

El “Mercader de Venecia” y las obligaciones con cláusula penal



ROGER VIDAL RAMOS

Abogado por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco.
Titulado en Segunda Especialización en Derecho Ambiental y Recursos Naturales por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Candidato a Doctor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil.



SUMARIO:

- I. El Mercader de Venecia.
- II. Consideraciones generales.
- III. Momento del Pacto de la Cláusula Penal.
- IV. Elementos de la Cláusula Penal.
 1. La declaración de Voluntad.
 2. La capacidad.
 3. Licitud, posibilidad física y jurídica.
 4. Formalidad.
- V. Ejecución de la Cláusula Penal.
- VI. Reducción de la Cláusula Penal.
- VII. Conclusiones.

I. EL MERCADER DE VENECIA

El análisis jurídico de la obra tiene su inicio en el momento que un mercader judío, Shylock, efectúa las primeras negociaciones con la finalidad de otorgar un préstamo de dinero a favor de Bassanio, bajo la condición y penalidad de pagar con su carne el incumplimiento de la devolución del préstamo.

Shylock, considera que Bassanio no presentaba mayores señales de riqueza que le brinde garantía del fiel cumplimiento del préstamo o contrato de mutuo; en consecuencia, Antonio se constituye en fiador de Bassanio, a fin de garantizar el cabal cumplimiento de la obligación de dar suma de dinero.

El plazo pactado para la devolución de los 3,000 ducados fue fijado por el espacio de tres meses, lapso de tiempo en el que los barcos de Antonio debían llegar con sus mercancías a Venecia y así poder cancelar la obligación, con lo que la cláusula penal no sería ejecutada nunca.

Para formalizar el crédito, las partes contratantes suscriben un contrato ante notario, estipulando que, de no devolver la suma prestada en la fecha y lugar convenido, el acreedor (Shylock) podrá tomar una libra de la carne del deudor (Bassanio).

Vencido el plazo fijado en el contrato, Bassanio no cumple con honrar la obligación, en vista de que los barcos con las mercancías de su propiedad no han llegado a buen puerto, estando, en consecuencia, imposibilitado de pagar la deuda, por lo que Shylock exige la ejecución de la cláusula penal a su favor por incumplimiento del deudor. Es en este momento que se desarrolla la parte cumbre de la obra respecto a la exigibilidad de la ejecución de la penalidad y su razonabilidad. Son, pues, materia de intensos debates de índole moral y jurídico sobre el "mercader judío" ante un tribunal de justicia de Venecia,

en los que el deudor invoca su reducción y la imposibilidad del cumplimiento de la cláusula penal y el acreedor expresa enérgicamente el cumplimiento de la prestación debida y, en consecuencia, la ejecución de la cláusula penal según lo pactado en el contrato de mutuo.

En algunos puntos del presente trabajo estaremos analizando nuestros aportes con algunos extractos resaltantes sobre la penalidad y su ejecución, extraídos de la obra el Mercader de Venecia.

II. CONSIDERACIONES GENERALES

Una de las instituciones del Derecho de las Obligaciones que siempre merece un debate inagotable dentro de los claustros universitarios y en el desarrollo de la práctica legal, se encuentra representada por las denominadas obligaciones con "cláusula penal", la cual siempre se pacta en estricta aplicación del principio contractual de la autonomía privada de las partes, acuerdo que puede ser convenido dentro de un contrato o como un pacto accesorio.

Nacida en el primitivo Derecho Romano con una finalidad conminatoria, impuesta en aquel Derecho por la especial estructura del sistema obligacional del mismo, que no acordaba la protección y el resguardo de la coacción pública, poco a poco, hacia el concepto de reparación, viendo sustituir así su primitiva naturaleza penal por otro de carácter más bien indemnizatorio¹.

Primitivamente, los romanos consideraban un delincuente al deudor que no ejecutaba su promesa: la *stipulatio poenae* tenía, entonces, por finalidad obtener más que la reparación del perjuicio provocado por el incumplimiento de la obligación, la represión del delito que cometía el deudor al no cumplirla².

En el Derecho moderno la cláusula penal no encierra esa idea de delito sino que, aparte de

1. PEIRANO FACIO, Jorge. *La cláusula penal*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Montevideo, 1947, p. 147.
 2. DÍAZ, Guillermo. *La inmutabilidad de la cláusula penal*. Buenos Aires: Librería El Ateneo, 1936, p. 20.

ser un medio que conduce al cumplimiento de la obligación, su mayor importancia consiste en fijar el monto de los daños y perjuicios, eventualmente, para producirse eximiendo la prueba de los mismos, pues la exigencia de ellos es igualmente viable aunque la cláusula no exista.

Esta facultad es otorgada por el ordenamiento jurídico, la cual se encuentra prescrita en el Código Civil peruano entre los artículos 1341 al 1350, y por estricta aplicación del principio de autonomía privada en forma voluntaria, las partes de una relación contractual pueden establecer diversas cláusulas –entre ellas– la cláusula penal.

Según Osterling y Castillo, la cláusula penal es la estipulación en un contrato que se refiere a la pena o penalidad convenida para el caso de incumplimiento. Es obvio, por lo demás, que toda vez que las partes pacten una penalidad, lo harán a través de una cláusula en la que se refieran a ella, independientemente de si dicha cláusula sólo alude a tal penalidad o si incluye, además, disposiciones de otra naturaleza³.

Por otra parte, al tener la cláusula penal carácter accesorio (pues no podría existir sin una obligación cuyo cumplimiento resguarde o garantice), hablar de "obligación con cláusula penal" no resulta errado, en la medida en que se estará haciendo referencia a aquellas relaciones obligatorias que incluyen una penalidad convenida por las partes⁴.

¿Para qué pactar una cláusula penal? Desde el punto de vista del acreedor, en primer lugar, para desincentivar el incumplimiento del deudor. En segundo lugar, para evitar un largo y sinuoso

camino de un futuro proceso judicial por daños y perjuicios con la consiguiente cuantía, podemos asumir que es un mecanismo para proteger al acreedor frente al eventual incumplimiento⁵.

Algunos acreedores de buena fe pactan cláusulas penales con la intención de nunca ejecutarlas. Simplemente, las estipulan como un mecanismo de disuasión, para evitar que el deudor incurra en alguna situación de incumplimiento⁶.

Pero, la cláusula penal también puede dar lugar a situaciones de abuso por parte del acreedor. Existen otros acreedores de no tan buena fe, que las pactan con toda la intención de ejercitar abusivamente su derecho frente al deudor⁷.

