

Naturaleza jurídica de los cobros derivados de la falta de pago oportuno de pensiones escolares



JUAN ESPINOZA ESPINOZA

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Miembro Correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
Miembro del Consejo Consultivo de la Revista **ADVOCATUS**.



SUMARIO:

- I. ¿Podríamos considerar como válidos y eficaces los conceptos (de recargos, penalidades, moras o intereses moratorios) cuando están contenidos en folletos, comunicados, reglamentos internos o cualquier otro documento entregado por el centro educativo antes de la matrícula?
- II. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de estas penalidades?, ¿existe algún límite legal para establecer el monto o porcentaje máximo a ser cobrados por dichos conceptos?
- III. La tenue línea divisoria ente cláusula penal e interés moratorio.
- IV. Conclusiones.

En la actualidad los centros educativos particulares, como consecuencia de la falta de pago de las pensiones en forma oportuna aplican lo que denominan:

- (i) Recargos, penalidades o moras; e,
- (ii) intereses moratorios.

Dichos **conceptos** se aplican en función a dos modalidades:

- Se establece expresamente en los contratos que son suscritos por los padres al momento de la matrícula.
- Se incluyen en folletos, comunicados, reglamentos internos o cualquier otro documento entregados antes de la matrícula.

I. ¿PODRÍAMOS CONSIDERAR COMO VÁLIDOS Y EFICACES LOS CONCEPTOS (DE RECARGOS, PENALIDADES, MORAS O INTERESES MORATORIOS) CUANDO ESTÁN CONTENIDOS EN FOLLETOS, COMUNICADOS, REGLAMENTOS INTERNOS O CUALQUIER OTRO DOCUMENTO ENTREGADO POR EL CENTRO EDUCATIVO ANTES DE LA MATRÍCULA?

Estos conceptos (que denominaré genéricamente como **penalidades**) pueden constar en los siguientes documentos:

- a. **Acuerdo de reunión de padres de familia** en el que se consigna –por ejemplo– que el 5% de la pensión escolar como penalidad al tercer día hábil del vencimiento.
- b. **Declaración del padre de familia**, en el que se consigna la aplicación de un interés moratorio –por ejemplo– de S/.0.50 por cada día de retraso del pago de la pensión.
- c. **Declaración del padre de familia**, en el que se consigna un interés moratorio mensual de (siempre en el escenario de los ejemplos) 1.5%.

Si los conceptos (recargos, penalidades o moras e intereses moratorios, según sea el caso) han

sido informados oportunamente y aceptados por el padre de familia, en aplicación del principio de la autonomía privada, tienen carácter vinculante. En efecto, la autonomía privada es un poder que el ordenamiento jurídico otorga al sujeto de derecho para que autorregule sus propios intereses. Autonomía privada, se entiende, dentro de los alcances del artículo 1390 del Código Civil, el cual expresa que: *“El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar integrante las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar”*.

El contenido de la relación de consumo ya ha sido fijado previamente por el proveedor-centro educativo, en el ejercicio de su autonomía privada. En el caso del consumidor-padre de familia, su autonomía privada se reduce a la de aceptar o no las condiciones del proveedor. Frente a ello, el artículo 48 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571, del 1 de enero del 2010, establece los siguientes requisitos:

“En los contratos de consumo celebrados por adhesión o con cláusulas generales de contratación, debe cumplirse con los siguientes requisitos:

- a. *Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, debe hacerse referencia expresa en el documento contractual.*
- b. *Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo del contenido del contrato antes de su suscripción.*
- c. *Buena fe y equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.*

Lo dispuesto en el presente artículo resulta de aplicación a los contratos celebrados en

base a cláusulas generales de contratación, se encuentren o no sometidas a aprobación administrativa”.

En atención a estas consideraciones, los conceptos (recargos, penalidades o moras e intereses moratorios, según sea el caso) que han sido informados oportunamente y aceptados por el padre cuando hay retraso en los pagos, forman parte de las disposiciones delimitadas por el proveedor-centro educativo, a las cuales el consumidor-padre de familia se ha adherido.

