mora. La característica del fenómeno moratorio es la posibilidad de cumplimiento de la obligación. Por ejemplo, saliendo de las obligaciones dinerarias, cuando el deudor se obliga a entregar un cuadro en un plazo determinado, y este fue concluido fuera del plazo, sería posible entregarlo, sin embargo, la extemporaneidad podría generar mora (cuando se cumplan los requisitos para ella), en este supuesto, los daños que se pudieran generar son de orden moratorio.

No obstante, de la mora se podría llegar al incumplimiento absoluto. En este sentido Messineo (1979) manifiesta que: “Cuando el retardo en el cumplimiento de una obligación genera en el acreedor la imposibilidad de satisfacción de la prestación, será incumplimiento. Ejemplo, contratos de bolsa” (335). Según este autor, estos casos se pueden dar cuando el plazo en la obligación es un elemento esencial. Esto significa que para el acreedor, la prestación no le es útil cuando no es cumplida en el plazo establecido, por ello la mora se convertirá en el incumplimiento definitivo, siendo aplicable la figura de los daños compensatorios.

El Código Civil incorpora esta posibilidad en el capítulo relativo a la mora, en el artículo 1337:

Art. 1337.- Cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, este puede rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios.

Este artículo, tiene una gran carga subjetiva, puesto que, más allá del cumplimiento o retraso del deudor, será importante el interés propio del acreedor para el cumplimiento de la obligación; es posible que se pueda ejecutar la prestación luego de la mora, sin embargo para el acreedor puede que ya no le interese este cumplimiento.

Este supuesto queda claro con el ejemplo dado por Osterling Parodi (S.f): “Si un banco contrata a un pintor para que realice un óleo con el rostro del fundador de

la institución, a fin de que sea colocado en el hall principal y develado el día de la inauguración de su nueva sede, y el deudor incumple con entregarlo en la fecha oportuna” (p. 99). El banco podría seguir interesado en el óleo del fundador, sin embargo, era muy importante tener el cuadro en la fecha de inauguración de la sede. En este caso es difícil determinar si se podría generar solo mora o incumplimiento definitivo, todo dependerá del grado de interés que tenga el acreedor en la ejecución de la prestación. El supuesto de posibilidad o no, de cumplimiento de la prestación, o la utilidad de esta para el acreedor, son de apreciación por el juez (Osterling, s.f).

Sin embargo, para las obligaciones dinerarias, no es posible encuadrarlas a este supuesto establecido en la norma, ya que como se ha venido desarrollando, el dinero cumple una función de intercambio; todo puede ser enajenado por medio del dinero, por ello es imposible que para el acreedor no le sea útil el dinero y se reúse a aceptarlo, a menos que convenga con el deudor el pago con otro bien, configurándose la figura de la dación en pago o novación por cambio de objeto de la prestación (Osterling, 2007).

La mora como situación jurídica, trae como consecuencia el derecho a exigir la reparación de los daños que se presumen existentes, ya que cuando el acreedor no intima a su deudor en caso de retraso en el pago, el derecho entiende que para el acreedor el retraso no lo perjudica, no le genera daños. En esta línea de pensamiento Jorge Eugenio Castañeda, citado por Osterling (s. f), dice: “(...) se presume que en tanto el acreedor no interpele al deudor, aquel está autorizando tácitamente a este para que postergue el cumplimiento de su obligación y que, en

realidad, no le causa perjuicio alguno la demora” (p. 14). La mora trae como consecuencia la responsabilidad, vale decir, obligación de indemnizar por el retraso culpable. Ahora bien, para que el deudor pueda eximirse de la responsabilidad, debe demostrar que la causa de la mora no le es imputable, es decir que obedeció a un caso fortuito o fuerza mayor; de lo contrario siempre será responsable ya que la ley presume que el cumplimiento tardío se da por culpa leve⁶.

Sin embargo, la mora puede prescindir del elemento subjetivo (culpabilidad), requiriéndose solo la verificación del elemento objetivo (retraso en el cumplimiento), cuando lo establezca la ley o el título de la obligación (Torres, 2014).

De esta manera, la ley establece que la mora en las obligaciones pecuniarias, no necesita de la culpabilidad del deudor, ya que como se ha comentado en este tipo de obligaciones, que nunca perecen, el dinero siempre es posible de entregar. La indemnización moratoria reparara los daños generados por la mora en la entrega del dinero; indemnización que se circunscribe a los intereses moratorios, salvo pacto de daño ulterior.

1.2.6.2.5.1 Interés moratorio

El artículo 1324° desarrolla la indemnización por la mora en las obligaciones dinerarias, determinando que ella se da cuando se compruebe el elemento

⁶ Código Civil 1984. Art. 1329.- Se presume que la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso obedece a culpa leve del deudor.

objetivo de la mora: el retardo en el cumplimiento, prescindiendo de la culpabilidad.

Esta norma tiene como principio que el deudor, cuando esté constituido en mora, le debe al acreedor la tasa de interés legal fijada por el Banco Central de Reserva del Perú, sin necesidad que se pruebe el daño sufrido, porque como se ha mencionado antes, el daño en estas obligaciones se presume sin admitirse prueba en contrario.

Luego, recoge como la excepción a este principio el pago de intereses mayores pactados, cuando se prescribe que “si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuaran devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios”. Este supuesto permite que el acreedor y deudor, cuando hayan pactado intereses moratorios, con su tasa, y esta sobrepase la tasa de interés legal, será de aplicación para el caso de la indemnización. A falta de pacto de intereses moratorios, y solo habiendo pactado el interés compensatorio, y su tasa sobrepase la tasa de interés legal, será de aplicación con la calidad de interés moratorio. Es decir, cuando no haya pacto respecto al interés moratorio, será de aplicación el interés legal; si se ha pactado el interés moratorio se pagará éste, si es que su tasa es mayor a la del interés legal; y si solo se ha pactado el interés compensatorio, con una tasa mayor a la del interés legal, será de aplicación con la calidad de interés moratorio.

Torres Vásquez (2014), en una forma más resumida, establece un orden de preferencia que se depende de esta norma:

“1°. Los pactados para el caso de la mora. 2°. Si existen intereses convencionales compensatorios, sin que nada se haya pactado para el caso de la mora, tales intereses compensatorios continúan devengándose con el carácter de moratorios. 3°. A falta de intereses convencionales compensatorios y moratorios se regirá el interés legal moratorio fijado por el Banco Central” (p. 596).

Esta es la forma como se debe entender la aplicación del interés moratorio como supuesto de indemnización por la mora en las obligaciones dinerarias.

1.2.6.2.5.2 Tasa de interés moratorio

Como se ha desarrollado, el interés moratorio es la figura jurídica que indemniza el retraso en el cumplimiento (mora), pero esta a su vez se cuantifica por su tasa.

Como se sabe el Código Civil ha limitado la fijación de tasas de interés, sea compensatorias o moratorias, para las personas ajenas al sistema financiero. El artículo 1243° de este cuerpo normativo, dispone que el Banco Central fija la tasa máxima de interés convencional, y cualquier exceso, el deudor, podrá imputarlo al capital o exigir su devolución.

Mediante la Circular N° 021-2007-BCRP (Banco Central, 2007), el Banco Central estableció los límites máximos de las tasas de interés para las personas ajenas al

sistema financiero. Límites para las tasas de interés compensatorio y moratorio. Esta circular establece la tasa de acuerdo a la moneda, nacional o extranjera.

Para las tasas de interés compensatorio en moneda nacional, se estableció lo siguiente: “La tasa máxima de interés convencional compensatorio es equivalente a la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa y es expresada en términos efectivos anuales. Esta tasa es publicada diariamente por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP”.

Para el caso de las tasas en moneda extranjera dispone: “La tasa máxima de interés convencional compensatorio efectiva es equivalente a la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa y es expresada en términos efectivos anuales. Esta tasa es publicada diariamente por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP”.

Para las tasas de interés moratorio en moneda nacional se estableció: “La tasa máxima de interés convencional moratorio es equivalente al 15% de la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa y se aplica de forma adicional a la tasa de interés convencional compensatorio o, de ser el caso, a la tasa de interés legal”.

En este caso se dispone: “La tasa máxima de interés convencional moratorio es equivalente al 20% de la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa y se aplica de forma adicional a la tasa de interés convencional compensatorio o, de ser el caso, a la tasa de interés legal”.

Como vemos en esta circular, el interés convencional moratorio que no supere los límites establecidos puede acumularse al interés compensatorio, es decir en una deuda dineraria en la cual se haya pactado intereses compensatorios y moratorios con sus tasas de interés, ambos se pueden cobrar. El deudor que se encuentra en mora, debe pagar el interés compensatorio pactado, como contraprestación por el uso del capital, y adicionalmente, deberá pagar el interés moratorio por el daño causado por la mora (Torres, 2014).

Esta disposición toma como base legal el artículo 1246° del Código Civil, que dispone: “si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor solo está obligado a pagar por causa de la mora el interés moratorio pactado, y en su defecto el interés legal”; como lo reflexiona Torres Vásquez (2014): “A contrario sensu si se ha convenido el interés moratorio y el compensatorio, el deudor está obligado a pagar los dos intereses” (p. 595).

Cabe mencionar que si las personas que se encuentran fuera del sistema financiero fijan tasas de interés compensatorio o moratorio que superen los límites máximos establecidos por el Banco Central, cometerían el delito de usura⁷; sin embargo el acto jurídico no es sancionado con nulidad, como si lo es en la legislación alemana (artículo 138 del Código Civil Alemán) (Osterling, 2007).

⁷ Código penal. Art. 214.- El que, con el fin de obtener una ventaja patrimonial, para sí o para otro, en la concesión de un crédito o en su otorgamiento, renovación, descuento o prórroga de plazo de pago, obliga o hace prometer pagar un interés superior al límite fijado por la ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y con veinte a treinta días-multa. Si el agraviado es persona incapaz o se halla en estado de necesidad, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

1.2.6.2.6 El daño ulterior pactado

Como se ha desarrollado, el artículo 1324° establece que la indemnización por la mora en las obligaciones dinerarias está determinada por los intereses moratorios. Estos buscan reparar el daño sufrido por el acreedor a causa de la mora en el pago de las sumas de dinero, daño que es presumido por el ordenamiento jurídico.

Recordemos que esta presunción tiene el carácter de *iure et de iure*, contra la cual no cabe prueba en contrario, es decir el deudor no puede probar que el acreedor no ha sufrido el daño, buscando eximirse de pagar los intereses moratorios.

Esta presunción se configuró por la dificultad de determinar los daños que pueden ser ocasionados por la falta de pago oportuno del dinero, ya que este se caracteriza por su capacidad única de consumo. Con el dinero se puede adquirir todo tipo de bienes y servicios, por ello cuando no se cumple con pagar a tiempo, se generan daños de todo tipo, los cuales son incontables. De esta manera la responsabilidad del deudor por los daños y perjuicios que son ocasionados por la mora al acreedor, se limita a los intereses moratorios; siendo la forma específica de indemnización correspondiente al retardo en el pago de las obligaciones pecuniarias (Osterling, Freyre, 2009).

Si bien es cierto estos daños han sido reemplazados por los intereses moratorios, no pueden ser soslayados del todo, puesto que realmente existen. Por ello la norma contempla la posibilidad de reclamar la indemnización por los verdaderos daños que se hubieran producido por la mora en el pago de las obligaciones dinerarias.

Esto queda de manifiesto en el segundo párrafo del artículo 1324°, que prescribe lo siguiente: “Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento”.

Los daños ulteriores son los daños reales que se generan por la mora en el pago del dinero; los que escapan de la presunción legal de daño en las obligaciones dinerarias.

La palabra “ulterior” de acuerdo al Diccionario de la lengua española, es un adjetivo que tiene dos acepciones, “situado en la parte de allá de un sitio o territorio”, y “que se dice, sucede o se ejecuta después de otra cosa”. Debemos tomar la segunda acepción para que corresponda a la figura jurídica. Así, entenderemos a los daños ulteriores a los que ocurren luego de haberse generado los intereses moratorios.