La cláusula penal cumple esencialmente dos finalidades; así, por un lado, se indica que la cláusula penal sirve a efectos de simplificar la determinación de la indemnización que podría generarse a raíz del incumplimiento y, por otro, se afirma que la cláusula penal cumple una función coercitiva de garantía, esto es, que el deudor final, de no recibir esta sanción privada, hará todo lo posible por eludirla⁸.

Muchas veces la probanza de la cuantía de los daños y perjuicios no es labor sencilla. No obstante que, en principio, esas dificultades son solucionadas con la posibilidad que otorga la ley de que el juez realice una valoración equitativa de los daños, esa no es la única solución que brinda el Derecho⁹.

No cabe la mayor duda de que el tema central del debate de la "cláusula penal" se presenta en el momento en que se le confiera al juzgador o

3. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra Editores, 2008, p. 937.

4. *Loc. Cit.*

5. ABANTO TORRES, Jaime. "Problemas procesales en torno a la reducción de la cláusula penal: cuando la doctrina y el legislador desconfían del Juez". En: *Jus Doctrina & Práctica*. Lima: Grijley, junio 2007, p. 212.

6. *Loc. Cit.*

7. *Loc. Cit.*

8. OSTERLING PARODI, Felipe. *Las Obligaciones*. Octava Edición. Lima: Grijley, 2007, p. 262 y ss.

9. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. Cit.* p. 937.

algún tribunal arbitral, a solicitud del deudor, la posibilidad de que pueda reducir la penalidad, por existir términos desproporcionales, antijurídicos, abusivos o excesivos.

III. MOMENTO DEL PACTO DE LA CLÁUSULA PENAL

Es fundamental resaltar que la Teoría General del Contrato y el Código Civil Peruano establecen que existen tres etapas de la relación contractual: (i) la negociación; (ii) la celebración; y (iii) la ejecución, tres etapas que necesariamente tienen que estar inspiradas en sus diferentes momentos, en aplicación del principio de la buena fe contractual.

A criterio de de Trazegnies, la buena fe clásica significó siempre un cierto nivel de transparencia en la comunicación entre las partes y también – como consecuencia de ello – un estado de relativa inocencia. Esto quiere decir, ante todo, que las partes que negocian un contrato no mientan – esto es, que cada una crea verdaderamente lo que le dice a la otra –, y que cada una ofrezca a la otra un mínimo razonable de información para estar en aptitud de tomar una decisión sobre el asunto adecuada a sus intereses¹⁰.

Con relación a la oportunidad para pactar la cláusula penal, la mayoría de los autores sostiene que la cláusula penal se puede estipular al tiempo de constituirse la obligación principal o posteriormente, pero siempre antes de la inexecución de la misma. Sin embargo, en este último supuesto se exige desde luego que medie la conformidad del deudor¹¹.

Consideramos que las obligaciones con cláusula penal necesariamente deberán ser pactadas

en el momento de la negociación del contrato, siendo éste el momento donde el acreedor, en uso de sus facultades de sujeto activo de la relación obligacional, deberá poner en conocimiento del deudor su necesidad de incorporar una cláusula penal que complementa y protege el cumplimiento idóneo de la prestación debida.

Es fundamental determinar en la etapa de la negociación, por parte de deudor, el real alcance jurídico y económico de la propuesta de la cláusula penal, por cuanto es quien deberá determinar la real posibilidad de cumplir con lo pactado en las denominadas “penalidades”; y, siendo que el acreedor, deberá solicitar una cláusula penal que se encuentre dentro de lo razonable, siendo este criterio de razonabilidad entendido desde la proporcionalidad del monto dinerario de la penalidad o si la conducta solicitada al deudor podría ser cumplida, tanto física como jurídicamente.

Pues, una cláusula penal negociada sobre aspectos jurídicos y económicos reales y posibles de ejecutarse permitirán que tanto el acreedor y el deudor, pacten una penalidad posible de ser ejecutada y cumplida, sin que el deudor tenga la posibilidad o mayores argumentos de acudir a solicitar la reducción de la cláusula penal ante un juzgado o un tribunal arbitral.

No cabe duda de que el momento de la negociación o pacto de la cláusula penal, sería el momento pertinente en el que el deudor pueda conocer y razonar el real alcance de la posibilidad física y jurídica del cumplimiento de la penalidad convenida, y a la vez, en el que el acreedor pueda determinar si el deudor podrá cumplir la penalidad. Para un mejor análisis recordemos los momentos del pacto

10. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “El contrato en general”. En: Themis N° 49, Lima, 2004, p. 49.

11. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. Cit., p. 950. Sobre este punto la legislación nacional sigue la misma línea de pensamiento, tal cual se aprecia en el numeral 1344 del Código Civil:

“Artículo 1344.- La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior». Señala el artículo 1344 del Código Civil peruano, que la cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior. Pero, aunque el Código no lo dice, es evidente que ella no puede ser concertada después del incumplimiento”.

del contrato de mutuo, fianza y penalidad entre Shylock y Bassanio:

Shylock. - *¿Tres mil ducados?... Bien.*

Bassanio. - *Sí, señor; por tres meses...*

Shylock. - *¿Por tres meses?... Bien.*

Bassanio. - *Para cuya suma, según os he dicho, Antonio saldrá fiador.*

Shylock. - *¿Antonio saldrá?... Bien.*

Bassanio. - *¿Podéis servirme? ¿Queréis complacerme? ¿Conoceré vuestra respuesta?*

Shylock. - *¿Tres mil ducados por tres meses y Antonio como fiador?*

Bassanio. - *Vuestra respuesta.*

Shylock. - *Antonio es bueno.*

Bassanio. - *¿Habéis oído alguna imputación en contrario?*

Shylock. - *¡Oh!, no, no, no, no. Mi intención al decir que es bueno es haceros comprender que lo tengo por solvente. Sin embargo, sus recursos son hipotéticos; tiene un galeón con destino a Trípoli; otro en ruta para las Indias; he sabido; además, en el Rialto 1 que tiene un tercero en Méjico y un cuarto camino de Inglaterra. Posee alguno más, esparcidos aquí y allá. Pero los barcos no están hechos más que de tablas; los marineros no son sino hombres; hay ratas de tierra y ratas de agua; ladrones de tierra y ladrones de agua; quiero decir piratas. Además, existe el peligro de las olas, de los vientos y de los arrecifes. No obstante, el hombre es solvente. Tres mil ducados. Pienso que puedo aceptar su pagaré.*

Shylock. - *Pues quiero probaros esta generosidad. Venid conmigo a casa de un notario, me firmaréis allí simplemente vuestro pagaré, y a manera de broma será estipulado que, si no pagáis tal día, en tal lugar, la suma o sumas convenidas, la penalidad en una libra exacta de vuestra hermosa carne, que podrá ser escogida y cortada de no importa qué parte de vuestro cuerpo que me plazca.*

No deja de ser cierto que la cláusula penal podría tener un carácter accesorio, lo común es que ella

nazca en forma concomitante con la convención principal a la cual accede. Sin embargo, no existe inconveniente en que la preceda, porque del mismo modo que la fianza, puede garantizarse el cumplimiento de una obligación futura, tampoco existe impedimento legal en que se estipule que el pacto de la cláusula penal pueda ser realizada con posterioridad.