En lo que al requisito de **oportunidad** se refiere, debe entenderse que dicha información ha tenido que ser suministrada y aceptada (a más tardar) al momento de la matrícula. El padre de familia, en tanto consumidor razonable, ha debido de contar con toda la **información relevante** (tal como lo indica el artículo 2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor¹) acerca de los costos y beneficios que implica aceptar la prestación de servicios educativos del proveedor que ha elegido y esto sólo puede darse al momento del inicio del año escolar, concretamente, en la matrícula, acto con el cual se asume el compromiso de aceptar las condiciones que el centro educativo ofrece. Así, el artículo 14 de la Ley 26549, de los Centros Educativos Privados, del 20 de noviembre de 1995 (modificado por el artículo 1 de la Ley 27665, de Protección a la Economía Familiar respecto al pago de pensiones en centros y programas educativos privados, del 8 de febrero del 2002), norma que:

“Antes de cada matrícula, los Centros y Programas Educativos están obligados a brindar en forma escrita, veraz, suficiente y apropiada a los interesados, la siguiente información: (...)

b) El monto, número y oportunidad de pago de las pensiones, así como los posibles aumentos. Las pensiones serán una por cada mes de estudios del respectivo año lectivo, pudiendo establecerse por concepto de matrícula un monto que no podrá exceder al importe de una pensión mensual de estudios”.

En este orden de ideas, aunque no esté previsto expresamente en este dispositivo legal, por una interpretación sistemática de las normas citadas del Código de Protección y Defensa del Consumidor, las penalidades y los intereses moratorios, al formar parte de la información relevante para el consumidor-padre de familia, deben ser dadas a conocer antes de cada matrícula.

Si no se acredita una manifestación de voluntad expresa el consumidor-padre de familia, **no puede interpretarse que su silencio equivale a una aceptación de estos conceptos**. El silencio es un comportamiento omisivo que puede tener las consecuencias jurídicas de una declaración de voluntad, si la ley o la autonomía privada así lo predeterminan. El artículo 142 del Código Civil prescribe que: “El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado”.

1. El cual regula lo siguiente:

“2.1 El proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

2.2 La información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano.

2.3 Sin perjuicio de las exigencias concretas de las normas sectoriales correspondientes, para analizar la información relevante se tiene en consideración a toda aquella sin la cual no se hubiera adoptado la decisión de consumo o se hubiera efectuado en términos substancialmente distintos. Para ello se debe examinar si la información omitida desnaturaliza las condiciones en que se realizó la oferta al consumidor.

2.4 Al evaluarse la información, deben considerarse los problemas de confusión que generarían al consumidor el suministro de información excesiva o sumamente compleja, atendiendo a la naturaleza del producto adquirido o al servicio contratado”.

Así, se sostiene que:

"se suele precisar que el comportamiento omisivo no produce los efectos de la declaración, si no cuando el interesado tenía la carga o el deber de hablar y no ha hablado. (...): el silencio produce los efectos de la manifestación del consentimiento cuando existe un precedente precepto jurídico (norma legal, uso, acuerdo u otro supuesto de hecho idóneo) que dispone que el silencio produzca efectos idénticos a aquellos de la manifestación del consentimiento (dicho mejor: dispone que la manifestación no es necesaria para producir tales efectos) los cuales se excluyen si interviene una declaración obstativa".²

Por ello, *"para que el silencio sea un signo de declaración son necesarias ulteriores circunstancias que doten al silencio de ese significado"*³.

El artículo 56 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, del 01 de setiembre de 2010, establece que:

"56.1 De manera enunciativa y no limitativa, el derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales coercitivos implica que los proveedores no pueden: (...)