De esta forma el ordenamiento le reconoce la posibilidad al deudor de exigir daños mayores, con la estipulación de una cláusula contractual de indemnización por daño ulterior. Osterling y Castillo (2009) comentan al respecto:

“Gracias a esta cláusula, si los daños sufridos por el acreedor superan el monto de los intereses moratorios, podrían exigir que ellos sean cubiertos. Así, en virtud de la cláusula de indemnización por daño ulterior, el acreedor de una obligación de dar suma de dinero tendría derecho a reclamar una indemnización por el íntegro (no menos, pero tampoco más) de los daños y perjuicios sufridos)” (p. 883).

Ahora bien, para hacer efectiva esta cláusula de indemnización de daño ulterior, el ordenamiento exige que el acreedor pruebe la existencia del daño y su cuantía. Con esta disposición se vuelve al principio general de la carga de la prueba, quien alega un hecho debe probarlo. Si el acreedor aduce que ha sufrido un daño por la mora en el pago de las obligaciones dinerarias que supere los intereses moratorios, habiendo pactado el daño ulterior, deberá probar la existencia de este daño mayor, para así poder ser indemnizado íntegramente.

Aníbal Torres Vásquez (2014), asumiendo la posición del Código Civil italiano (art. 1224°), postula que el acreedor no tiene por qué pactar el daño ulterior para que pueda reclamarlo, solo debe probar la existencia del mismo. Desarrolla su idea de la siguiente forma:

“El acreedor tiene derecho a cobrar los intereses moratorios, independientemente de la prueba de haber sufrido un daño a causa del retardo, así como al resarcimiento ulterior si prueba haber sufrido efectivamente un daño que supera a la suma de los intereses moratorios,

siempre que el deudor no pruebe que la causa del retardo no le es imputable. El acreedor debe tener derecho al resarcimiento ulterior por daño mayor, sin necesidad de estipulación previa". (p. 599)

Lo cierto es que el código Civil Italiano en su artículo 1224⁸, referido a los daños en las obligaciones dinerarias especifica que el deudor puede probar haber sufrido un daño que supere los intereses (daño ulterior), sin necesidad de pacto previo; sin embargo, esta disposición no será aplicable si es que ya se han pactado la tasa de interés moratorio; es decir, el acreedor puede pedir daños ulteriores salvo pacto de tasa de interés moratorio. En este aspecto el citado autor Aníbal Torres Vásquez discrepa, ya que considera que el acreedor tiene derecho a los intereses moratorios, aunados al daño ulterior, cuando lo pueda probar, sin necesidad de pacto.

En nuestro punto de vista, consideramos que el hecho de establecer la cláusula de pacto de daño ulterior es un límite necesario para los juicios de obligaciones de dar suma de dinero, ya que como se ha dicho el acreedor puede sufrir daños de todo tipo al no ser pagada la deuda de dinero oportunamente. Pudo adquirir algún bien con el dinero o, de repente, gastar el dinero simplemente en unas vacaciones. Todas estas oportunidades se ven frustradas por el no pago oportuno del dinero. En el juicio, resulta más eficiente para el proceso establecer a los intereses moratorios, como indemnización por la mora, a diferencia de tener la

⁸ Código Civil Italiano. Art. 1224°.- Daños en las obligaciones dinerarias.- En las obligaciones que tienen por objeto una suma dineraria, los intereses legales son debidos desde el día de la mora, aunque no hayan sido debidos precedentemente y el acreedor no logre probar haber sufrido algún daño. Si antes de la mora se debía intereses en cuantía superior a la legal, los intereses moratorios son debidos en la misma medida. Corresponde al acreedor, que demuestre haber sufrido mayor daño, el resarcimiento ulterior. Este no es debido si se ha acordado la cuantía de los intereses moratorios.

posibilidad de probar cualquier otro daño que se pueda haber generado; haría el proceso muchísimo más lento y engorroso, considerando la abogacía que se practica en nuestro país. Por ello, el hecho de pactar una cláusula de daño ulterior, es de responsabilidad del deudor asumir, que luego de la mora el acreedor pueda exigir daños generados más allá de los intereses, o simplemente daños reales.

1.2.7 La cláusula penal

Luego del desarrollo del dinero y de la indemnización en las obligaciones que tienen por objeto este bien, corresponde tocar la institución jurídica que también tiene un tratamiento especial en la teoría de inejecución de obligaciones: las obligaciones con cláusula penal.

Según la doctrina existe tres modos de valuación del daño, la convencional, la legal y la judicial o arbitral (Torres, 2014).

La valuación legal, es la determinación de la indemnización establecida por la ley. Es el caso de la indemnización en las obligaciones dinerarias, en el cual se establece que la indemnización no podrá ser superior al límite de las tasas de interés moratorio establecido por el Banco Central de Reserva del Perú.

La valuación judicial o arbitral, es el monto establecido por el juez o árbitro según sea el caso, para la indemnización, el cual debe ser demandado y probado por el acreedor perjudicado.

Finalmente la valuación convencional es la determinada por las partes en una relación jurídica. El monto indemnizatorio puede ser determinado mediante transacción o la cláusula penal.

1.2.7.1 La *stipulatio poenae*

El antecedente conocido de la cláusula penal es la *stipulatio poenae*, concebida en el derecho romano como una herramienta jurídica que le daba eficacia a las obligaciones que no tenían sanción legal (Kemelmajer, 1981). Esta estipulación, que consistía en hacer una pregunta al deudor para respaldar la obligación asumida y darle una eficacia, buscaba establecer un monto indemnizatorio ante el incumplimiento de la obligación. La fórmula gramatical de la *stipulatio poenae* era, en ejemplo, la siguiente: “Si no se hubiese hecho así, ¿ofreces espontáneamente darme entonces diez áureos a título de pena?” (Llerena, 2009, p. 76).

Este dispositivo fue utilizado en obligaciones cuyo objeto eran bienes distintos al dinero.

Se conoce que en la primera época del derecho romano, las únicas obligaciones jurídicamente exigibles eran las dinerarias, las otras obligaciones que tenían por objeto un hacer o no hacer, no eran coercitivamente exigibles, ya que el poder de los jueces no llegaba a la coacción contra el deudor para que cumpla su obligación que no quería ejecutar, ni poder establecer la indemnización de daños

y perjuicios (Álvarez, 1998). Regía el principio de la *condemnatio pecuniae* (condena dineraria).

Para el caso del dinero, la ejecución era simple, por cuanto el dinero era un bien ilimitado, y ante la falta de pago, se cobraban intereses; por ello gozaban de la exigibilidad jurídica.

A través de la *stipulatio poenae* se buscó darle exigibilidad jurídica a las demás obligaciones (de hacer o no hacer, y las que no tenían por objeto el dinero), ya que por la propia promesa del deudor, se establecía la cantidad de dinero que éste iba a pagar al acreedor si incumplía su obligación. De esta forma se convertía la obligación de hacer o no hacer, incumplida, en una obligación pecuniaria, haciendo fácil su ejecución.

Para Eugene Petit (2005), el objeto de la *stipulatio poenae* era obligar al deudor a pagar una cantidad determinada en el caso de que la prestación debida no fuera efectuada al vencimiento. Con este pacto el acreedor se salvaba de probar los daños e intereses, evitando también la determinación de la indemnización de forma arbitraria por el juez.

Según mencionan Colin y Capitant, citados por Torres Vásquez (2014), la cláusula penal, si bien es cierto tiene como antecedente a la *stipulatio poenae*, no son instituciones similares, ya que esta última implica una promesa principal de pena que daba efectos jurídicos a las obligaciones que eran promesas abstractas,

y el caso de la cláusula penal, en nuestros tiempos, no tiene esa función; limitándose solo a la determinación anticipada de daños y perjuicios.

Como vemos la *stipulatio poenae* tuvo dos funciones, la primera era darle eficacia a las obligaciones a través de la fijación de una pena ante el incumplimiento, y la segunda función era de establecer previamente una indemnización por los daños y perjuicios generados por el incumplimiento de la obligación. Sin embargo, cabe resaltar que esta figura jurídica nació exclusivamente para las obligaciones que no tenían por objeto dinero, obligaciones de hacer o no hacer, ya que era sumamente difícil determinar su indemnización; en el caso del dinero la indemnización estaba dada por los intereses.

1.2.7.2 Regulación en el sistema jurídico peruano

En nuestro sistema jurídico peruano la cláusula penal fue regulada, en un primer momento, en el Código Civil de 1852, el cual fue inspirado por el Código Civil Francés o Napoleónico. En este cuerpo normativo peruano se instituye la cláusula penal como una de las obligaciones que provienen de los contratos, en los artículos 1301°, 1302° y 1303°, los cuales a continuación se exponen:

“Art. 1301. Puede celebrarse el contrato con cláusula penal, esto es, con obligación de pagar cierta cantidad en los casos de demora, o falta de cumplimiento.”

“Art. 1302.- La cláusula penal es dependiente del contrato, y no tiene efecto cuando el contrato es nulo, pero la nulidad de la cláusula penal no envuelve la de contrato.”

“Art. 1303. En caso de enajenación, está el arbitrio del acreedor pedir el cumplimiento del contrato, o la aplicación de la pena; pero no una y otra cosa; a no ser que se hubiese estipulado la pena por el simple retardo.”

En estos artículos podemos ver la cláusula penal como una forma de indemnizar la demora o el incumplimiento definitivo, con una cantidad, que asumimos era dinero. A diferencia de la concepción francesa de la cláusula penal⁹, que no era muy exacta respecto a la prestación, ya que era un medio para garantizar la ejecución de una obligación, comprometiéndose a una cosa si no se ejecuta la obligación; la obligación penal podía ser pactada ejecutando cualquier prestación, sea de dar, hacer o no hacer, sin restricciones.

El Código Civil peruano de 1936 también reguló la cláusula penal, dedicándole un título “de las obligaciones con cláusula penal”. En los tres primeros artículos de este título encontramos la configuración jurídica que se le daba a esta institución. Así, en el primer artículo (1223°) de este título se establece: “La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación, o por acto posterior.” Aquí podemos ver el carácter accesorio de la cláusula penal, y su oportunidad de estipulación. El artículo 1234° establece (que) “Para exigir la pena convención no

⁹ Código Civil Francés. “Artículo 1226.- La cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se compromete a algo para el caso de incumplimiento.”

es necesario que el acreedor alegue perjuicio”. Con ello queda claro que la cláusula penal, favorecía al acreedor al ser un instrumento que permitía la indemnización sin probar daños y perjuicios. Finalmente el artículo 1235° dispone (que) “Cuando se estipuló la cláusula penal para el caso de mora, o en seguridad de algún pacto determinado, tendrá el acreedor derecho de exigir la satisfacción de la pena estipulada, juntamente con el cumplimiento de la obligación principal.” De este artículo se puede inferir la distinción entre la indemnización moratoria y la compensatoria, al establecer que cuando la penalidad sea por mora o en seguridad de algún pacto, puede ser acumulada a la obligación principal, siendo el supuesto de penalidad moratoria; si no fuera establecido así (penalidad moratoria) solo se podría exigir la pena, mas no el cumplimiento de la obligación principal (penalidad compensatoria).

En el vigente Código Civil de 1984 encontramos a los artículos 1341°, 1342° y 1343° que sientan las bases de esta institución. En los dos primeros artículos se hace la distinción respecto a la cláusula penal compensatoria y moratoria. El tercer artículo (1343°) está referido a la presunción de daño que opera en esta institución. A continuación citamos los artículos mencionados.

“Artículo 1341.- El pacto por el cual se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el

deudor deberá pagar el integro de la penalidad, pero esta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.”

“Artículo 1342.- Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación.”

“Artículo 1343.- Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella solo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario.”

Vemos que el actual código, a diferencia de los anteriores cuerpos normativos desarrolla con mayor precisión la estructura de la cláusula penal.

1.2.7.3 Concepto

Como se ha mencionado la cláusula penal, tiene su origen en la *stipulatio poenae*, la cual fue concebida para fijar la cuantificación de la indemnización y darle una eficacia jurídica a las obligaciones. Con el transcurrir del tiempo, esta institución jurídica ha variado, siendo su principal característica la cuantificación de daños y perjuicios.

Planiol y Ripert (2003), conciben a la cláusula penal como (la) “liquidación convencional de las daños y perjuicios que se hace en forma global, puesto que con anterioridad se ignora cuál será el daño real que se cause” (p. 186).