Así, también conviene insistir en que el pacto de la cláusula penal concertado con posterioridad al momento de la celebración del contrato, sólo se podrá estipular cuando no haya habido incumplimiento y cuando falten prestaciones por ejecutar a cargo del deudor, ya que de lo contrario, aparte de desnaturalizar la figura bajo tratamiento, ello carecería de sentido. No hay duda de que después del incumplimiento, las partes pueden fijar el monto de la indemnización de daños y perjuicios, pero este acuerdo no revestiría las características de una cláusula penal, pues él podría constituir una transacción, en caso de que se ponga fin a un asunto dudoso o litigioso mediante las concesiones recíprocas de pretensiones o, simplemente, un reconocimiento de derechos, si el deudor acepta pagar íntegramente los daños y perjuicios reclamados por el acreedor¹².

Pues según afirma Aída Kemelmajer¹³, la solución es expresa en algunos ordenamientos extranjeros. Por ejemplo, el artículo 916 del Código de Brasil dispone: *"la cláusula penal puede ser estipulada juntamente con la obligación o en un acto posterior"*. Con expresiones similares de la misma solución el artículo 1123 del Código Civil Peruano y el artículo 532 del Proyecto de Código de Derecho Privado para Colombia de 1980. Algunos autores, como se ha dicho, utilizan distintas terminologías según el momento en que se pacte, reservando la palabra "cláusula" para aquélla que se establece en el acto constitutivo de la principal y "pena" para la que se fija con posterioridad. Sin embargo, es menester destacar dos aspectos fundamentales:

12. *Ibid.*, p. 951.

13. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *La cláusula penal*. Buenos Aires, 1981, pp. 18-20.

Si bien es admisible la estipulación posterior, es menester que ello ocurra antes de llegado el incumplimiento; es evidente que el pacto posterior a la producción del daño no puede ser una cláusula penal en tanto y en cuanto no cumple ni función compulsiva, ni tampoco es una liquidación previa o anticipada. Si el incumplimiento ya se produjo, la estipulación será o una transacción (si se tratara de derechos litigiosos o dudosos y las partes hicieran concesiones recíprocas) o simplemente un pacto de fijación de daños y perjuicios ya producidos. La distinción es importante: si los convenios son posteriores al incumplimiento, el régimen de rescindibilidad, anulación o reducción a aplicar no es el típico de la cláusula penal (artículo 656) sino el de las transacciones (artículos 857 y ss.) o el de los actos jurídicos en general cuando no se reúnen los requisitos de la transacción (artículos 1037 y ss.).

En efecto, estos convenios carecen de finalidad compulsoria, son meros acuerdos de voluntades sobre determinación de daños ya producidos; no existe razón alguna para presumir que una de las partes pueda haber aprovechado la inexperiencia, ligereza o necesidad de la otra.

Por las razones expuestas, nos adherimos plenamente al criterio de la Corte de la Provincia de Mendoza cuando resolvió:

"El artículo 656, 2.ª parte, del Código Civil no tiene por supuesto una indemnización por daños estipulada ex post facto, luego de un proceso judicial, sino la pactada con anterioridad al incumplimiento".

Que pactándose en un acto posterior, es menester analizar la voluntad de las partes a fin de establecer si se ha producido o no una novación de la principal; la cuestión es sumamente importante, porque si las partes se han limitado a imponer una pena para el caso de no cumplirse con la principal, subsistirán todas las fianzas, hipotecas, privilegios, prendas, etc., que garantizan la primera. En cambio, si se estipula

que el incumplimiento sólo hará exigible la pena objeto de la nueva convención, al parecer existe una novación, y por ende, salvo pacto en expreso, se han extinguido todas las garantías que accedían a la primera (artículos 803, 2047 y ss. del Código Civil)¹⁴.

IV. ELEMENTOS DE LA CLÁUSULA PENAL

Considerando que la cláusula penal, en efecto, deviene en un acto jurídico, es necesario considerar que se requiere la presencia de los elementos estructurales de la conformación del acto jurídico, siendo éstos los siguientes:

4.1. La declaración de voluntad.

La voluntad del pacto de la penalidad entre acreedor y deudor es un elemento primordial, siendo, pues, esta voluntad la que permite en forma expresa la "creación" del pacto de cláusula penal, y mediante el cual, acreedor y deudor buscan asegurar el cumplimiento de una obligación preexistente, o en vistas a liquidar por anticipado los daños y perjuicios que pueden resultar de su incumplimiento.

Es fundamental establecer que la voluntad sobre el pacto de la penalidad es determinada por el pleno conocimiento por parte del acreedor de que la "penalidad" cumplirá con la posibilidad física y jurídica de ejecutarse, y por parte de deudor, de que en virtud de su voluntad se somete a las diversas consecuencias que se generarían por la ejecución de la penalidad.

Se debe resaltar que en este momento es en el que el deudor debe efectuar una valoración económica y jurídica de la posibilidad de cumplir con la penalidad, según su libertad, discernimiento y elección. Es, pues, en el que elige la aceptación de la penalidad propuesta por el acreedor.

Es necesario recurrir al Mercader de Venecia, para establecer que desde un inicio Shylock pacta una cláusula penal jurídica o físicamente

14. *Ibid.*, pp. 18-20.

imposible de cumplirse: "tomar una libra de la carne del deudor". En este supuesto Bassanio, con pleno conocimiento y discernimiento, acepta voluntariamente la penalidad convenida; no cabe razón para establecer que la aceptación voluntaria, libre y espontánea de la penalidad es la que obliga al cumplimiento de la penalidad por parte del deudor, por cuanto Bassanio tuvo, pues, la oportunidad de oponerse o aceptar la penalidad propuesta o convenida.