- b. Obligar al consumidor a asumir prestaciones que no ha pactado o a efectuar pagos por productos o servicios que no han sido requeridos previamente. En ningún caso puede interpretarse el silencio del consumidor como aceptación de dichas prestaciones o pagos, salvo que lo haya autorizado previamente de manera expresa.*
- c. Modificar, sin el consentimiento ex-*

preso del consumidor, las condiciones y términos en los que adquirió un producto o contrató un servicio, inclusive si el proveedor considera que la modificación podría ser beneficiosa para el consumidor. No se puede presumir el silencio del consumidor como aceptación, salvo que él así lo haya autorizado expresamente y con anterioridad" (Énfasis agregado).

De esta regulación se concluye que, el hecho de entender el silencio del padre de familia-consumidor como una aceptación de los conceptos (recargos, penalidades o moras e intereses moratorios, según sea el caso) califica como un **método comercial coercitivo**⁴.

Adicionalmente a todo ello, es importante tener en cuenta que, cualquier duda interpretativa que pueda surgir de los folletos, comunicados, reglamentos internos o cualquier otro documento entregado por el centro educativo antes de la matrícula, que forma parte de las condiciones que el proveedor-centro educativo propone al consumidor-padre de familia para que se adhiera, se resuelve en el **principio pro consumidor**, contenido en el artículo V.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, el cual precisa que:

"En cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores. En proyección de este principio en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor".

2. SACCO, Rodolfo con la colaboración de CISIANO, Paola. *Il fatto, Fatto, il negozio*. Torino: UTET, 2005, p. 316.
 3. FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Cuarta Edición no modificada. Traducido por MIQUEL GONZÁLEZ, José María y GÓMEZ CALLE, Esther. Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 94.
 4. Cfr.: TREJO MAGUIÑA, Alejandro. "Métodos comerciales coercitivos". En: *Ley de Protección al Consumidor. Comentarios. Precedentes Jurisprudenciales. Normas Complementarias*. A cura de ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Lima: Editorial Rodhas, 2004, pp. 130-134.

II. ¿CUÁL ES LA NATURALEZA JURÍDICA DE ESTAS PENALIDADES?, ¿EXISTE ALGÚN LÍMITE LEGAL PARA ESTABLECER EL MONTO O PORCENTAJE MÁXIMO A SER COBRADOS POR DICHS CONCEPTOS?

En los ejemplos planteados, existen los siguientes conceptos:

- a. El Acuerdo de reunión de padres de familia que regula una cláusula penal al consignar el 5% de la pensión escolar como penalidad al tercer día hábil del vencimiento.
- b. La Declaración del padre de familia que establece un interés moratorio de S/.0.50 por cada día de retraso del pago de la pensión.
- c. La Declaración del padre de familia que establece un interés moratorio mensual de 1.5%.

De un primer análisis de estos supuestos, se puede apreciar que los centros educativos emplean indistintamente los conceptos de cláusula penal y de intereses moratorios, partiendo del entendimiento que, cuando el padre de familia se encuentra en mora corresponde pagar dicha penalidad o interés moratorio (según sea el caso).

La cláusula penal es definida como *"un negocio jurídico o una convención o estipulación accesoria por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente"*⁵. Los intereses moratorios o punitivos *"son aquellos*

*debidos en concepto de indemnización por mora del deudor en el pago de una obligación dineraria, distinguiéndolos de los mal llamados "compensatorios", a los cuales denominamos retributivos o lucrativos, que son aquellos que se pagan por el uso de un capital, con independencia del estado de mora del deudor"*⁶. El interés moratorio *"tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago. En otras palabras, el interés moratorio constituye la reparación por los daños que el acreedor sufre por la mora del deudor en el pago de una obligación dineraria"*⁷.

El Código Civil peruano regula tanto la cláusula penal compensatoria (artículo 1341⁸) como la moratoria. El artículo 1342 del Código Civil precisa: *"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"*.

Los intereses moratorios están normados en el artículo 1242 del Código Civil. Así:

"El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien.

Es moratorio cuanto tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago" (Énfasis agregado).