Aida Kemelmajer de Carlucci (1981), entiende a la cláusula penal 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” (p. 17).

Aníbal torres Vásquez (2014), define a la cláusula penal como:

“(…) el pacto accesorio añadido a un contrato, consistente en una prestación prometida por el deudor al acreedor, para el caso de incumplimiento de su obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso por causa a él imputable, sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido. Tiene por efecto limitar la indemnización a la prestación prometida en calidad de pena, si no se ha convenido la indemnización del perjuicio ulterior. En este caso el deudor pagará el integró de la penalidad, pero esta se aplicará a amortizar los daños si estos fueran mayores” (p. 1131).

Por su parte Osterling Parodi y Castillo Freyre (2009) manifiestan que:

“(…) la cláusula penal, a grandes rasgos, puede definirse como un pacto anticipado de indemnización. En ella se dispone que si el deudor incumple, tendrá que pagar una indemnización de daños y perjuicios, cuyo monto también se especifica en el pacto” (pp. 937-938).

Conforme a los conceptos anotados entendemos a la cláusula penal como una herramienta jurídica que tienen las partes en una relación obligatoria contractual, accesoria, para cuantificar la indemnización por el incumplimiento de una obligación.

Como se ha dicho en la doctrina de la inejecución de obligaciones, quien alega haber sido dañado y pretende ser indemnizado, debe probar tal hecho. Este principio se rompe en el supuesto de la cláusula penal, ya que, al igual que en las obligaciones de dar sumas de dinero, no hay que probar daño, este se presume. El incumplimiento genera *per se* la indemnización.

En el caso de las obligaciones pecuniarias el daño se presume si admitirse prueba en contrario, el supuesto de la cláusula penal tiene cierto parecido, ya que la indemnización establecida como penalidad, va reparar un daño, que también es considerado como presunción absoluta, ya que al momento de la estipulación penal, este no se ha generado, y el deudor no se puede eximir de pagar la penalidad aduciendo que no existe daño.

La diferencia entre estas dos figuras, respecto a la presunción del daño, radica en que para las obligaciones de dar sumas de dinero la presunción es originada en la Ley, y para las clausula penal la presunción es originada mediante pacto entre partes.

1.2.7.4 Funciones

La cláusula penal desde sus inicios cumplió más de una función. En Roma, su antecedente, la *stipulatio poenae*, tenía por objeto darle eficacia a las obligaciones distintas a las dinerarias, así como establecer una indemnización ante su incumplimiento.

Con el transcurrir del tiempo la figura evolucionó y paso a cumplir más funciones. Algunos autores coinciden en algunas funciones, y otros reconocen otras.

Espinoza Espinoza (2014) individualiza las siguientes funciones:

Función resarcitoria: La cual busca equilibrar la situación del acreedor perjudicado por el incumplimiento de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Con ella se permite, mediante la autonomía de la voluntad, que las partes puedan establecer una reparación, independientemente de la prueba del daño.

Función punitiva: Esta función reconoce a la cláusula penal como un verdadero mecanismo de sanción al deudor, que está en su propia naturaleza, negando la función resarcitoria.

Función sancionadora: reconocida como una especie calificada de sanción civil, no resarcitoria, no afflictiva, más bien se encontraría en una zona gris, en el medio de estas dos funciones.

Función dualista: En palabras exactas de Espinoza Espinoza (2014), “la obligación penal tiene una función dualista que tiene un resultado sancionador, o limitadamente resarcitorio o meramente aflictivo, según una típica combinación binaria en la cual la ley compone en abstracto y permite en concreto que la función resarcitoria y la aflictiva sean “mutuamente exclusivas y conjuntamente exhaustivas” (p. 227).

Para Torres Vásquez (2014), la cláusula penal tiene las funciones: compulsiva, indemnizatoria, de limitación de la indemnización y de simplificación de la prueba. La función compulsiva está caracterizada por la capacidad de coacción al deudor para el cumplimiento de su obligación. Su objeto es disuadirlo, evitar que incumpla, al ejercer una presión psicológica; por esto su denominación de pena o multa. El autor considera que conforme a esta función, la cláusula penal es esencialmente punitiva, ya que la convención penal implicará un indemnización por daños que no necesariamente se hayan generado, recordemos que la cláusula se estipula antes del incumplimiento; esto significaría que al romperse la fórmula de la indemnización -que siempre es originada por un daño- al no existir este, la cláusula pasaría a ser un castigo por el incumplimiento.

La función indemnizatoria o resarcitoria. Según este autor esta función tiene que ver con la liquidación convencional de los probables daños generados por el incumplimiento de la obligación. Recordemos que la responsabilidad civil en el derecho peruano no es punitiva. Quien es perjudicado por la inejecución de una obligación, ya sea contractual o extracontractual (obligación de no dañar a otro), será indemnizado, lo cual buscará poner a la víctima en una situación similar en

la que se encontraba antes del daño; este es el fundamento de la responsabilidad civil. Bajo este fundamento, la cláusula penal no puede tener un carácter punitivo, solo indemnizatorio, el cual busca resarcir el daño. Claro para esto, las partes estipulantes de la penalidad deberán ser muy estrictas y actuar con buena fe, al considerar daños que se ajusten, lo máximo, con la realidad. Por otra parte, el citado autor manifiesta que, en los sistemas jurídicos que adoptaron la inmutabilidad de la cláusula penal, la función que cumplirá esta será compulsiva; y en los sistemas que optaron por la mutabilidad, será indemnizatoria.

Como tercera función, se describe a la *limitativa de la indemnización*. Ella está íntimamente ligada con la función anterior. Cuando se conviene establecer el quantum de la indemnización se pone una barrera, un límite, el acreedor no podrá pedir más allá de lo establecido en la penalidad, aun así pruebe que los daños son mayores. En este sentido constituye una seguridad para el deudor. La excepción a esta función es el pacto del daño ulterior, el cual permite ser indemnizado por los daños mayores. Este punto se desarrollará más adelante.

Finalmente se reconoce la función de simplificación de la prueba. Gracias a esta, el acreedor no debe probar el daño ni su cuantía para poder exigir la penalidad, solo es necesario probar que el incumplimiento es imputable al deudor, salvo pacto en contrario¹⁰. Tal como menciona el autor citado: “La cláusula penal importa una liquidación anticipada convencional del perjuicio al acreedor, a la que

¹⁰ Código Civil. Artículo 1343.-Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella solo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario.

queda limitado el resarcimiento que debe pagar el deudor” (Torres, 2014, p. 1143).

Por su parte Osterling Parodi y Castillo Freyre (2009), hacen un análisis de las funciones de la cláusula penal en el marco del código Civil Peruano vigente. Afirman que respecto a la función compulsiva, está presente por cuanto refuerza el cumplimiento de las obligaciones, sin que signifique una garantía en términos jurídicos. De acuerdo a los artículos 1341° y 1342°, la cláusula buscará que el deudor no incumpla la prestación debida, y a que no cumpla de manera parcial o defectuosa, constituyendo una función compulsiva compensatoria. De igual forma asegurará que el deudor cumpla de manera oportuna, siendo una función compulsiva moratoria.

Sobre la función indemnizatoria manifiestan que a la luz de la ley civil (art. 1341°), la cláusula penal cumple cabalmente esta función.

Añaden a las funciones punitiva, y de simplificación probatoria, las de resolutoria y de pena acumulativa. Respecto a la función resolutoria manifiestan que considerando al presupuesto jurídico del artículo 1341°, cuando se exija la penalidad ante el incumplimiento, es por la imposibilidad de cumplir la obligación, es decir, y adelantándonos al tema de la cláusula penal compensatoria, la penalidad sustituirá a la prestación original, entonces al no existir la obligación original, existiría una situación parecida a la de la resolución contractual, ya que ésta busca dejar sin efectos a un contrato por causas sobrevinientes a su celebración. La causa sobreviniente es, tal como para la penalidad, el

incumplimiento. Como comentan los autores citados, cuando el acreedor solicita la penalidad, sustituyendo la prestación original, el contrato seguiría existiendo, pues es válido, pero este no surtiría efectos ni podría generarlos (Osterling, Castillo, 2009). En ese sentido, la penalidad puede provocar un efecto similar al de la resolución contractual.

Por la función de pena acumulativa, los autores manifiestan que está ligada a la cláusula penal moratoria; cuando el cobro de esta se acumule a la prestación original.

1.2.7.5 Clasificación

Conforme a nuestro sistema jurídico, la cláusula penal puede ser estipulada para compensar los daños ante el incumplimiento definitivo, parcial o defectuoso (artículo 1341°), o para indemnizar la mora en el pago (artículo 1342°).

De acuerdo a esta distinción hecha por el código civil, podemos clasificar a la cláusula penal por el tipo de incumplimiento que pretende indemnizar, como compensatoria y moratoria.

1.2.7.5.1 Clausula penal compensatoria

La primera parte del artículo 1341° del Código Civil establece (que) “el pacto por el cual se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el

resarcimiento a esta prestación y que se devuelva la contraprestación, si la hubiere (...)"'. En este artículo se puede apreciar que el objeto de la cláusula penal es asegurar el cumplimiento de la obligación exactamente (Torres, 2014). La cláusula penal buscará resarcir el incumplimiento definitivo de la prestación original; esto significa que, cuando sea imposible cumplir, por causa imputable al deudor, operará la cláusula penal, entrando en lugar de la prestación primigenia y de los daños generados por el incumplimiento (Torres, 2014).

En este caso, la cláusula penal incorpora los daños compensatorios. Estos consisten en la indemnización por los daños sufridos por el acreedor, quien esperaba la prestación debida, siendo su medida, igual al valor de ésta más los daños que se hubieran generado en otros bienes (López, 2006).

Entonces se puede decir que la cláusula penal, primero: sustituye a la prestación no ejecutada; segundo: sustituye a los daños y perjuicios por el incumplimiento. Por este motivo, cuando se conviene la cláusula penal, al incumplimiento de una obligación, el acreedor puede exigir la prestación principal o ejecutar la cláusula penal, mas no puede exigir el cumplimiento de ambas obligaciones, la original y la penal, ya que esto implicaría un doble pago por la misma obligación. Por ejemplo, cuando se establece que por el incumplimiento en la entrega de un carro se pagará una penalidad de S/. 10,000.00 (diez mil soles); y no se ejecute la prestación de dar el carro, el acreedor de este puede pedir la penalidad compensatoria, que sustituirá a la entrega del carro y limitará la indemnización por los daños y perjuicios; no podrá exigir la entrega del carro en conjunto con la penalidad, son pretensiones alternativas, una excluye a la otra.

Ahora bien, no solo se puede hacer efectiva la cláusula penal compensatoria ante un incumplimiento definitivo de la obligación, también puede hacerse efectiva aun el cumplimiento es posible, pero este a consideración del acreedor ya no le resulta útil.

1.2.7.5.2 Cláusula penal moratoria

El artículo 1342° del Código Civil regula la posibilidad de que se pueda pactar penalidades para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado. En este supuesto se tiene como base el retardo en el cumplimiento, en específico la mora.

La cláusula penal busca resarcir los daños ocasionados por la mora en el cumplimiento de la obligación. Como se ha desarrollado en la parte de inejecución de obligaciones, la mora es una situación jurídica en la cual se encuentra el deudor que no cumple oportunamente su obligación, habiendo sido requerido por el acreedor para su cumplimiento, salvo los casos de mora automática. En este sentido la mora implica siempre una presunción de daños, ya que cuando el acreedor no requiere al deudor al cumplimiento de su obligación, el ordenamiento entiende que este retraso no le afecta, no le genera daños. Entonces el efecto de la mora son los daños moratorios, los cuales para ser indemnizados deben ser probados y cuantificados. Este requisito de prueba es suprimido por la cláusula penal, ya que en ella se fijará con antelación los daños moratorios, los cuales serán efectivos cuando se configure la mora.

Ahora bien, tal como lo menciona el artículo 1342°, este tipo de cláusula penal, puede acumularse con el cumplimiento de la obligación primigenia, es decir, se puede exigir el cumplimiento in natura de la obligación y la penalidad; la indemnización moratoria es complementaria a la prestación debida, no la sustituye, a diferencia de la indemnización compensatoria (Torres, 2014).