Y respecto al acreedor, Shylock debió haber previsto que ante un pedido de ejecución de la penalidad, ésta podría ser cuestionada ante los tribunales de Venecia, y considerar que el objeto de la cláusula penal tendría una imposibilidad física y jurídica en su ejecución; en algunas oportunidades el acreedor puede hacer un uso maléfico de su condición o ventaja de la relación jurídica frente al deudor.

4.2. La capacidad.

El Código Civil ha establecido en forma clara las condiciones y requisitos de la capacidad de goce y ejercicio que deberán ejercer una persona jurídica o natural, a efectos de poder suscribir cualquier acto jurídico permitido por ordenamiento jurídico.

Siendo aún más importante considerar que la capacidad del deudor y acreedor en estricta aplicación de su libertad y discernimiento, permiten pactar la cláusula penal que pueda razonablemente ejecutarse y con pleno conocimiento de las consecuencias económicas y judiciales que podría devenir su ejecución o la posibilidad de su reducción.

Peirano afirma que la doctrina se encuentra dividida, existiendo una aguda polémica: por un lado, se mantiene la tesis de que la cláusula penal puede ser establecida sólo por las partes que tienen la posibilidad jurídica de pactar contratos y con la finalidad de reforzar las obligaciones emergentes de ellos u otras diversas

obligaciones de carácter reglamentario o legal; sino que, incluso procede que se estipulen verdaderas cláusulas penales en ocasión de la celebración de actos jurídicos de carácter unilateral; notablemente, por la sola voluntad del testador con motivo de establecer en el testamento alguna carga sobre sus herederos, o por el juez, al imponer a los particulares alguna prestación especial, la cual podría reforzar, precisamente, mediante una pena; o, todavía, por la voluntad de la propia ley¹⁵.

Las obligaciones con cláusulas penales según se encuentran reguladas en el Código Civil Peruano, se encuentran establecidas únicamente por los sujetos de derecho del orden civil, y sólo mediante un pacto expreso entre esos mismos sujetos, es decir, mediante un contrato que surta entre ellos efectos obligatorios, dejándose sin razón jurídica las cláusulas penales que surjan del ejercicio de la autonomía privada.

Es importante resaltar que, el pacto de una cláusula penal bien podría surgir de una exigencia y garantía adicional que requiere el acreedor, y que el deudor debe otorgar en señal del fiel cumplimiento de su obligación. A la vez, es importante señalar que ningún deudor se encuentra en la obligación forzada de aceptar una cláusula penal desproporcionada o, evidentemente, perjudicial a sus derechos patrimoniales. La cláusula penal no puede tener su origen, sino en un contrato o debe ser establecida por ley; y esta tesis es la única sostenible en nuestro sistema legal.

4.3. Licitud, posibilidad física y jurídica.

El principio de licitud exige que cualquier penalidad pactada contractualmente deba ser permitida por el ordenamiento jurídico y que no vulnere derechos civiles fundamentales.

La licitud permite que acreedor y deudor mantengan una conducta civil lícita respecto a las obligaciones con cláusula penal.

15. PEIRANO FACIO, Jorge. *La cláusula penal*. Montevideo, 1947, pp. 223 y 224.

En el Mercader de Venecia la licitud del objeto de la penalidad que ejerce Shylock sobre el deudor Bassanio, "pagar con su carne el incumplimiento de la devolución del préstamo", a toda luz representa un acto civil ilícito, por la vulneración del derecho fundamental a la vida, tal como se afirma en los alegatos frente al tribunal de justicia de Venecia; no estaba permitido atentar contra la vida de un ciudadano veneciano.

"Porcia.- Aguarda, judío; la ley tiene todavía otra cuenta contigo. Está establecido por las leyes de Venecia que si se prueba que un extranjero, por medios directos o indirectos, ha buscado atentar contra la vida de un ciudadano, una mitad de sus bienes pertenecerá a la persona contra la cual ha conspirado, y la otra mitad al arca reservada del Estado, y que la vida del ofensor dependerá enteramente de la misericordia de dux, que podrá hacer prevalecer su voluntad contra todo fallo. He aquí, a mi juicio, el caso en que te encuentras, porque es evidente, por tus actos manifiestos, que has conspirado directa y también indirectamente contra la vida misma del demandado, e incurrido, por tanto, en la pena precedentemente enunciada por mí. Arrodlillate, pues, e implora la clemencia dux".

Es fundamental determinar que el objeto de la cláusula penal indiscutiblemente deberá tener una real posibilidad física y jurídica de poder ejecutarse, lo cual concuerda perfectamente con lo dispuesto por la teoría general del acto jurídico y las causales de nulidad.

Necesariamente, desde el inicio de las negociaciones de la relación contractual no se debe dejar de establecer la posibilidad física y jurídica de la generación y cumplimiento de la penalidad, sin duda devendrá en una controversia o discusión sobre si es exigible al deudor cumplir con la ejecución de la penalidad establecida. Claro ejemplo de esto lo podemos citar en:

"Porcia.- La demanda que hacéis es de naturaleza extraña, y, sin embargo, de tal manera legal, que la ley veneciana no puede impedirnos perseguirla (A ANTONIO). Caéis bajo su acción, ¿no es verdad?"

Porcia.- Si persistes en ella, este rígido tribunal de Venecia, fiel a la ley, deberá pronunciar sentencia contra el mercader aquí presente.

Shylock.- ¡Qué mis acciones caigan sobre mi cabeza! Exijo la ley, la ejecución de la cláusula penal y lo convenido con mi documento.

Porcia.- En efecto, el objeto de la ley y el fin que persigue están estrechamente en relación con la penalidad que este documento muestra que se puede reclamar.

Shylock.- Es muy verdad, ¡oh, juez sabio e íntegro! ¡Cuanto más viejo eres de lo que indica tu semblante!

Porcia.- Te pertenece una libra de carne de este mercader: la ley te la da y el tribunal te la adjudica.

Shylock.- ¡Rectísimo juez!

Porcia.- Y podéis cortar esa carne de su pecho. La ley lo permite y el tribunal os lo autoriza.

Shylock.- ¡Doctísimo juez! ¡He ahí una sentencia! ¡Vamos, preparaos!