Respecto del límite legal para establecer el monto o porcentaje máximo a ser cobrados por dichos conceptos, en materia de **cláusula penal** tenemos recogido el principio de mutabilidad parcial. En efecto, el artículo 1346 del

5. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. *La cláusula penal. Su régimen jurídico en el derecho civil, comercial, laboral, administrativo, tributario, internacional y procesal*. Buenos Aires: Depalma, 1981, p. 17.

6. *Ibid.*, p. 353.

7. BARCHI VELA OCHAGA, Luciano. *El daño en las obligaciones dinerarias*. En: *Responsabilidad Civil II, Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*. A cura de ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Lima: Editorial Rodhas, 2006, p. 106.

8. El cual regula que: *"El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores"*.

Código Civil, norma que: "El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida".

A propósito de los intereses, el delito de usura está tipificado en el artículo 214 del Código Penal, el cual precisa que:

"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 del 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" (Énfasis agregado).

El límite fijado por ley lo establece el artículo 1243 del Código Civil, que prescribe lo siguiente:

"La tasa de interés convencional compensatorio o moratorio es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

Cualquier exceso sobre la tasa máxima da

lugar a la devolución o a la imputación del capital a voluntad del deudor."

De allí, tenemos que remitirnos "al Decreto Ley 26123, Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, publicado el 30 de diciembre de 1992, para luego arribar a su Estatuto. Finalmente, terminamos en la aplicación de una fórmula que nos señala cuál es la tasa máxima, la misma que es publicada mensualmente, en donde se señala la tasa máxima del mes anterior". También se debe tener en cuenta el artículo 1324 del Código Civil, el cual norma que:

"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".

Asimismo, un sector de la doctrina, en posición que comparto, entiende que no cabe pactar la capitalización de intereses por

9. YON RUESTA, Roger. "¿Usura en el Perú?". En: *Ius et Veritas* N° 22. Lima, 2001, p. 231. El autor sostiene que "después de toda esta secuencia tortuosa y remisoria, debería, finalmente, llegarse a completar la norma; sin embargo, ocurre que no se llega a determinar el injusto, toda vez que la fijación de los topes máximos de interés se expresan en fórmulas que incluyen variables (TAMN y TAMEX) que determinan dichos máximos solo para el pasado haciendo imposible su previsión o que el comportamiento se torne evitable" (Ibid., p. 232). En efecto, la doctrina penal admite la prohibición de segundo reenvío al establecer que "la disposición complementaria no puede delegar a su vez en otra norma la función de rellenar el blanco" (CURY URZUA, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Temis, 1988, p. 96). Entre nosotros, partiendo de un análisis económico, se afirma que "el Código Penal comete un gravísimo error de concepto al tipificar como delito de usura el conceder un crédito a interés superior al límite fijado por la ley, porque ocurre que en el Perú los intereses son libres" (GHERSI, Enrique. "Abajo el Código Penal!". En: *Themis* N° 32. Lima, 1995, p. 114). Esta observación es totalmente pertinente en lo que a instituciones financieras se refiere. En efecto, el primer párrafo del artículo 9 de la Ley 26702, Ley General de Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, prescribe que: "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".

medio de una cláusula penal, "porque ello constituiría un fraude a la ley".¹⁰

Concretamente, en el caso de los centros educativos no resulta aplicable el artículo 2 de la Ley 29947, de Protección a la Economía Familiar respecto del pago de pensiones en Institutos, Escuelas Superiores, Universidades y Escuelas de Posgrado Públicos y Privados, del 27 de noviembre de 2012, establece lo siguiente:

"Los institutos, escuelas superiores, universidades y escuelas de posgrado públicos y privados no pueden condicionar ni impedir la asistencia a clases, la evaluación de los alumnos, ni la atención de los reclamos formulados, al pago de las pensiones en el ciclo lectivo en curso. En este último caso, las instituciones educativas pueden retener los certificados correspondientes al periodo no pagado, siempre que se haya informado adecuadamente de esto a los usuarios al momento de la matrícula y procedan a la matrícula del ciclo siguiente previa cancelación de su deuda. La tasa de interés para las moras sobre pensiones no pagadas no podrá superar la tasa de interés interbancario dispuesta por el Banco Central de Reserva del Perú."