Esta clase de penalidades puede pactarse para obligaciones de dar y hacer; para las obligaciones de no hacer no es posible dicha penalidad (Torres, 2014). La razón de ello es porque en las obligaciones de no hacer no existe la mora, su incumplimiento será la realización de la obligación, en ese sentido dicho incumplimiento será siempre definitivo, no hay posibilidad de retraso.

El otro supuesto que contiene el artículo es “en seguridad de un pacto determinado”. Este supuesto difiere con el cumplimiento definitivo de la obligación y de la mora. Éste está referido al cumplimiento parcial o defectuoso de la obligación; pero no cualquier incumplimiento parcial o defectuoso, si no a los cuales las partes hubieran convenido (Osterling, Castillo, 2009). Es decir, se debe individualizar muy bien la obligación la cual será pasible de la penalidad, que operara en el cumplimiento parcial o defectuoso.

1.2.7.6 Objeto de la prestación penal

El artículo 1341° que desarrolla la cláusula penal establece la libertad para fijar la prestación indemnizatoria, es decir que la penalidad puede ser una obligación de

dar, hacer e inclusive de no hacer. Según Torres Vásquez (2014): “El objeto contenido de la obligación penal puede consistir en cualquier clase de prestación posible, lícita, determinada o determinable” (p. 1135). No necesariamente la obligación penal estará constituida por dinero. A pesar de ello, en opinión de León Barandiarán, citado por Torres Vásquez, la penalidad siempre debe constituir en una suma dineraria, ya que la determinación convencional de los daños por incumplimiento o retardo, se resuelven en el pago de una cantidad dineraria; de otra forma, si la cláusula penal no fuera con este bien, se pierde gran parte de su utilidad, puesto que el deudor se negará a cumplir la penalidad, por lo que se tendrá que proceder a la ejecución forzosa de los bienes del deudor y al resarcimiento en dinero; con lo que, lógicamente, se llega al mismo resultado, entonces fijar una penalidad en dinero resulta más eficiente (Torres, 2014).

Si bien es cierto, una penalidad que obligue al pago de dinero es mucho más eficaz al momento de verse materializada, ya que todos pueden disponer de dinero, fuera de que, con este bien de intercambio se pueden adquirir todo tipo de bienes o servicios, y conforme a la reparación en equivalencia, constituye una forma válida de resarcimiento, no hay una limitación legal para establecer una penalidad que contenga una obligación de hacer, no hacer, o dar un bien distinto al dinero.

1.2.7.7 Exigibilidad de la cláusula penal

Osterling y Castillo (2009) distinguen dos condiciones para la aplicación de la cláusula penal: la validez de la obligación principal, y la validez de la penalidad. Dentro de estas condiciones podemos advertir que hay una relación de dependencia de la cláusula penal con la obligación principal, si esta es inválida, también lo será la penalidad, pero si la penalidad es inválida, la obligación principal no tendrá esta consecuencia; la cláusula penal tiene la característica de ser accesoria.

Siendo válida la cláusula penal, para ser exigible, ésta deberá cumplir dos requisitos: el incumplimiento de la obligación y su imputabilidad al deudor.

Dentro del incumplimiento de la obligación a su vez existen dos supuestos: el incumplimiento definitivo, que generaría los daños compensatorios; y la mora, que ocasionan los daños moratorios.

Sobre esto tenemos que, cuando la obligación es incumplida en definitiva, se generan los daños compensatorios. Cuando el deudor no ejecuta su obligación de forma voluntaria y es imposible compelerlo para el cumplimiento forzado, o sea ejecutada por un tercero, el acreedor puede exigir el cumplimiento de la penalidad, la cual es una reparación por equivalencia (cantidad de dinero correspondiente al daño sufrido) (Torres, 2014). Basta que se verifique el incumplimiento definitivo de la obligación para que sea efectiva la penalidad.

La mora como situación genera la aplicación de la cláusula penal moratoria. En este caso cuando se haya constituido en mora al deudor, empezará a operar la

indemnización moratoria estipulada en la cláusula penal; la constitución en mora puede ser por el requerimiento (*mora expersonae*) o mora automática (*mora ex re*).

El otro requisito de exigibilidad de la cláusula penal es la imputabilidad del incumplimiento al deudor. Conforme al sistema de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, será responsable el deudor que no ejecuta su obligación por dolo, culpa leve o inexcusable¹¹. Asimismo quien ejecuta su obligación con la diligencia ordinaria no es responsable por la inejecución de la obligación, al igual que cuando la inejecución es por caso fortuito o fuerza mayor. Conforme a esto, para exigir la penalidad, el incumplimiento debe ser por causa imputable al deudor, es decir que éste haya incumplido por dolo o culpa; contrario sensu, cuando no haya culpa o el incumplimiento sea por hecho fortuito o de fuerza mayor, no podrá ser exigible la cláusula penal.

Sin embargo hay una excepción a este supuesto. En el artículo 1343° del código civil se consagra la posibilidad de pactar la aplicación de la cláusula penal para casos de inejecución inimputable al deudor, de la siguiente forma:

“Artículo 1343°.- Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella solo se puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, **salvo pacto en contrario**”. (El énfasis es nuestro)

¹¹ Artículo 1321° del Código Civil Peruano

Esto es posible, ya que los legisladores consideraron, conforme a la doctrina, que los pactos por los cuales el deudor asume los riesgos de la contratación son válidos (Ostering, Castillo. 2009). Con esto si la obligación es incumplida si culpa del deudor, habiendo pacto sobre ello, la penalidad será aplicada.

1.2.7.8 Indemnización del daño ulterior

La cláusula penal constituye una determinación de la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de una obligación. Es una liquidación anticipada de cobro de la indemnización para el acreedor, y constituye un límite para el deudor de no pagar más allá de lo estipulado en la cláusula. Sin embargo, puede ocurrir que los daños y perjuicios generados por el incumplimiento de una obligación sean superiores a la indemnización establecida en la cláusula penal, y el acreedor no sea indemnizado integralmente.

Este supuesto está asegurado con la posibilidad de pactar la indemnización del daño ulterior. En efecto, el artículo 1341° establece:

“Artículo 1341.- El pacto por el cual se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; **salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior.(...)**” (El énfasis es nuestro)

Entonces, en un análisis contrario sensu, cuando se haya pactado la indemnización del daño ulterior, la penalidad no limitará el resarcimiento al incumplimiento de la prestación; este precepto se aplica para ampliar el cobro de la penalidad y buscar la indemnización total por el incumplimiento.

Ahora bien, en el artículo en mención no se ha especificado como opera este pacto; sin embargo, como expone Osterling (2007), encargado de la redacción del libro quinto, del Código Civil de 1984, la existencia del daño ulterior y su monto deben ser probados por el acreedor. Con ello, dentro de la obligación penal, se vuelve al principio reglamentado en el artículo 1331° del Código, el cual establece que la prueba de los daños y perjuicios corresponde al perjudicado del incumplimiento. Esto permite que el acreedor no exija una suma mayor de forma arbitraria.

Esta figura de la indemnización del daño ulterior, como se ha desarrollado, también se encuentra en la indemnización de las obligaciones dinerarias, en el artículo 1324° del código; pero en esta norma la operatividad del pacto si es definido claramente, al establecer (que) “si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento.” (Código Civil Peruano, 1984)

Volviendo al artículo 1341° de la cláusula penal, en el último párrafo se dice que cuando se haya pactado la indemnización por el daño ulterior, se pagará el integro de la penalidad, pero esta se computará como parte de los daños y perjuicios. Esto significa, claramente que la penalidad es una parte de la

reparación integral del daño. Esto funciona de la siguiente forma, por ejemplo: cuando se tenga una penalidad de “6”, y los daños asciendan a “10”, el acreedor que ha pactado la indemnización del daño ulterior, deberá probar, primero, que la totalidad del daño es “10”, para así llegar a exigir “4” en calidad de daño ulterior.

Esta estipulación es una forma de ser justos con el acreedor, quien desea ser indemnizado integralmente.

1.2.7.9 Inmutabilidad de la cláusula penal

Ante la disposición favorable para el acreedor, cuando haya una penalidad, de aumentar la indemnización con el pacto del daño ulterior, el ordenamiento no ha desconocido la situación perjudicial del deudor cuando deba pagar una penalidad que supere los daños reales que se han producido. Aquí se aplica la tesis de la inmutabilidad relativa de la cláusula penal.

Recordemos que existen tres posturas sobre este tema: La inmutabilidad absoluta de la cláusula penal, la mutabilidad y la inmutabilidad relativa. Haciendo una mención especial de la postura del jurista boliviano Ángel Osorio, quien propone la supresión de la penalidad cuando no haya daños.

En el Perú la cláusula penal fue tratada en un primer momento, para el Código Civil de 1852, con la doctrina francesa de la inmutabilidad, esto es la imposibilidad de reducir la pena. Luego, en el código civil de 1936, basándose principalmente en la doctrina alemana y la norma civil brasileña, indicó,

respectivamente, que la pena podía reducirse de oficio por el juez cuando considere que es evidentemente excesiva y siempre que su monto no supere la obligación principal, se tomó como postura la mutabilidad de la cláusula penal (Osterling, s.f). Finalmente el código civil vigente tomo la tesis de la inmutabilidad relativa de la cláusula penal; esto es la posibilidad de reducir la penalidad a solicitud del deudor. Se consideró que la reducción de una penalidad “excesiva” por parte del juez puede ser injusta para el acreedor (Osterling, s.f).

En efecto el artículo 1346 del Código Civil establece lo siguiente:

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

El legislador entendió, a diferencia del anterior dispositivo legal (art. 1227 Código Civil de 1936), que era a voluntad del deudor solicitar la reducción de la cláusula penal cuando la considere excesiva. No era una obligación del juez reducir la penalidad cuando la considere manifiestamente excesiva; son las partes las que se encuentran en mejor posición para considerar de antemano la indemnización ante el incumplimiento de una obligación (Osterling, s.f)

De esta forma se encontró un equilibrio para evitar el desbalance en las relaciones jurídicas de las partes, al darle la posibilidad al acreedor de reclamar los daños que hayan superado la penalidad establecida con el pacto de la indemnización del daño ulterior; así como la posibilidad al deudor de solicitar la

reducción de la pena cuando la considere excesiva. En estos dos casos es necesaria la prueba de los daños para poder exigir el resarcimiento ulterior o la reducción de la penalidad.

1.2.8 Aplicación de la cláusula penal como indemnización en las obligaciones dinerarias

Desarrollada la institución de la cláusula penal, es posible referirnos a su aplicación a las deudas dinerarias como supuesto de indemnización ante el incumplimiento. Si bien es cierto no hay impedimento normativo para la aplicación de ésta a las deudas dinerarias, solo se tiene una restricción: el límite de las tasas de interés establecido por el Banco Central de Reserva del Perú para las personas ajenas al sistema financiero; restricción que no es aplicable a las instituciones dentro del sistema financiero. Tomando en cuenta esta restricción la mayor parte de la doctrina especializada establece su posición al respecto.

1.2.8.1 Posiciones doctrinarias

La cláusula penal es una institución jurídica aplicable para las obligaciones en general. No hay distinción ni limitación expresa para la incorporación de la penalidad en ellas. Sin embargo, un punto álgido, que no muchos juristas desarrollan con profundidad, es su diferenciación con los intereses moratorios para casos de obligaciones dinerarias, siendo que, ambas instituciones pueden llegar a cumplir un mismo fin: indemnizar la mora en el pago.

El consenso general de los juristas en obligaciones dinerarias, es que el límite al resarcimiento por el retraso en las obligaciones dinerarias son las tasas máximas establecidas por la autoridad competente.