Porcia.- Detente un instante; hay todavía alguna otra cosa que decir. Este pagaré no te concede una gota de sangre. Las palabras formales en éstas: una libra de carne. Toma, pues, lo que te concede el documento; toma una libra de carne. Pero, si al cortarla te ocurre verter una gota de sangre cristiana, tus tierras y tus bienes, según leyes de Venecia, serán confiscados en beneficio del Estado de Venecia".

La posibilidad jurídica necesariamente corresponderá a concebirse en el sentido de que la penalidad o las penalidades deberán ser lícitas y permitidas por el ordenamiento jurídico, siendo necesario recordar la aplicación y observancia de la Teoría del Abuso de Derecho (artículo II del Título Preliminar del Código Civil) o la denominada nulidad virtual (artículo V del Título Preliminar del Código Civil).

Las obligaciones con cláusula penal deberán ser establecidas dentro de los alcances jurídicos permitidos y aceptados por el Código Civil y normas conexas.

En nuestra breve experiencia profesional frente a la asesoría legal de una empresa de intermediación laboral, nos encomendaron la renegociación de un contrato de locación de servicios de

intermediación, suscrito entre nuestro cliente con una reconocida empresa de distribución de combustibles –grifos–. El tema controvertido en la negociación del contrato fue la cláusula penal que imponía el cliente, a través de la cual solicitaba el pago de una penalidad diaria de US\$1,000.00, en caso de presentarse alguna demora o incumplimiento del servicio de intermediación.

Luego de reiteradas reuniones, invocamos que esta penalidad quedaría desvirtuada, y estaríamos frente a una imposibilidad jurídica, por cuanto el contrato de intermediación representa un contrato civil con una connotación laboral por ser un mecanismo de contratación laboral indirecta, mediante el cual la empresa intermediadora asigna trabajadores u operarios que laboren para la empresa usuaria. Es decir, la empresa intermediadora asume las funciones de empleador y el pago de los derechos laborales frente a los operarios asignados a la empresa usuaria.

Una de las principales características comerciales de la intermediación laboral es que la empresa usuaria conoce y aprueba la estructura de costos para que se ordene el monto final de facturación a favor de la empresa intermediadora.

En efecto, la empresa intermediadora sólo genera una utilidad neta entre el 5% y el 10% de la estructura de costos enviada a la empresa usuaria, pues, al aceptar una penalidad elevada por el monto de US\$1,000.00 diarios, se estaría dejando expuesta a la empresa a una posible contingencia laboral, en vista de que el 90% de la facturación mensual que representa la contraprestación a favor de la empresa intermediadora representa el pago de los derechos laborales (remuneración, asignación laboral, EsSalud, horas extras, etc.) de los operarios que prestan servicios en la empresa usuaria.

En tal sentido, estaríamos frente a una imposibilidad jurídica de la penalidad, por vulnerar los derechos laborales y generar impagos laborales producto del cumplimiento de la penalidad, dejando latente la posibilidad de que el deudor pueda acudir a los fueros judiciales a solicitar la reducción de la cláusula penal por ser jurídicamente imposible y por tener connotaciones laborales.

Finalmente, luego de las negociaciones se arribó a una solución de mutuo consenso, y reflexionado respecto al monto de la penalidad, se pactó (vía adenda) que la cláusula penal sería fijada por el monto de US\$ 100.00 diarios, lo cual sí fue razonable y permitido por su posibilidad jurídica.

4.4. Formalidad de la penalidad.

La cláusula penal como acto jurídico necesariamente deberá ser efectuado por escrito bajo sanción de nulidad, siendo éste un requisito *ad solemnitatem*.

El artículo 1344 del Código Civil establece que la cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior, lo cual permite, en libertad de los contratantes, poder incorporar la penalidad como parte del contrato o, en forma posterior, pactar la incorporación de la penalidad al contrato.

Es importante conocer los alcances del artículo 1345 del Código Civil sobre la condición de carácter accesorio de la cláusula penal. La acotada norma establece que la nulidad de la cláusula penal no origina la nulidad de la obligación principal, el legislador en forma acertada otorga la conservación e independencia del contrato principal respecto a una posible nulidad de la cláusula penal, por incurrir en las causales señaladas en los artículos 140, inciso 4 sobre observancia de la forma prescrita y el artículo 219, inciso 6 del Código Civil.

“Shylock.- Pues quiero probaros esta generosidad. Venid conmigo a casa de un notario, me firmaréis allí simplemente vuestro pagaré, y a manera de broma será estipulado que, si no pagáis tal día, en tal lugar, la suma o sumas convenidas, la penalidad consistirá en una libra exacta de vuestra hermosa carne, que podrá ser escogida y cortada de no importa qué parte de vuestro cuerpo que me plazca”.

V. EJECUCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

Consideramos fundamental afirmar que el momento cumbre de las obligaciones con cláusula penal, se encuentra representada por la posible

ejecución de la penalidad convenida entre acreedor y deudor.

Será este el momento en que el deudor con pleno conocimiento de la penalidad pactada ejecute a favor del deudor la penalidad exigida por el acreedor, pues ¿realmente todo deudor cumplirá estrictamente la ejecución de la penalidad? o ¿el acreedor podrá ejecutar una penalidad desproporcionada?

A criterio de Cieza¹⁶ la cláusula penal se debe aplicar desde el mismo momento en que el incumplimiento en ella regulado se verifique. Es decir, desde el momento del incumplimiento de la prestación debida.

Chang Hernández¹⁷ afirma que para que se ordene la reducción del monto fijado por cláusula penal, no sólo basta que lo solicite el deudor, sino que, además, esta resulte manifiestamente excesiva, y que esta desproporción provenga de cierta posición de dominio de una de ellas o que haya sido generada por una inequidad de las partes que haya contribuido a la injusticia que se pretende corregir.

Es decir, con el propósito de evitar que esta posibilidad otorgada al deudor llegue a generar una situación de ejercicio abusivo del derecho por parte del deudor y una desprotección del acreedor –que debe recibir el mismo trato legal que el deudor dentro del marco de un contrato paritario–. De igual manera, lo que se pretende es evitar la inaplicación e ineficiencia de una institución creada para surtir efectos, como lo es la cláusula penal¹⁸.