De igual manera no se podrá condicionar la rendición de evaluaciones del ciclo lectivo en curso a los alumnos que estén desempeñándose como deportistas calificados de alto nivel a la asistencia presencial a clases que colisionen con las horas de entrenamiento y/o con los eventos deportivos en los que participan, debiendo para ello encontrarse acreditados por el Instituto Peruano del Deporte. De ser el caso, se debe reprogramar las fechas de evaluación de los mismos" (Énfasis agregado).

De esta reseña legislativa y doctrinaria, se puede concluir lo siguiente:

- a. Respecto del límite legal para establecer el monto o porcentaje máximo a ser cobrados por dichos conceptos, en materia de cláusula penal tenemos recogido el principio de mutabilidad parcial de la cláusula penal en el artículo 1346 del Código Civil, que regula que "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".
- b. El artículo 2 de la Ley 29947, de Protección a la Economía Familiar sólo se aplica respecto del pago de pensiones en Institutos, Escuelas Superiores, Universidades y Escuelas de Posgrado Públicos y Privados, del 27 de noviembre de 2012. Este dispositivo legal establece que "La tasa de interés para las moras sobre pensiones no pagadas no podrá superar la tasa de interés interbancario dispuesta por el Banco Central de Reserva del Perú".
- c. En materia de intereses moratorios, al estar los colegios excluidos de la Ley 29947, resultan aplicables los límites establecidos por el artículo 1243 del Código Civil.

III. LA TENUE LÍNEA DIVISORIA ENTE CLÁUSULA PENAL E INTERÉS MORATORIO

Tanto la cláusula penal como los intereses moratorios tienen las siguientes similitudes:

"Los dos son accesorios de créditos principales, tienen origen convencional y para su exigibilidad no es menester una conducta maliciosa, bastando que sea imputable; tampoco requieren actividad jurisdiccional, sino que pueden ser aplicados extrajudicialmente; ambos son una estimación anticipada de los daños y perjuicios, sirviendo también como medio de constreñimiento de la voluntad del deudor; el daño se presume, resultando inútil

10. MARTÍNEZ COCO, Elvira. *Ensayos de Derecho Civil*. Lima: Editorial San Marcos, 1997, p. 168.

*que el deudor pretenda acreditar la inexistencia de perjuicios*¹¹.

No obstante la diferencia conceptual de ambas figuras, *"en determinadas circunstancias cumplen funciones análogas"*¹².

Como se observó anteriormente, de un primer análisis de estos documentos, se puede apreciar que los centros educativos emplean indistinta; pero excluyentemente, los conceptos de cláusula penal y de intereses moratorios, partiendo del entendimiento que, cuando el padre de familia se encuentra en mora corresponde pagar dicha penalidad o interés moratorio (según sea el caso). En efecto, tanto la cláusula penal como el interés moratorio (no obstante las diferencias conceptuales) al cumplir las mismas finalidades, pueden ser usados de acuerdo a lo que el colegio decida.

Este empleo indistinto de ambos conceptos, implica que, no obstante se estipule una cláusula penal y ésta contenga en realidad un interés moratorio, el límite que se debe aplicar es el establecido en artículo 1243 del Código Civil. Ahora bien, ¿cuál podría ser el criterio diferenciador entre una cláusula penal y un interés moratorio? Una pauta de interpretación estaría dada si se establece una penalidad diaria (ejemplo: S/.0.50 diarios): si se observa con atención, no obstante el *nomen* de cláusula penal o penalidad, se impone un monto fraccionado en períodos de tiempo (independientemente que sea o no en porcentajes), elemento caracterizador de un interés moratorio; mientras que la cláusula penal es una liquidación anticipada única, en este caso, por la mora del deudor.