En esta línea Torres Vásquez (2014) afirma que:

“La cláusula penal moratoria y el interés moratorio tienen por fin indemnizar la mora en el pago. Si la obligación principal devenga intereses, la tasa máxima del interés convencional y legal, compensatorio y moratorio, lo fija el Banco Central de Reserva (arts. 1243 y 1244). Si no se ha convenido el interés moratorio el deudor debe pagar por la mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto el interés legal (art. 1246). La cláusula penal no puede ser un instrumento para ocultar intereses usurarios, por encima del máximo legal. Consiguientemente, no es posible acumular la cláusula penal con el interés moratorio. Si es posible la acumulación de la cláusula penal con el interés convencional, siempre que el importe de ambos no supere la tasa máxima fijada por ley.” (p. 1186)

Este autor reconoce que la penalidad (moratoria) y los intereses moratorios cumplen la misma función. Sin embargo detalla que si la obligación genera intereses, estos seguirán las reglas del artículo 1324° del código civil, y la cláusula penal, aplicable como supuesto de indemnización por mora, no puede ser una figura que permita la obtención de intereses que sobrepasen el máximo legal; en este caso no podrá ser acumulada la cláusula penal y los intereses moratorios, pero si lo será, cuando ambas, sumadas, no sobrepasen el límite de tasas de

interés. Es decir, el autor concibe la coexistencia de penalidades moratorias e intereses moratorios, siempre y cuando, ambas, no superen el límite establecido de tasas de interés.

Kemelmajer de Carlucci (1981), defiende el uso de la cláusula penal, y menciona que cuando se trate de un préstamo es evidente que debe respetarse la tasa máxima de interés, ya que de otro modo se convalidaría la usura; regla de la que se puede prescindir cuando se trate de contratos distintos al mutuo. Sin embargo, no menciona la acumulación con los intereses moratorios, más bien se entiende una asimilación de estos a la cláusula penal.

Walter Gutiérrez Camacho y Alfonso Rebaza Gonzales (2004), refiriéndose a las penalidades usurarias y anatocistas, manifiestan que cuando la cláusula penal cumple una función moratoria en obligaciones dinerarias, donde los daños están determinados por los intereses, en la práctica las partes pueden fijar penalidades que superen el límite de los intereses permitidos por ley, lo que generaría un fraude a la ley, ya que valiéndose de una disposición legal, realizan lo que la ley prohíbe: el cobro de intereses usurarios. En este caso las penalidades usurarias adolecen de nulidad, por ser contrarios a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Otros autores manifiestan la identificación de la cláusula penal con los intereses moratorios. En este sentido Salvador Vásquez Olivera (2004) menciona:

“En opinión de Alterini, Ameal y Lopez Cabana, los intereses moratorios comportan una cláusula penal moratoria, prevista para el caso de mora del deudor, reclamable sin la necesidad de probar perjuicios y de la que no puede eximirse aquel mediante la demostración de no haberlos habido, no obstante la posibilidad de reducción judicial de las penas desproporcionadas y abusivas.” (p. 205)

Asimismo, Ariel Barbero (2000), manifiesta que tanto los intereses moratorios como la cláusula penal, cumplen una misma función: la de tasar los perjuicios de antemano, y, oponiéndose a lo manifestado por el jurista francés Demolombe, quien afirmaba que los intereses moratorios que fijaba la ley eran una suerte de cláusula penal establecida por esta, pero que tienen una diferencia respecto a su origen; menciona que no se puede apreciar tal diferencia cuando nos encontramos ante el supuesto de intereses moratorios convencionales y cláusulas penales también convencionales. Continúa diciendo que no existe ninguna diferencia cuando se fija una cláusula penal en caso de mora con un porcentaje (diario, mensual, etc.) del capital. La única diferencia que puede encontrar entre estas dos instituciones se da en el carácter general de la cláusula penal, esto es cuando tiene una función compensatoria, pero en la moratoria, son instituciones idénticas.

Otro sector de la doctrina, menciona que los intereses moratorios son un supuesto de cláusula penal *ex lege*, ya que consideran que los intereses tienen una función sancionatoria, allí donde no hay ningún daño (Palacios, 2004).

Juan Espinoza Espinoza (2014) al comparar la cláusula penal con los intereses moratorios menciona que la cláusula penal importa una conversión de la obligación, cuando se hace imposible realizar en forma específica, teniendo en cuenta el conocido bocado del "*nemo adfactum cogi potest*" (nadie puede ser obligado a actuar). Describe una serie de similitudes entre estas dos instituciones, como las siguientes: 1. Ambos son accesorios al crédito principal; 2. Tienen origen convencional; 3. Para su exigibilidad solo es necesaria la imputabilidad; 4. No se requiere la actividad jurisdiccional para ser aplicados; 5. Son una estimación convencional de daños; y finalmente 6. En ambos el daño es una presunción absoluta, en la cual es inútil que el deudor pretenda acreditar la inexistencia de daños. El autor finaliza diciendo que el uso indistinto de ambas instituciones, cuando contenga intereses moratorios, se debe tener presente el límite establecido en el artículo 1243.

Jorge Suescún Melo (2003) desarrolla con mayor profundidad el contacto entre estas dos instituciones. Comenta que ambas fueron usadas como mecanismos contractuales o legales por los cuales se pretendía otorgar al acreedor el derecho a exigir por el incumplimiento una indemnización moratoria que superen los límites de las tasas de interés. Explica que la cláusula penal se utilizó en dos situaciones: 1. Como sustituto de los intereses moratorios, para poder fijar tasas superiores a estos; y 2. Junto a los intereses moratorios, bajo una tasa de interés por debajo de las máximas permitidas; en este caso la cláusula penal tienen un carácter de apremio.

El citado jurista menciona que la forma especial de reparación de los perjuicios causados por la mora en obligaciones dinerarias es a través de los intereses moratorios, conforme a la legislación civil colombiana. Por ello respecto a la sustitución de los intereses moratorios con la cláusula penal, al fijarse esta última para indemnizar la mora en el pago de estas obligaciones, necesariamente se deberá respetar las tasas máximas de interés permitido, caso contrario se estaría evadiendo el cumplimiento de esta regla general y que interesa el orden público; no es posible que la diferente denominación que se le dé a los pactos, como clausula penal, multa diaria o sanción pecuniaria, implique el desconocimiento a la obligación legal de fijar intereses por debajo de las tasas máximas. Concluye su análisis diciendo que cuando se pacte la cláusula penal para la mora en obligaciones dinerarias, se calificará está como interés moratorio, estando sujetos a su régimen legal.

Respecto a la cláusula penal acumulada a los intereses moratorios, menciona que en el derecho colombiano, se concibe la cláusula penal con la función de apremio, esto es como una multa hacia el deudor, que es adicional al cumplimiento de la obligación principal, ya que el artículo 1594^{o12} establece que se puede pactar que el pago de la pena no implica la extinción de la obligación principal, esto es la acumulación de la pena con la obligación principal. Sin embargo el autor considera que la cláusula penal con función de apremio solo puede ser aplicable en supuestos de inejecución total, parcial o defectuosa de la obligación, no siendo

¹² Código Civil Colombiano. Artículo 1594.- Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.

aplicable para el mero retardo, ya que en este caso la acumulación es automática. Bajo este supuesto, en las obligaciones de dar sumas de dinero no se puede concebir una pena con la función de apremio ya que el incumplimiento siempre será por el retardo; no es posible una inejecución total, puesto que la prestación de dinero siempre es ejecutable. De esta forma no hay una indemnización compensatoria, ya que el objeto de la obligación principal es igual al de la pena. Ahora bien tampoco es concebible la acumulación de los intereses moratorios y la cláusula penal por retardo, ya que ambas buscan indemnizar el mismo supuesto, el retardo en el pago, por lo que no es posible sancionar dos veces al deudor por el mismo hecho.

1.2.8.2 Antecedente: Artículo 1364 del Proyecto del Código Civil de 1984

En la legislación civil actual, no existe una limitación expresa para el uso de la cláusula penal en las obligaciones en general. En ese sentido, en principio, es posible la aplicación de las mismas a todas las obligaciones. Esto ha permitido que sea usada en el tráfico financiero, convirtiendo el interés moratorio en penalidad, o incluyendo ésta a la primera. Sin embargo, tal como consideran los juristas, para que una cláusula penal por mora en el pago de dinero, sea válida, su fijación debe ajustarse a las tasas máximas de intereses fijadas por el Banco Central de Reserva del Perú; regla aplicable a las personas que se encuentren fuera del sistema financiero. Con esto se puede colegir que el sistema permite la aplicación de las penalidades como forma de indemnizar la mora en las obligaciones dinerarias, a pesar que se tiene una institución que cumple el mismo

objeto y que, como también han mencionado algunos autores, es la forma especial de indemnizar la mora en estas obligaciones.

Sin embargo, hay un vestigio de que esta situación no pudo ser así. Es el caso del artículo 1364 del Proyecto del actual código Civil. Este artículo es reproducido por el doctor Osterling Parodi (s.f) desde la óptica de la mutabilidad de la cláusula penal, y dice lo siguiente:

“Artículo 1364.- El monto de la cláusula penal no puede ser superior a la mitad del valor de la prestación incumplida. Si la cláusula penal es estipulada para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, su monto no puede ser superior a la cuarta parte del valor de la prestación. En las obligaciones de pagar sumas de dinero, el monto de la cláusula penal no puede exceder al monto de interés convencional máximo fijado por el Banco Central de Reserva del Perú. Es nulo el exceso pactado sobre los límites señalados en este artículo.” (p. 312)

Este artículo establecía parámetros para la determinación del monto de la cláusula penal, ya sea para la pena compensatoria, para la cual establecía que no podía ser superior a la mitad del valor de la obligación incumplida, o la moratoria, en la cual se fijaba que no podía superar la cuarta parte del valor de la prestación. Y tenía una mención especial para las obligaciones dinerarias, diciendo que no podía exceder el monto de interés convencional máximo fijado por el Banco Central de Reserva del Perú. Siendo nulo todo exceso a estos límites establecidos en el artículo.

Con este artículo no era necesaria la interpretación para determinar su aplicación a las deudas dinerarias. La Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, previó el posible uso indiscriminado de esta institución en caso de las obligaciones de dar sumas de dinero, y determinó el sometimiento de la cláusula penal a las reglas establecidas en la sección de Pago de intereses, las cuales establecían la obligación de respetar los límites máximos fijados por la ley, evitando así la configuración del delito de usura.

En la legislación peruana, este es el único rastro de contacto entre estas dos instituciones jurídicas indemnizatorias.

1.2.8.3 Casación N° 3192-98-Callao

En la jurisprudencia peruana se ha encontrado sentencias que se refieren a este tema materia de tesis pero desde la óptica del mérito ejecutivo de la cláusula penal. En efecto en el Pleno Jurisdiccional Nacional Comercial, de fecha ocho de julio del año dos mil diez, realizado en la ciudad de Lima, al abordar la pregunta de si procede el cobro de penalidades en un proceso ejecutivo o de ejecución de garantías reales, analizó jurisprudencia sobre el tema. Dentro de este grupo de sentencias y casaciones referidas a las penalidades y su tratamiento en el proceso de ejecución, llama la atención la casación N° 3192-98-Callao, en la cual se advierte el error de concepto en el análisis de las instituciones como la cláusula penal y los intereses moratorios.

Esta casación aporta como jurisprudencia la improcedencia de la disposición de pago de la penalidad en la vía ejecutiva, pero también se manifiesta acerca del tratamiento de la penalidad cuando sea estipulada para obligaciones dinerarias.

El recurso de casación fue interpuesto por la empresa Cilloniz Olazabal Urquiaga Sociedad Anónima, contra la sentencia de vista, expedida por la Sala Civil de la Corte superior de Justicia del Callao, la cual confirma la sentencia de primera instancia, de fecha veintitrés de enero de mil novecientos noventa y ocho, declarando fundada la demanda en parte, y ordenando el pago de la suma de cincuenta mil quinientos nuevos soles, más una penalidad de una Unidad Impositiva Tributaria por cada semana de atraso computados desde el veintiséis de agosto del año mil novecientos noventa y seis; que según agrega en la sentencia, este último concepto es considerado como interés moratorio y no como penalidad.

La empresa que interpone la Casación manifiesta que la cláusula novena de la transacción judicial no es un supuesto de interés moratorio si no de penalidad, de esta forma la sala hace una errónea interpretación del artículo 1242° que define lo que se entiende por intereses compensatorios y moratorios, debiendo aplicar los artículo 1341° y 1342° del código civil, los cuales señalan que es posible establecer penalidades por mora en la obligación. Sin embargo la sala al considerar la cláusula novena de la transacción como intereses moratorios, no aplica el artículo 1243° del Código Civil el cual establece que los límites para la determinación de intereses convencionales estarán a cargo del Banco Central de Reserva del Perú.