En efecto todo acreedor invoca con fervor la ejecución de la penalidad convenida con el deudor, siendo éste el momento cumbre don-

de Shylock exige la ejecución de la penalidad pactada con Bassanio:

“Shylock. - He informado a vuestra gracia de mis intenciones, y he jurado por nuestro Sábado Santo obtener la ejecución de la cláusula penal de mi contrato; si me la negáis, que el daño que resulte de ello recaiga sobre la constitución y las libertades de vuestra ciudad. Me preguntaréis por qué quiero mejor tomar una libra de carroña que recibir tres mil ducados. A esto no responderé de otra manera más que diciendo que tal es mi carácter. La respuesta ¿os parece buena? Si una rata perturba mi casa y me place dar diez mil ducados para desembarazarme de ella, ¿qué se puede alegar en contra?

Antonio. - Pensad, os ruego, que estáis razonando con el juicio, tanto valdría iros a la playa y ordenar a la marea que no se suba a su altura habitual; podéis también preguntar al lobo por qué obliga a la oveja a bailar en reclamo de su cordero; podéis asimismo prohibir a los pinos de las montañas que balanceen sus altas copas cuando son agitadas por los ventarrones celestes; podéis igualmente llevar a cabo la empresa más dura de ejecución antes de probar el consiguiente, os ruego, no hagáis nuevos ofrecimientos, no busquéis nuevos medios, sino sin más tardar y sin más epilogar haced lo que debéis hacer necesariamente: pronunciad mi sentencia y concedes al judío la pretensión que desea.

Bassanio. - Por tus tres mil ducados, aquí tienes seis mil.

Shylock. - Aun cuando cada uno de estos seis mil ducados estuviese dividido en seis partes y cada una de esas partes fuese un ducado, no los recibiría, querría la ejecución de mi pagaré”.

VI. REDUCCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

16. CIEZA MORA, Jairo. “Los contratos coligados, la cláusula penal y el argumento contra preferentem a raíz de un caso judicializado”. En: **ADVOCATUS** N° 28, Lima, 2014, p.237.

17. CHANG HERNÁNDEZ, Guillermo. “La revisión judicial de los contratos: una opinión en torno a la lesión y a la reducción de la cláusula penal”. En: *Libro de Ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil, 2012, pp. 185 y 186.

18. *Loc. Cit.*

El artículo 1346¹⁹ del Código Civil establece dos supuestos que permiten efectuar la reducción de la cláusula penal: en el momento en que la penalidad se manifieste excesiva, respecto a su representación patrimonial; y el segundo supuesto, cuando la obligación principal es cumplida en forma parcial o irregularmente efectuada.

Aquel deudor que pretenda plantear una acción de reducción de la cláusula penal, necesariamente tendrá que expresar con medios probatorios idóneos la excesiva o descomunal de la penalidad, que deberá de ser expresada con un peritaje técnico que demuestre que la penalidad se torna excesiva y que perjudica los derechos del deudor por parte del acreedor.

El segundo supuesto de que la obligación fuera cumplida en forma parcial o irregularmente cumplida, deberá también transcurrir por un aspecto probatorio para que el juzgador pueda verificar la existencia del supuesto acotado.

Palacio Pimentel, considera que *"esta facultad acordada por el juez de reducir la pena viene a constituir un freno, una restricción a la exagerada libertad de las partes, más propiamente hablando, muchas veces a la presión de una de las partes, es como afirma Castañeda, una prevención contra la usura"*²⁰.

Siguiendo a Palacio Pimentel, señala que el juez debe apreciar si la ejecución parcial ha sido útil o inútil al acreedor y *"el juez deberá tomar en cuenta para cualquiera de ambos supuestos la gravedad de falta, el interés del acreedor, y hasta qué punto sus intereses han sido lesionados con la inejecución total o parcial; luego la situación*

*económica de las partes; la intención del deudor, así como una solvencia moral, el juez no debe pasar por alto si la pena ha de ser racionalmente proporcionada al daño sufrido por el acreedor y a los intereses en juego: se debe evitar que se ampare el abuso, el predominio económico con una cláusula leonina"*²¹.

Los profesores Osterling y Castillo²², respecto a la reducción de la cláusula penal expresan las siguientes explicaciones:

El aumento o disminución de la indemnización convencional prevista por el acreedor y por el deudor, a solicitud de cualquiera de ellos, a pesar de los diversos fundamentos que se han señalado a su favor *"con referencia a la moral y a las buenas costumbres, al enriquecimiento sin causa, al abuso del derecho, a la necesidad de moralizar el derecho y reprimir el negocio usurario, etc."*²³, parece conspirar contra la seguridad contractual que se buscaba.

Si la cláusula penal se estipula con el fin de evitar el debate sobre la existencia de los perjuicios y su cuantía, conceder a los jueces la facultad de modificarla significa, en numerosos casos, abrir la controversia sobre la existencia de tales perjuicios y sobre su monto.

Vemos, entonces, que se sustituye el pacto libremente concertado por las partes –con la misma libertad con la que concertaron la obligación cuyo cumplimiento se trató de asegurar con una cláusula penal–, por un juicio complejo y costoso en que se objeta ese pacto, pues si la pena debe ser razonablemente proporcional al daño sufrido por el acreedor, a la gravedad de la falta, a los intereses en juego y a la propia situación de

19. "Artículo 1346.- 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".

20. Citado por ABANTO TORRES, Jaime. Op. Cit., p. 213.

21. Loc. Cit.

22. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. Cit., pp. 961 y 962.

23. CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Tomo I. La Plata: Editorial Platense, 1986, p. 245.

las partes, es inevitable que se discuta y pruebe la existencia de los perjuicios y su cuantía.

Los jueces tienen la obligación de pronunciarse según las pruebas que aporten las partes. En ausencia de ellas, mal podría un juez aumentar o reducir la indemnización fijada contractualmente cuando el deudor se obligó a entregar costosas máquinas industriales (obligación de dar) y no cumplió el contrato; cuando el deudor se obligó a construir una fábrica (obligación de hacer) e incumplió la obligación; o, cuando el deudor se obligó a no revelar un secreto (obligación de no hacer) y violó esta obligación.

¿Podría un juez, en estos casos, decidir si la indemnización es excesiva o insuficiente tan sólo con criterio de conciencia y sin que se actuaran las pruebas de la existencia o inexistencia de los perjuicios, o de su cuantía? ¿O sería necesario, para que el juez modificara la pena, que se demostrara indubitadamente que el acreedor sufrió perjuicios superiores o inferiores a los pactados? Parece claro que es esta última solución la que debe prevalecer.