En la experiencia jurídica italiana, se observa que, en cuanto a la relación entre retardo y mora, se discute en doctrina si el retardo relevante a los efectos de la penalidad puede ser "simple" o debe ser "calificado", entendiéndose por retardo calificado aquel precedido por la constitución en mora¹³. En este orden de ideas *"según parte de la doctrina (Trimarchi 1954, 99), la penalidad por retardo da vida a una relación jurídica distinta de aquella de la obligación principal; la constitución en mora formulada para esta última, por lo tanto, no afecta la obligación penal que, si deriva de una cláusula estipulada para el retardo, surge directamente al verificarse esto"*¹⁴. En sentido contrario, *"la constitución en mora es necesaria, sólo para las prestaciones que se realizan en el domicilio del deudor; para las prestaciones que se realizan en el domicilio del acreedor, el artículo 1219, segundo párrafo, inciso 3 del Código Civil Italiano, establece que la constitución en mora no es necesaria; por otra parte, ha sido observado (Marini 1984, 111) que en este caso mora y retardo coinciden sustancialmente"*¹⁵.

El sistema jurídico nacional no acoge el modelo italiano. Autorizadamente se sostiene que, para que haya mora del deudor *"deberá existir un retardo en la ejecución de la prestación, en forma contraria a derecho y por una causa que le des imputable"*¹⁶. El artículo 1333 del Código Civil regula que:

"Incorre 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;

11. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. *Op. Cit.*, pp. 353-354.

12. *Ibid.*, p. 354.

13. MIGLIASSO, Davide. *La clausola penale*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 247.

14. *Loc. Cit.*

15. *Ibid.*, p. 248.

16. MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *La mora en el derecho peruano, argentino y comparado*. Trujillo: Tabla XIII Editores, 2006, p. 17.

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 la obligación.
4. Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor¹⁷.

En el caso del retardo del pago de la mensualidad del centro educativo, no podrían ser aplicables los incisos 1, 3 ni 4 del artículo 1333 del Código Civil (salvo que se acredite que se ha configurado el supuesto de hecho regulado en cada inciso). A propósito del inciso 2, se afirma que *"su fundamento radica en la interpretación de la voluntad de las partes, pues se considera que éstas han entendido que por fuerza de la naturaleza de la obligación, el pago en el momento oportuno era tan importante que su omisión debía llevar aparejada la responsabilidad del deudor. Por tal razón, se suele decir que hay, en este sentido, una estipulación tácita de mora automática, sin que en realidad exista, naturalmente"*¹⁷. Tal es el caso del plazo esencial, como el servicio de limosina que transporte a la novia a la iglesia a la hora de la boda. Sin embargo, se observa la coincidencia entre la situación de mora y de incumplimiento definitivo. Por ello: *"estimamos, para que el deudor se encuentre en mora y no en incumplimiento definitivo, que todavía debe estar presente el interés del acreedor en la ejecución de la obligación por el deudor. Por ejemplo, si un banco contrata un pintor de nota para la elabo-*

*ración de un óleo con el rostro del fundador de la institución, a ser colocado en el hall principal y develado el día de la inauguración de su nueva sede central, y el deudor incumple con entregarlo en fecha oportuna"*¹⁸; pero *"el banco sigue interesado en obtener el cuadro"*¹⁹. En mi opinión, el plazo de cumplimiento de las mensualidades en los centros educativos, no puede ser considerado como un plazo esencial, por cuanto se trata de un fraccionamiento en el pago por un servicio único: prestación de servicios educativos durante el año escolar, ciclo académico o periodo previamente establecido. El fraccionamiento mensual es una "unidad de tiempo" que las partes acordaron para delimitar el corte a efectos que el consumidor-padre de familia pague al centro educativo por el servicio prestado.