En ese sentido el tema central se encuentra en determinar la figura jurídica se encuadra al contenido de la cláusula novena de la transacción, si constituye una penalidad o una fijación de tasa de interés moratorio.

La Sala Civil para tratar este tema expone en sus considerandos tercero y cuarto, lo siguiente:

“Tercero.- Que, el pacto por el cual ambas partes acordaron en la cláusula novena de la transacción de fojas ocho, que en caso de incumplimiento de la obligación en los plazos convenidos, la Empresa demandada quedaba obligada al pago compensatorio equivalente a una Unidad Impositiva Tributaria por cada semana de retraso en el pago de la suma adeudada, importaba una penalidad, que tiene el efecto de limitar el resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados; que es en ese sentido como se debe interpretarse la citada clausula, siguiendo el criterio rector contenido en el artículo cinco sesentinueve del código Civil.

Cuarto.- El daño que produce la falta de pago de una suma de dinero en el plazo concertado, se indemniza con un interés moratorio, pero asimismo esta indemnización integra la penalidad conforme a lo previsto por el artículo 1341° in fine del Código Civil”.

En el análisis de la Sala se menciona que la cláusula novena de la transacción está determinada por el pago de una Unidad Impositiva Tributaria, la cual

configuraba un pago compensatorio por el incumplimiento de la obligación en los plazos convenidos, lo cual tenía el efecto de limitar el resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados.

Es decir que la penalidad de la cláusula novena, a criterio de la Sala, tendría una función compensatoria, la cual según su naturaleza jurídica, debería sustituir a la prestación principal, sin embargo, se advierte que la deuda principal también es materia de la pretensión. Asimismo esta penalidad, "compensatoria", está indemnizando el incumplimiento (o retraso en el cumplimiento) de la obligación en los plazos convenidos, lo genera que la cláusula novena sea un supuesto de penalidad moratoria, imposible de ser compensatoria, por cuanto tiene la función de indemnizar la mora en el pago. En este sentido encontramos que la sala civil confunde la función compensatoria de la cláusula penal con la moratoria.

De otro lado la Sala menciona que el daño que se produce por la falta de pago de una deuda de dinero se indemniza con los intereses moratorios, de acuerdo al artículo 1242°, pero esta indemnización integra la penalidad, de acuerdo a la última parte del artículo 1341° del Código Civil. Esto quiere decir que, a pesar que el interés moratorio sea la forma especial de indemnizar el daño por el incumplimiento en el pago de una suma de dinero, este daño es parte de la penalidad convenida, amparándose en la última parte del artículo 1341° del código, el cual trata el supuesto del daño ulterior.

Como se ha desarrollado, el supuesto del daño ulterior, si bien es cierto es una forma de ampliar la indemnización convenida en la cláusula penal cuando hayan

daños mayores, para que sea aplicable se requiere su estipulación expresa. Esto significa cuando se haya convenido una clausula penal y exista también el pacto de la indemnización del daño ulterior, se cobrara la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios. Hay que recordar que este pacto, en el supuesto de la penalidad, hace regresar al principio de la prueba en la teoría de la inejecución de obligaciones, la cual exige que quien alega daño debe probar. Con ello, al haber pactado la indemnización del daño ulterior, quien alega que el daño sufrido supera la penalidad convenida, deberá probar la existencia de este daño mayor.

Vemos que la Sala nuevamente incurre en error al considerar que el daño indemnizado por el interés moratorio es parte de la penalidad, por ser un supuesto de daño ulterior, ya que para la existencia de un daño que integre, o supere, la penalidad, se necesita del pacto expreso de indemnización del daño ulterior, cosa que no se infiere de los hechos. En este caso la Sala está asumiendo el pacto tácito de la indemnización del daño ulterior, lo cual es ilegal. Recordemos que tanto la figura indemnizatoria del artículo 1324°, aplicable a las obligaciones dinerarias, como el artículo 1341°, permiten el pacto de la indemnización del daño ulterior.

En suma la sala hizo una combinación de las figuras jurídicas del interés moratorio y clausula penal, para el caso de obligaciones dinerarias, evidenciando una mala interpretación de la norma jurídica acorde a la naturaleza de cada institución.

1.3 Definición de términos básicos

Dinero.- Medio de cambio aceptado generalmente.

Indemnización.- Acción y efecto de indemnizar. Cosa o cantidad con la que se repararan los daños y perjuicios.

Inejecución.- Incumplimiento de una obligación.

Interés.- Provecho, utilidad, ganancia. Valor de algo. Lucro producido por el capital.

Inmutabilidad relativa.- Mutabilidad relativa

Obligación.- Vinculo que sujeta a hacer o abstenerse de algo, establecido por precepto de la ley, por voluntario otorgamiento o por desviación directa de ciertos actos.

Penalidad.- Clausula penal. Indemnización anticipada de los daños y perjuicios.

CAPITULO II: HIPOTESIS

2.1 Formulación de hipótesis

2.1.1 Hipótesis general

La cláusula penal es incompatible en el ámbito de la indemnización por el incumplimiento en las obligaciones dinerarias dentro del sistema jurídico peruano, ya que en su configuración jurídica se incorpora la inmutabilidad relativa, la cual entra en conflicto con la presunción legal de daño que es inherente a las obligaciones dinerarias.

2.1.2 Hipótesis secundarias

El incumplimiento que se configura en las obligaciones dinerarias solo es de orden moratorio.

La mora en las obligaciones dinerarias puede generar innumerables daños, por la capacidad económica del dinero, por lo que la ley impone una presunción de daño.

Los intereses moratorios si constituyen la forma jurídica idónea para indemnizar la mora en las obligaciones dinerarias, ya que, la falta de pago oportuna de una suma de dinero impide que se genere el rendimiento del capital: interés.

No se puede concebir el pacto de una clausula penal compensatoria en obligaciones dinerarias porque en ellas no se configura el incumplimiento absoluto de la obligación, con lo que no existe la sustitución del bien materia de prestación; en estas obligaciones siempre se dará el cumplimiento in natura.

CAPITULO III: METODOLOGÍA

3.1 Diseño metodológico

3.1.1 El tipo de investigación realizada ha sido básica descriptiva teórica o dogmática. El diseño de investigación es no experimental a un nivel observacional y correlacional, de corte transversal o sincrónico y con un enfoque cualitativo.

3.1.2 El método empleado es el hipotético. Se inició con la observación de fenómenos de carácter general y se formularon hipótesis, llegando a conclusiones particulares contenidas implícitamente en la situación general.

3.1.3 La investigación tuvo un enfoque cualitativo, por tanto se analizaron teorías, normas jurídicas y jurisprudencias.

CAPITULO IV: PENALIDAD E INDEMNIZACION EN OBLIGACIONES DINERARIAS

4.5 Coincidencias entre la cláusula penal y la indemnización en obligaciones dinerarias

La cláusula penal, según su estructura jurídica y funcionalidad se asemeja a los intereses moratorios como forma de indemnización en obligaciones dinerarias, puesto que comparten características.

Se ha advertido coincidencias en tres puntos: la presunción de daño, el límite indemnizatorio, y la indemnización de daño ulterior.

4.5.1 Presunción de daño

El artículo 1324° del Código Civil que regula la forma de indemnizar las obligaciones dinerarias; incorpora la presunción de daño en este tipo de obligaciones. Como se ha desarrollado, los legisladores pensaron, al redactar la

norma, que la falta de pago de una deuda de dinero siempre generaba daño, por la calidad fructífera del dinero. En ese sentido configuraron una presunción *iure et de iure* respecto al daño en las obligaciones dinerarias; con ésta el deudor no puede argumentar que el acreedor no sufrió daño por la falta de pago del dinero. El deudor está siempre obligado al pago de intereses por la mora; los que se generan automáticamente por la configuración de esta.

La cláusula penal moratoria implica la convención de una indemnización previamente a la mora. Se trata también una presunción *iure et de iure* de la existencia de los perjuicios y de su cuantía, por cuanto, al ser pactada la penalidad antes de que ocurra el incumplimiento, se presupone la generación de un daño, aun así éste no se configure en la realidad. Cuando el deudor pacta la cláusula penal, acepta la existencia del daño, lo que impediría que intente probar que no se generó éste, es decir que pruebe lo contrario. Por esto se configura la presunción *iure et de iure*.

En ambas instituciones se genera una presunción *iure et de iure*. La única diferencia que se puede advertir es que, en la cláusula penal la presunción es generada por el convenio de partes, mientras que la de obligaciones dinerarias está determinada por la ley.

Entonces tenemos a una institución que conlleva una presunción absoluta por convenio, aplicable a todas las obligaciones, y por otra parte a una presunción, también absoluta, inherente solo a las obligaciones dinerarias. Por ello sería innecesario fijar una cláusula penal moratoria aplicable a las obligaciones

dinerarias para configurar una presunción absoluta, cuando ya es inherente a estas obligaciones.

4.1.2 Limite indemnizatorio

Encontramos una coincidencia por cuanto para las obligaciones dinerarias, el artículo 1324° establece la libertad para fijar el *quantum* indemnizatorio a través del interés moratorio¹³; a falta de este pacto, se aplicará por la mora el interés compensatorio pactado, convirtiéndose en moratorio; y finalmente a falta de pacto de interés compensatorio, será aplicable, como interés moratorio, la tasa de interés legal fijada por el Banco Central. Estas reglas defienden la idea de establecer un límite para la indemnización en estas obligaciones. En principio, ante la fijación de interés moratorio, el acreedor no puede cobrar más, ni el deudor, pretender, pagar menos.

La estipulación de la cláusula penal tiene la misma función: limitar el resarcimiento a la prestación, estableciendo un parámetro de indemnización. De una igual forma, en principio, el acreedor no puede pretender cobrar más, ni el deudor podrá pretender pagar menos, excepto el caso de la reducción de la penalidad contemplada en el artículo 1346° del Código Civil.

Tenemos a dos figuras que buscan limitar el resarcimiento, antes que se configure el incumplimiento.

¹³ Dentro de los límites establecidos en el artículo 1243° del Código Civil

4.1.3 Indemnización del daño ulterior

En este punto se advierte que tanto el supuesto del artículo 1324° y las reglas de la cláusula penal, permiten que se pueda aumentar el resarcimiento, cuando el acreedor considere que el daño supera la indemnización prefijada.

En el artículo 1324° *in fine*, se establece que es posible estipular la indemnización del daño ulterior, es decir, el cobro de un monto que supere los intereses por la mora. El requisito para poder hacerlo efectivo es que el acreedor pruebe la existencia de este daño mayor, que no ha sido cubierto por los intereses.

En el artículo 1341°, correspondiente al capítulo denominado Obligaciones con cláusula penal, se permite que el acreedor pueda pactar una penalidad que repare el incumplimiento a una obligación, la cual limitará la indemnización, salvo que se haya pactado la indemnización del daño ulterior. En este caso, la penalidad será parte de los daños y perjuicios, debiendo el acreedor, también, probar la existencia de este daño mayor, ya que, como se ha desarrollado, de no probar la existencia de este daño se estaría amparando un cobro arbitrario, que no es concebible en justicia.

Por esto, el fijar una cláusula penal con la que se pretenda indemnizar la mora en las obligaciones dinerarias con la finalidad de incorporar la indemnización del daño ulterior, resulta irrelevante, ya que es posible pactar que por la mora en estas obligaciones el deudor será responsable del daño ulterior, siempre y cuando pruebe este.