Hay que reconocer que en algunos casos la simple apreciación judicial, sin necesidad de pruebas, puede conducir al juez, que actúe con criterio de conciencia, a la convicción de que la pena pactada es excesiva o insuficiente. Pero, también hay que recordar que en numerosas ocasiones, las complejas relaciones contractuales, la fisonomía propia de los convenios cuyo cumplimiento se trató de asegurar con una cláusula penal, no permiten al juez pronunciarse sin pruebas. Y si el juez, en estos casos, modifica la pena sin que se acrediten los perjuicios, se arriesga a cometer una arbitrariedad.

Desde este punto de vista, cuando es el acreedor quien manifiesta que el monto de la indemnización fijado por la cláusula penal es insuficiente para reparar los perjuicios que le ha ocasionado la inexecución de la obligación, deberá probar su cuantía. Obviamente, dentro del marco legal pe-

ruano, sólo lo podría hacer, de haberse pactado la indemnización del daño ulterior.

Y cuando es el deudor quien manifiesta que la pena es excesiva, porque el acreedor sufrió perjuicios inferiores a los pactados o no sufrió perjuicios por el incumplimiento, entonces, es a tal deudor a quien le corresponderá probar estos hechos.

Pero, en ambos casos se da paso a un debate que las partes, justamente por haber estipulado una cláusula penal, quisieron evitar²⁴.

Cuando el deudor solicita la reducción de la cláusula penal existe una simple reversión de la carga de la prueba. Recordemos que en los casos en que opera la indemnización judicial corresponde al acreedor probar la existencia de los perjuicios y su monto (artículo 1331 del Código Civil Peruano de 1984). Pero, cuando se estipula una indemnización convencional, y el deudor pretende que sea reducida, toca a él acreditar que la pena es excesiva o injustificada, demostrando que el acreedor sufrió perjuicios inferiores a los previstos en la cláusula penal, o que no sufrió perjuicio alguno.

Aun en estos casos de reversión de la carga de la prueba, un acreedor prudente tendría que demostrar la existencia de los perjuicios y su cuantía, para evitar que el juez, no obstante que el deudor alegó pero no probó que la pena fuera excesiva, ordenara su reducción²⁵.

Siempre podría presentarse la posibilidad de que la eventual reducción de la cláusula penal efectuada por un juzgador pueda tornarse expresamente perjudicial para el acreedor; lo cual devendría en un grave perjuicio.

Esto nos lleva a mencionar el siguiente pasaje del Mercader de Venecia:

"Shylock.- Acepto su ofrecimiento, entonces, páguenme tres veces el valor del pagaré y déjese marchar al cristiano.

24. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE. *Op. Cit.*, p. 962.

25. *Ibid.*, p. 963.

Bassanio. - Aquí está el dinero.

Porcia. - ¡Despacio! El judío tendrá su justicia. ¡Despacio! Nada de prisas. No tendrás nada más que la ejecución de las cláusulas penales estipuladas.

Graciano. - ¡Oh, judío! ¡Un juez integro, un recto juez!

Porcia. - Prepárate, pues, a cortar la carne; no viertas sangre y no cortes ni más ni menos que una libra de carne; si tomas más o menos de una libra precisa, aun cuando no sea más o menos de una libra precisa, aun cuando no sea más de la cantidad suficiente para aumentar o disminuir el peso de la vigésima parte de un simple escrúpulo; más aún; si el equilibrio de la balanza se descompone con el peso de un caballero, mueres, y todos tus bienes quedan confiscados.

Graciano. - ¡Un segundo Daniel, judío, un Daniel! Aquí os tengo ahora, en la cadera, pagano.

Porcia. - ¿Por qué se detiene el judío? Toma tu retractación.

Shylock. - Dadme mi principal y dejadme partir.

Bassanio. - Tengo el todo preparado para ti; aquí está.

Porcia. - Lo ha rehusado en pleno tribunal. Obtendrá justicia estricta y lo que le conceda su pagaré.

Graciano. - ¡Un Daniel, te repito, un segundo Daniel! Te doy las gracias, judío, por haberme enseñado esa palabra.

Shylock. - Pues bien; entonces que el diablo le dé la liquidación. No quedaré aquí más tiempo discutiendo.

Porcia. - Aguarda, judío; la ley tiene todavía otra cuenta contigo. Está establecido por las leyes de Venecia que si se prueba que un extranjero, por medios directos o indirectos, ha buscado atentar contra la vida de un ciudadano, una mitad de sus bienes pertenecerá a la persona contra la cual ha conspirado, y la otra mitad al arca reservada del Estado, y que la vida del ofensor dependerá enteramente de la misericordia de dux, que podrá hacer prevalecer su voluntad contra todo fallo. He aquí, a mi juicio, el caso en que te encuentras, porque es evidente, por tus actos manifiestos, que has conspirado directa y también indirectamente contra la vida misma del demandado, e incurrido, por

tanto, en la pena precedentemente enunciada por mí. Arrodíllate, pues, e implora la clemencia dux.

Graciano. - Suplica que te den permiso para ahorcarte en persona; sin embargo, como todas tus riquezas están confiscadas en provecho del Estado, no te queda el valor de una cuerda; por tanto, debes ser ahorcado a expensas del Estado.

Dux. - Para que veas bien la diferencia de nuestros sentimientos, te perdono la vida antes de que lo solicites. En cuanto a tus bienes, la mitad pertenece a Antonio y la otra mitad pertenece al tesoro público. Esa confiscación, tu humildad puede hacérsela transformar en multa.

Porcia. - Sí, por lo que respecta al Estado, pero no por lo que concierne a Antonio.

Shylock. - No, tomad mi vida y todo. No excuséis eso más que lo restante. Os apoderáis de mi casa cuando no me quitáis el apoyo que la sostiene; me quitáis mi vida cuando me priváis de los medios de vivir.

Porcia. - ¿Qué perdón podéis concederle, Antonio?

Graciano. - Una cuerda gratis. Nada más, en nombre del cielo.

Antonio. - Ruego a mi señor el Dux y al tribunal que se reduzca la multa a una mitad de sus bienes. Me contentaré con tener el simple uso de la otra mitad para entregarla a su muerte al caballero que recientemente ha raptado a su hija. Pido que sean impuestas, además, dos condiciones: la primera, que se vuelva sin demora cristiano; la segunda, que haga aquí, delante del tribunal, una donación legal de todo lo que posea al momento de su muerte a su yerno Lorenzo y a su hija.

Dux. - Llenará estas condiciones; en otro caso, rectifico el perdón que he pronunciado recientemente.