En atención a estas consideraciones, el retraso en el pago de la mensualidad, si es que no se ha pactado expresamente la mora automática, requiere de la constitución de mora para que genere tanto el interés moratorio, como para que proceda la aplicación de la cláusula penal. En efecto, de una interpretación sistemática del artículo 1342 del Código Civil (*"cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora"*), 1242 segundo párrafo (el interés *"es moratorio cuanto tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago"*), ambos se activan con la constitución en mora. En este orden de ideas, *"de acuerdo al Código Civil peruano, no basta el retardo en la ejecución de la prestación para que el deudor quede constituido en mora sino que, debe tratarse de un retardo imputable al deudor y además, se requiere la interpelación por el acreedor"*²⁰.

IV. CONCLUSIONES

- a. Los conceptos (recargos, penalidades o moras e intereses moratorios, según sea

17. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario siguiendo a LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. "Sistemas de constitución en mora." Comentario al artículo 1333 del Código Civil. En: *Código Civil Comentado*. Tomo VI. Derecho de las Obligaciones. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 1043.

18. *Ibid.*, p. 1045.

19. *Loc. Cit.*

20. BARCHI VELADCHAGA, Luciano. *Op. Cit.*, p. 108.

el caso) que han sido informados oportunamente y aceptados por el padre en la reunión de padres de familia o por comunicados y enviando notas en el cuaderno de control del alumno o cartas de aviso cuando hay retraso en los pagos, forman parte de las disposiciones delimitadas por el proveedor-centro educativo, a las cuales el consumidor-padre de familia se ha adherido. Ello, en aplicación del principio de la autonomía privada, tiene carácter vinculante.

- b. El hecho de entender el silencio del padre de familia-consumidor como una aceptación de los conceptos (recargos, penalidades o moras e intereses moratorios, según sea el caso) califica como un método comercial coercitivo.
- c. Del análisis de los casos planteados, se puede apreciar que los centros educativos emplean indistintamente los conceptos de cláusula penal y de intereses moratorios, partiendo del entendimiento que, cuando el padre de familia se encuentra en mora corresponde pagar dicha penalidad o interés moratorio (según sea el caso).
- d. Respecto del límite legal para establecer el monto o porcentaje máximo a ser cobrados por dichos conceptos, en materia de cláusula penal tenemos recogido el principio de mutabilidad parcial de la cláusula penal en el artículo 1346 del Código Civil, que regula que *"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"*.
- e. El artículo 2 de la Ley 29947, de Protección a la Economía Familiar sólo se aplica respecto

del pago de pensiones en Institutos, Escuelas Superiores, Universidades y Escuelas de Posgrado Públicos y Privados, del 27 de noviembre de 2012. Este dispositivo legal establece que *"La tasa de interés para las moras sobre pensiones no pagadas no podrá superar la tasa de interés interbancario dispuesta por el Banco Central de Reserva del Perú"*.

- f. En materia de intereses moratorios, al estar los colegios excluidos de la Ley 29947, resultan aplicables los límites establecidos por el artículo 1243 del Código Civil.
- g. Este empleo indistinto de ambos conceptos (advertido en el ítem c), implica que, no obstante se estipule una cláusula penal y ésta contenga en realidad un interés moratorio, el límite que se debe aplicar es el establecido en el artículo 1243 del Código Civil.
- h. ¿Cuál podría ser el criterio diferenciador entre una cláusula penal y un interés moratorio? Una pauta de interpretación estaría dada si se establece una penalidad diaria (ejemplo: 5/0.50 diarios): si se observa con atención, no obstante el *nomen* de cláusula penal o penalidad, se impone un monto fraccionado en períodos de tiempo (independientemente que sea o no en porcentajes), elemento caracterizador de un interés moratorio; mientras que la cláusula penal es una liquidación anticipada única, en este caso, por la mora del deudor.
- i. El retraso en el pago de la mensualidad, si es que no se ha pactado expresamente la mora automática, requiere de la constitución de mora para que genere tanto el interés moratorio, como para que proceda la aplicación de la cláusula penal.