4.2 El supuesto de la penalidad compensatoria

La cláusula penal en el ordenamiento peruano tiene la clasificación de moratoria o compensatoria, de acuerdo a la función que cumpla. Cuando el objeto es indemnizar la mora en el pago, la penalidad será moratoria. El requisito de este tipo de penalidad es que la obligación sea posible de cumplir. En este caso la penalidad se acumulará a la obligación principal. Cuando se busque indemnizar el incumplimiento definitivo de la obligación, la penalidad será compensatoria. Esta penalidad sustituirá la obligación principal, la cual no se ha cumplido en definitiva. El acreedor, ante el incumplimiento definitivo puede optar en solicitar el cumplimiento de la obligación principal o ejecutar la cláusula penal compensatoria, en la cual se incorporará la indemnización por la falta cumplimiento de la obligación, que implica el daño emergente, y la ganancia que se ha dejado de obtener por el incumplimiento, lucro cesante (Cepeda, Forero, 2002).

Ahora bien, para el supuesto de las obligaciones dinerarias, las cuales como se ha tratado tienen la característica de ser siempre posible su cumplimiento, ya que el dinero es un bien que nunca desaparece; no se puede concebir una indemnización que lo sustituya. En todo caso para la sustitución del dinero, tendría que concurrir la voluntad del acreedor para así configurar una dación en pago, la sustitución de un bien por el dinero, es decir, el acreedor deberá comunicar al deudor cual era el objeto o servicio que quería obtener con el dinero,

para así poder satisfacer su necesidad dineraria. Es un supuesto posible, pero que atenta contra la practicidad del tráfico comercial y financiero.

En ese sentido la fijación de una penalidad compensatoria, es en realidad el pacto de ejecución exacta de la misma obligación (prestación dineraria), siempre y cuando la penalidad sea pactada en dinero (hecho que es común en la práctica por la capacidad de adquisición de bienes a través del dinero y su ejecutabilidad). La reparación por equivalencia, para este caso (como entrega en dinero del daño sufrido) corresponde a un cumplimiento in natura.

Por estos motivos la fijación de una cláusula penal compensatoria, no tendrá sentido jurídico de diferenciación con la ejecución exacta de la prestación (pago); la cláusula penal compensatoria pierde eficacia, siendo infructuosa su estipulación para obligaciones dinerarias.

4.3 Incompatibilidad de la cláusula penal como indemnización en las obligaciones dinerarias

Las obligaciones dinerarias tienen un tratamiento especial en el código civil. Este tratamiento especial se da por la cualidad del dinero, el cual es un bien que permite la adquisición, o todo tipo de enajenación con los demás bienes o servicios en un mercado. Por ello se entiende que el dinero cumple tres funciones: medio de cambio, unidad de medida y depósito de valor. Es un bien que nunca se agota, por lo cual siempre es posible cumplir la obligación dineraria. Por esto el incumplimiento de estas obligaciones solo se puede concebir como retraso en el

cumplimiento, configurándose la siempre la mora. Cuando se da la mora en las obligaciones dinerarias la ley prescribe que se genera un daño, el cual tiene la característica de ser una presunción iure et de iure, que no admite la prueba en contrario, lo que genera que siempre se de la indemnización, constituida por los intereses moratorios.

La cláusula penal, al ser un pacto anticipado de indemnización, se identifica con la figura establecida por la ley para la indemnización de este tipo de obligaciones, ya que no se tiene que probar el daño, haciéndose efectiva solo al verificar el incumplimiento o en su caso la mora. Es decir, que tanto la cláusula penal como los intereses moratorios se generan a la sola verificación del incumplimiento o la mora según sea el caso.

Hay que tener presente que en el derecho romano, en el cual se configuró la *stipulatio poenae*, figura antecesora de la cláusula penal, no era aplicable a las obligaciones dinerarias, ya que estas tenían como indemnización a los intereses moratorios.

La cláusula penal tiene una limitación para su uso en las obligaciones dinerarias, ya que en su configuración jurídica el código civil incluye el principio de la inmutabilidad relativa, que contempla posibilidad de reducción de la penalidad, cuando el deudor solicite y pruebe que la penalidad supera el daño real; y en las obligaciones dinerarias, opera la presunción legal del daño, de fuerza absoluta, la cual está concebida como medio que hace desaparecer el principio de la prueba del daño, presupuesto para la responsabilidad civil, haciendo que quien debe

dinero sea automáticamente responsable, debiendo pagar intereses, sin que esté obligado a pagar más de los estipulados, ni menos, con lo cual no es concebible que el deudor pretenda disminuir el pago de intereses aduciendo un daño menor.

Por ello, la presunción legal del daño, inherente a las obligaciones dinerarias, colisiona con el principio de inmutabilidad relativa de la cláusula penal, ya que esta última permite la reducción de la indemnización (penalidad), cuando la primera mantiene inalterable la indemnización constituida por los intereses.

4.2 La cláusula penal moratoria y los intereses moratorios en el Decreto legislativo N° 299, Ley de Leasing.

Lo desarrollado en la presente tesis tuvo como base el código civil, en el cual no hay una limitación expresa para la utilización de la cláusula penal en las obligaciones dinerarias. Con lo cual, vía análisis de la configuración de las instituciones jurídicas, se llegó a establecer una posición sobre el tema. Sin embargo encontramos una legislación que permite la coexistencia entre estas dos instituciones. Se trata del Decreto legislativo N° 299, Ley de Leasing.

El Decreto Legislativo N°299 (en adelante Ley de Leasing), fue promulgado por el Poder Ejecutivo, gracias a las facultades para legislar brindadas por el Congreso mediante Ley N° 23850, siendo aprobado y promulgado el 26 de julio del año 1984, publicado el 29 de julio del mismo año. El cual tiene por objeto regular el contrato de arrendamiento financiero entre la parte denominada locadora

(empresas bancarias, financiera u otra autorizada por la superintendencia de banca y seguros), y la otra, denominada arrendataria (Artículos 1° y 2°, Decreto Legislativo N°299). Mediante este contrato la locadora se obliga a adquirir un bien, mueble o inmueble, a fin de que sea usado por la arrendataria, teniendo esta como contraprestación el pago de cuotas y la opción de adquirir el inmueble en uso.

Precisamente en el artículo 9° se incorpora las reglas aplicables al pago de las cuotas. Texto que a continuación citamos:

Artículo 9.- Las cuotas periódicas a abonarse por la arrendataria podrán ser pactadas en moneda nacional o en moneda extranjera y ser fijas variables y reajustables.

Sin perjuicio de los correspondientes intereses, en el contrato se podrán pactar penalidades por mora en el pago de cuotas. La falta de pago de dos o más cuotas consecutivas, o el retraso de pago en más de dos meses, facultará a la locadora, a rescindir el contrato (Decreto Legislativo N° 299).

Como vemos el pago de las cuotas se trata de una obligación dineraria, ya que se menciona que puede pactarse en moneda nacional o extranjera. Luego se permite que adicionalmente a los intereses pactados (los correspondientes), sin hacer la precisión si solo serán compensatorios, entendiéndose también a los moratorios; se pacten penalidades por la mora en el pago de las cuotas. Es decir que la obligación dineraria del pago de las cuotas puede generar por la mora, interés

moratorio y penalidades moratorias. Con ello existe una doble indemnización a un mismo hecho: la mora en el pago de obligaciones dinerarias.

Consecutivamente encontramos una fórmula extraña en el ordenamiento jurídico actual: la rescisión contractual por parte de la locadora cuando se configure el retraso en el pago de dos cuotas consecutivas, o la falta de pago de más de dos meses. En esta fórmula jurídica la ley utiliza la figura de la rescisión, la cual según el código es un remedio que permite extinguir una relación jurídica patrimonial por causales existentes al momento de celebrarlo, la cual solo puede ser declarada judicialmente. Sin embargo, el artículo 9° de este decreto legislativo mantiene como causal de rescisión la falta de pago, hecho que es posterior a la celebración del contrato. Asimismo, se considera en este artículo que la locadora está facultada para rescindir el contrato, es decir, al no señalar que tiene la facultad de pedir la rescisión se entiende que puede ser ejecutada directamente, lo que no se condice con la figura legal de la rescisión en el actual código civil.

Iniciando el análisis de este artículo se debe tener presente que en la legislación especial de las empresas del sistema financiero, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP, Ley N° 26702, no encontramos ninguna mención referente al cobro de penalidades. Esto quiere decir que de acuerdo a la ley especial de constitución y actividades de las empresas del sistema financiero, estas no gozan de la facultad de fijar penalidades, con ello vemos que las penalidades o cláusula penal no es una institución reconocida en esta ley. Sin embargo, se podría afirmar que la Ley de Leasing constituye una legislación

especial, lo que válidamente podría considerar instituciones jurídicas que sean pertinentes al objeto de la ley.

Como sabemos en el actual código civil, que es de aplicación supletoria a la legislación financiera bancaria, el tratamiento de las penalidades alcanza cualquier tipo de obligación; por este motivo no habría impedimento en ser usada en obligaciones pecuniarias, sin embargo para estas, el mismo código establece que los intereses moratorios sustituyen al a indemnización por el daño causado por del retraso. Se reconoce que son dos formas de indemnizar la mora, pero no se impide expresamente el uso en conjunto de ambas, ni la sustitución de los intereses moratorios por las penalidades en caso de obligaciones dinerarias.

Sin embargo la ley de leasing si considera expresamente el uso de ambas instituciones, lo que evidencia que no se basó en las reglas del código civil.

La Ley de leasing se basó en el antiguo Código Civil del año 1936, ya que éste tuvo vigencia hasta el 13 de noviembre del año 1984, y el Decreto Legislativo 299 Ley de leasing, fue promulgado el 26 de julio de 1984, y publicado el 29 de julio del mismo año, entrando en vigencia al día siguiente.

De esta forma encontramos que el artículo 9° de La ley de Leasing se encuadra en las figuras jurídicas concebidas en el código civil de 1936, por cuanto el remedio para dejar sin efecto a una relación jurídica era solo la rescisión, sin concebir a la resolución. A continuación, citamos algunos artículos de este cuerpo normativo que evidencian la concepción de esta institución:

Artículo 1361.- Cuando resulte gravada la finca con servidumbres que no estén de manifiesto y de las que no se dio noticia al tiempo de contratar, si éstas fueren de tanta importancia que se pueda presumir fundadamente que no se la hubiera adquirido conociéndolas, puede el adquirente pedir la rescisión del contrato, si no prefiere el saneamiento.

Artículo 1380.- El adquirente puede pedir la rescisión del contrato, en lugar del saneamiento, si sólo hubiese perdido una parte de la cosa, si esta parte es de tal importancia con respecto al todo, que sin ella no la habría adquirido.

Artículo 1401.- Si por culpa del vendedor no se realiza la entrega de la cosa en el tiempo convenido o legal, el comprador, a su elección, tiene el derecho de pedir, o la rescisión del contrato, o la entrega de la cosa.

Artículo 1413.- En todo caso de rescisión por falta de pago de precio, o de otorgamiento de garantía estipulada, será condenado el comprador que recibió la cosa a restituir los frutos, o en lugar de éstos, al pago de intereses del precio. Y además a la satisfacción de los impuestos y gastos del contrato y reparación de perjuicios.

Artículo 1414.- Cuando se ha pagado parte del precio, y en el contrato no se estipuló plazo para el pago de la otra parte, se declarará la rescisión que pida el vendedor, si el comprador no cobra el resto del precio dentro de

ocho días después de notificada la demanda. Rescindido el contrato, el vendedor devolverá la parte de precio pagado, deducidos los impuestos y gastos del contrato.

Artículo 1424.- En la venta de inmuebles en que se hubiese estipulado el pago del precio por partes, en diferentes plazos, puede el vendedor pedir la rescisión si el comprador dejase de hacer dos pagos.

Esto respecto a la rescisión considerada en el artículo 9° de la Ley de Leasing.

Respecto a la fijación de penalidades en las cuotas sin perjuicio a los intereses correspondientes, teniendo en cuenta que las cuotas son obligaciones dinerarias, tenemos que el artículo 1324° de este código civil, regula la indemnización en las obligaciones pecuniarias con la siguiente fórmula:

“Artículo 1324.- En las obligaciones de pagar cierta suma, los daños que cause la demora se reparan con los intereses estipulados; y, en su defecto, con el interés legal del dinero, por todo el tiempo que se demore su entrega; a no ser que se hubiese pactado otra cosa en cuanto a daños y perjuicios.”