Porcia. - ¿Estás satisfecho, judío? ¿Qué dices, pues?

Shylock. - Estoy satisfecho

Porcia. - Escribano, redactad un acta de donación.

Shylock. - Os lo ruego, dadme permiso para salir de aquí; no me siento bien; enviadme el acta a casa, la firmaré.

Shylock. - Vete, pero mantén la palabra.

Graciano. - En el bautismo tendrás dos padrinos; si yo hubiese sido juez, habrías tenido diez más para conducirte a la horca y no a la pila bautismal.

Siempre cabe la posibilidad de que después de una reflexión y de común acuerdo, el acreedor pueda reducir la penalidad convenida, por diversas razones: por ser desproporcional, evidentemente factible de reducción judicial o arbitral, o por existir una imposibilidad física o jurídica de su cumplimiento; sin embargo, es importante que antes de recurrir a instancias jurisdiccionales las partes puedan efectuar una reducción de la penalidad en forma consensuada.

En nuestro ejercicio de la abogacía participamos de una negociación en la reducción convencional del monto de la cláusula penal de un reconocido boxeador peruano, quien mediante la cesión de derechos, cede el uso de dos marcas (vestimenta y calzado) a una empresa textil, encontrándose entre las diversas obligaciones que se exige al boxeador, la de promocionar y difundir con su imagen las marcas, bajo la condición del principio *intuitu personae*, pues dentro de diversos aspectos contractuales el acreedor incluye una cláusula penal de 300 UIT, que deberá asumir el boxeador como penalidad.

Al asumir el estudio y análisis de la cesión de derechos, se logró demostrar que debido a un error del acreedor, se había considerado como objeto de la cesión una clase que no correspondía al rubro de las marcas otorgadas en cesión, siendo esto contrario a la intención original de las partes.

El argumento principal a efectos de solicitar la reducción convencional de la penalidad fue un criterio económico y jurídico; el primero porque la retribución económica que recibía el boxeador en forma mensual, no representaba más de S/.10.000.00 aproximadamente, lo que económicamente no era proporcional con la penalidad de 300 UIT (S/.1'095,000.00). La penalidad de 300 UIT resultaba grotescamente desproporcional, pues, el boxeador no percibía una retribución similar, y de hecho debía exis-

tir equivalencia entre el valor de la prestación, contraprestación y la penalidad.

El argumento jurídico se basó en la posibilidad de acudir a la vía judicial y solicitar la reducción de la cláusula penal, pues no cabría la menor duda de que la penalidad sería jurídicamente imposible; en primer lugar, por las clases de la marca y, en segundo lugar, por la evidente desproporción económica.

En nuestra experiencia de Arbitro Único, sucedió que el demandante interpone una demanda por desalojo, derivados de un incumplimiento de contrato de arrendamiento²⁶, acumulando pretensiones, el demandante solicita: el pago de rentas vencidas (S/. 91,000.00); el pago de la suma de S/. 362,460.00 por concepto de penalidad, por vencimiento de plazo de pago, pactada en el contrato de arrendamiento; y por último, el pago de la suma de S/. 1,008.00 por concepto de penalidad, por no restitución del bien inmueble; las dos últimas cláusulas fueron debidamente pactadas en el contrato de arrendamiento. Sucede que de un análisis posterior a la emisión de laudo, la parte demandada bien pudo haber solicitado la reducción de las penalidades en el proceso arbitral, debido a que no existe una equidad y equilibrio entre la penalidad fijadas y calculadas con el monto de renta mensual pagado en favor del que fuera demandante.

VII. CONCLUSIONES

La obra "El Mercader de Venecia" del inigualable literato universal británico William Shakespeare, sin duda alguna denota apasionantes debates sobre lo justo o injusto que podría tornarse el cumplimiento o incumplimiento de la cláusula penal o las diversas razones de índole moral, económicas y jurídicas que expresan Shylock, Basannio, Antonio, Dux y Porcia, pues el debate en los tribunales de Venecia sobre lo justo o injusto de la ejecución y/o reducción de la

26. Asimismo manifiesta que el mencionado contrato tenía como plazo de vigencia 03 años, habiéndose celebrado el contrato de arrendamiento el 2 de diciembre del 2010, y estableciéndose como renta mensual el monto ascendente a US\$ 2,500.00.

penalidad, no son ajenos y cobran vigencia en los fueros académicos, judiciales y arbitrales en nuestro país y otros sistemas jurídicos.

La buena fe contractual representa un principio que no debe dejar de estar presente en el momento de la negociación, ejecución y posible reducción de la cláusula penal, siendo indispensable brindar una información adecuada y pactar una cláusula penal razonable entre acreedor y deudor, lo cual permitiría seguir protegiendo el principio de la buena fe contractual.

Cabe siempre la posibilidad de que el acreedor y el deudor en supuestos justificables, puedan realizar la reducción del monto o modificar alguna característica de la cláusula penal, con lo cual, en aplicación del ejercicio del principio de la autonomía privada, las partes seguirán conservando el poder del dominio del pacto de la penalidad; es decir, con esto se evitaría recurrir a las instancias judiciales o arbitrales.

Se requiere de un acreedor y deudor diligente respecto a contar con el pleno conocimiento del real alcance y las consecuencias de la ejecución de la cláusula penal. Un deudor consciente de

su posibilidad de cumplir con la penalidad sabrá pactar la misma dentro de sus posibilidades, y un acreedor podrá exigir una penalidad que pueda ser cumplida, por cuanto, en caso de presentarse algún abuso o exceso, el deudor tiene la posibilidad de solicitar su reducción.

Es fundamental conservar criterios jurídicos y económicos equitativos entre acreedor y deudor, los mismos que se deben encontrar dentro de lo razonable. Este criterio de razonabilidad es entendido desde la proporcionalidad del monto dinerario de la penalidad, o considerando que la conducta solicitada al deudor pueda ser ejecutada, tanto física como jurídicamente.

Finalmente, concluimos que siempre una cláusula penal negociada sobre aspectos jurídicos y económicos reales y posibles de ejecutarse, permitirá que tanto el acreedor y el deudor pacten una penalidad posible de ser ejecutada y cumplida, sin que el deudor tenga la posibilidad o mayores argumentos para acudir a solicitar la reducción de la cláusula penal ante un juzgado o un tribunal arbitral, lo cual permitirá que los contratantes tengan la seguridad jurídica exigida en toda transacción contractual.