Con ello la norma establecía que los intereses constituyen la forma de indemnizar la demora en el pago, fijando convencionalmente las tasas, y en su defecto se aplicará el interés legal. A este último supuesto se le adiciona la posibilidad de pactar algo diferente que indemnice los daños y perjuicios. Teniendo en cuenta esta posibilidad del código, al parecer, la Ley de Leasing ha considerado que ante

la falta de pago de una suma dineraria no solo se pueden generar intereses, si no algún otro instrumento jurídico, que podría perfectamente ser la cláusula penal.

Con esto tenemos que la vigente Ley de Leasing no se ajusta al ordenamiento jurídico, ya que sus reglas tienen base en el código civil de 1936, el cual ya ha sido derogado.

CONCLUSIONES

El dinero como herramienta económica de intercambio de bienes y servicios tiene un tratamiento especial en la legislación civil. Esto por las funciones que cumple en el mercado.

Los intereses constituyen el fruto civil del dinero, en caso de ser compensatorio, y la indemnización por la falta de pago oportuna, en caso de ser moratorio.

Las deudas dinerarias tienen como supuesto de incumplimiento solo la mora, ya que el dinero es un bien fungible, por lo que la figura del incumplimiento absoluto no es concebible, en ese sentido los únicos daños que se generan son de orden moratorio.

La doctrina jurídica ha previsto otorgar una presunción absoluta al supuesto de la mora en las obligaciones dinerarias, la cual es la configuración de daño *per se*, inherente, por naturaleza, al dinero.

La cláusula penal, en el sistema jurídico peruano, cumple distintas funciones, tales como: indemnizatoria, punitiva y de simplificación de la prueba, destacando la función indemnizatoria conforme a la legislación civil peruana. Sin embargo la cláusula penal, en principio, aplicable a todo tipo de obligaciones, encuentra un límite para su aplicación en las obligaciones pecuniarias: encubrir intereses usurarios.

La cláusula penal como indemnización anticipada de daños y perjuicios permite la ampliación de la indemnización cuando se haya pactado la indemnización del daño ulterior, y el acreedor pruebe que el daño supera la penalidad pactada. De esta forma se indemniza el daño real: penalidad más daño ulterior. Las reglas para la indemnización de las obligaciones dinerarias contempladas en el artículo 1324° del código civil peruano, también han previsto la figura de la indemnización del daño ulterior, previo pacto, el cual permite ampliar la indemnización no cubierta por los intereses moratorios, siempre y cuando este daño mayor sea probado. En ese sentido en ambas instituciones se permite ampliar la indemnización, que esta previamente pactada o dispuesta por la ley, sea con la penalidad o los intereses.

La cláusula penal resulta incompatible para su uso en las obligaciones dinerarias en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto la cláusula penal se instituye con la inmutabilidad relativa, la cual colisiona con la presunción legal de daño en este tipo de obligaciones. La inmutabilidad relativa de la cláusula penal contemplada en el artículo 1346 del código civil, permite que el juez, a solicitud del deudor, disminuya el monto de la penalidad, cuando se pruebe que el daño ocasionado

por el incumplimiento es menor a la penalidad pactada, y la presunción legal de daño impide que la indemnización, operada con los intereses sea aumentada o reducida. Con ello si se pactara una cláusula penal para una obligación pecuniaria, el deudor tendría todo el derecho de solicitar la reducción de la cláusula penal, si es que prueba que el daño es menor a la penalidad, sin embargo quien está obligado a pagar intereses debe cumplir con el pago de los mismos, estos son inamovibles; no se puede pretender probar un daño menor, la presunción absoluta de daño lo impide.

La presunción legal de daño, que se ha concebido a las obligaciones dinerarias, impide que la indemnización, configurada por los intereses, pueda ser variada, ya sea aumentándola o disminuyéndola, con lo que una cláusula penal, no puede aplicarse a las obligaciones dinerarias, ya que según su configuración jurídica, esta puede ser variada, haciendo que esta jurídica de indemnización sea excluida de este tipo de obligaciones.

RECOMENDACIONES

Como ha quedado demostrado en la presente tesis, la cláusula penal es una herramienta indemnizatoria que no puede ser aplicable a las obligaciones dinerarias, ya que su configuración jurídica, colisiona con las reglas de la indemnización para la mora en las obligaciones dinerarias.

Por este motivo creemos que el artículo 1342° del código civil, el cual describe las reglas para el uso de la cláusula penal moratoria, debe ser modificado, deslindando su uso para la indemnización en las obligaciones dinerarias.

En este sentido proponemos la siguiente modificación:

“Artículo 1342.- Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación.

Para el caso de las obligaciones dinerarias, no será aplicable la figura de la cláusula penal, con lo cual la indemnización por la mora se regirá conforme a las reglas establecidas en el artículo 1324°.”

FUENTES DE INFORMACION

ÁLVAREZ, Mirtha Beatriz (1998). La stipulatio poenae en el derecho romano y su recepción en el derecho civil argentino: Obligaciones con cláusula penal. *Libro Actas del Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Volumen 2, recuperado de:

https://books.google.com.pe/books?id=Mp4FQ9nuwokC&pg=PA435&lpg=PA435&dq=La+stipulatio+poenae+en+el+Derecho+romano+y+su+recepci%C3%B3n+en+el+Derecho+civil+argentino;+obligaciones+con+cl%C3%A1usula+penal&source=bl&ots=cBY5H8Ukww&sig=RDeSnqwhswKrQn7JB57aJ5xRrBw&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwi_4KmRqdjPAhXLVh4KHW6WCZ0Q6AEIITAB#v=onepage&q=La%20stipulatio%20poenae%20en%20el%20Derecho%20romano%20y%20su%20recepci%C3%B3n%20en%20el%20Derecho%20civil%20argentino%3B%20obligaciones%20con%20cl%C3%A1usula%20penal&f=false

Baena Upegui, Mario (2000). *De las obligaciones en derecho civil y comercial*. 3ª ed. Bogotá: Legis

Barbero, Ariel Emilio (2000). *Intereses Monetarios*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Castillo Freyre, Mario & Osterling Parodi, Felipe (1995). *Estudio sobre las obligaciones dinerarias en el Perú*. México D.F: Editorial Universidad Autónoma de México.

Cepeda Andrade, Sandra Liliana & Forero Tapicero, Nadia Constanza (2002). *Un tratado de Derecho de los Contratos. La Clausula Penal*. Monografía para optar por el título de Abogadas. Universidad de la Sabana. Recuperado de:

<http://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5366/129386.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Circular 021-2007-BCRP. Diario Oficial de El Peruano, 30 de septiembre de 2007.

Código Civil Francés. Artículo 1226°. Recuperado de:

file:///C:/Users/carlos/Downloads/Code_41%20(1).pdf

Colin, Ambroise & Capitan, Henri (2002). *Derecho Civil. Obligaciones*. Volumen 1. México: Jurídica Universitaria.

Diccionario de la lengua española: "Ulterior". Disponible en:

<http://dle.rae.es/?id=b26wui3>

Dornbusch, Rudiger & Fischer, Stanley (1994). *Macroeconomía*. 6ª ed. Madrid: McGraw-Hill.

Espinoza Espinoza, Juan (2014). La cláusula penal. The requirement for liquidated damages. *Themis*, N°66, 226-227. Recuperado de

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5081188.pdf>

Ferrero Costa, Raúl (2004). *Curso de Derecho de Obligaciones*, 3ª ed. Lima: Grijley.

García Soto, Ronald (2004). *Moneda Banca y política monetaria*. Recuperado de: (<https://books.google.com.pe/books?id=HPhnrPxRAdMC&pg=PA15&lpg=PA15&dq=patron+de+pago+diferido+del+dinero&source=bl&ots=0TQi7tgEUJ&sig=X8QIVTDR6bjAO9vTzQrx9XP1T4c&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwi-952TiJ7LAhVHSCYKHRuBBecQ6AEIUzAL#v=onepage&q=patron%20de%20pago%20diferido%20del%20dinero&f=false>)

Gutiérrez Camacho, Walter & Rebaza Gonzales, Alfonso (2004). Pena acumulativa. Artículo 1342. *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas* (pp.1118-1120). Lima: Gaceta Jurídica.

Jiménez, Félix (2006). *Macroeconomía. Enfoque y modelos*. Lima: Fondo editorial PUCP.

Keil Rojas, Roberto (2003). *Lecciones de Derecho Monetario*. Lima: R.K.R.

Kemelmajer De Carlucci, Aída (1981). *La cláusula penal. Su régimen jurídico en el derecho civil, comercial, laboral, administrativo, tributario, internacional y procesal*. Buenos Aires: De palma.

López Herrera, Edgardo (2006). *Teoría General de la Responsabilidad civil*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Llerena Pazos, Douglas (2009). Fuentes históricas de la cláusula penal: Pena privada y liquidación anticipada de daños por inejecuciones de obligaciones. *La revista de la biblioteca*, (N° 8), p. 76.

Mankiw, N. Gregory (1998). *Principios de economía*. Madrid: McGraw-Hill

Mc Eachern, William A (1997). *Economía. Una introducción contemporánea*. Mexico: Thompson editores.

Messineo, Francesco (1979). *Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV, Derecho de las obligaciones, Parte General*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

MOSSET ITURRASPE, Jorge & LORENZETTI, Ricardo Luis (1989). *Derecho Monetario*. Santa Fe: Rubinzabal-Culzoni Editores.

Osterling Parodi, Felipe & Castillo Freyre, Mario (2008). *Compendio de derecho de obligaciones*. Lima: Palestra editores.

Osterling Parodi, Felipe & Castillo Freyre, Mario (2004). *La Mora*. Lima: Editorial San Marcos.

Osterling Parodi, Felipe (2007). *Las obligaciones*, 8va ed. Lima: Editorial Grijley.

Osterling Parodi, Felipe. *Constitución en mora*. Recuperado de:

<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/ART%20%201333%201335%201336%201337.pdf>

Osterling Parodi, Felipe (1985). Indemnización de daños y perjuicios. *Libro Homenaje a Jose Leon Barandiaran*, (pp. 397-416). Lima: Cultural Cuzco.

Osterling Parodi, Felipe. *Inmutabilidad de la cláusula penal*. Recuperado de:

<file:///C:/Users/carlos/Downloads/Dialnet-InmutabilidadDeLaClausulaPenal-5143930.pdf>

Osterling Parodi, Felipe. *Obligaciones con cláusula penal*. Recuperado de:

<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Obligaciones%20con%20clausula%20penal.pdf>

Parkin, Michael (1995). *Macroeconomía*. Delaware: Addison-Wesley Iberoamericana.

Palacio Pimentel, H. Gustavo (1990). *Las obligaciones en el Derecho Civil Peruano*, Tomo II. Lima: Editorial Huallaga.

Palacio Pimentel, H. Gustavo (2002). *Las obligaciones en el derecho peruano*. Lima: Editorial Huallaga.

Palacio Pimentel, H. Gustavo (2004). *Manual de Derecho Civil*, 4ª ed. Lima: Huallaga.

Palacios Martínez, Eric (2004). Incumplimiento de obligaciones de dar sumas de dinero. Artículo 1324. *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica.

Planiol, Marcel & Ripert, Georges (2003). *Tratado elemental de derecho Civil. Las obligaciones*, Tomo IV. Traducido por José M. Cajica Jr. México: Cadenas Editor.

Petit, Eugene (2005). *Tratado elemental de derecho romano*. Buenos Aires: Valletta ediciones.

Ramirez Cruz, Eugenio M. (2000). *Curso de obligaciones*, 2ª ed. Lima: Impresiones gráficas.

Samuelson, Paul A. & Nordhaus, William P. (2002). *Economía*. Madrid: Mc Graw hill.

Suescún Melo, Jorge (2003). *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, Tomo I, 2ª ed. Bogotá: Legis

Torres Vásquez, Aníbal (2014). *Teoría General de las obligaciones*, Tomo I. Lima: Pacífico.

Torres Vásquez, Aníbal (2014). *Teoría General de las obligaciones*, Tomo II.

Lima: Pacífico.

Thirkettle, G.L. (1981). *Economía Básica*. Madrid: Editorial EDAF.

Vásquez Olivera, Salvador (2004). *Derecho de Obligaciones*. Arequipa: Editorial

Adrus.

ANEXOS

**Disponibles en la
tesis impresa**