UNIVERSIDAD NACIONAL
"SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO"

ESCUELA DE POSTGRADO

EFECTIVIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL EN LOS CONTRATOS SUSCRITOS ENTRE EL GOBIERNO REGIONAL DE ANCASH Y LOS CONSORCIOS, PERIODO 2010 - 2011

Tesis para optar el grado de maestro en Derecho

Mención en Derecho Civil y Comercial

Bach. MARIELA GONZÁLEZ CASTILLO

Asesor: Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO

Huaraz – Perú

2014

Nº. Registro: T0445

MIEMBROS DEL JURADO

Doctor José Antonio Becerra Ruiz Presidente

_____

Doctor Elmer Robles Blácido Secretario

_____

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo Vocal

_____

ASESOR

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

AGRADECIMIENTO

A mi familia por apoyarme y alentarme en las metas que me trazo, a los docentes de la maestría por la dedicación y sacrificio de su labor, en especial la de mi asesor, y finalmente a todas las personas que han colaborado para hacer posible este trabajo.

DEDICATORIA

A mi madre y mis hermanas.

ÍNDICE

Página

RESUMEN viii

ABSTRACT ix

I. INTRODUCCIÓN 1

1.1. Objetivos 5

1.2. Formulación de hipótesis 6

1.3. Variables 7

II. MARCO TEÓRICO 8

2.1. Antecedentes de investigación 8

2.2. Bases Teóricas 9

2.3. Definición de términos 50

III. METODOLOGIA 53

3.1. Tipo y diseño de investigación 53

3.2. Métodos de investigación 54

3.3. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico 54

3.4. Estrategias o procedimientos de recogida, análisis e interpretación de información 61

3.5. Técnicas e instrumentos 62

3.5. Contexto 63

3.7. Unidad de Análisis o informantes 63

IV. RESULTADOS 65

4.1. Resultados empíricos 65

4.2. Resultados teóricos 82

V. DISCUSIÓN 125

5.1. Discusión empírica 125

5.2. Discusión teórica 134

5.3. Corroboración de hipótesis 176

VI. CONCLUSIONES 180

VII. RECOMENDACIONES 183

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 185

RESUMEN

El objetivo de la presente investigación fue analizar las causas principales para que no se efectivice la penalidad establecida en los contratos suscritos entre el Gobierno Regional Ancash y los consorcios, en los años 2010 a 2011. Se trata de un estudio mixto: cualitativo y cuantitativo, retrospectivo, longitudinal, causal explicativo, cuyo diseño de investigación fue el no experimental, desarrollado en el ámbito de la jurisdicción del Departamento de Ancash y a nivel nacional. Entre los método empleados tenemos al exegético, hermenéutico, argumentación jurídica, matemático, estadístico y fenomenológico.

La dinámica del comercio y la producción imperante en los tiempos actuales, han obligado a los agentes económicos a iniciar mayores procesos de coordinación y cooperación entre sí, para afianzar sus participaciones en los negocios y el mercado; por lo que cada vez con mayor frecuencia, personas y empresas, realizan y celebran contratos que plasman inquietudes de colaboración con el objeto de mancomunar esfuerzos técnicos u obtener capitales. Las mismas que responden a las necesidades actuales del empresariado, pues permiten que las partes interesadas puedan participar conjuntamente con otros empresarios, al "ligarse" temporalmente y durante un plazo determinado o preestablecido, sin que para ello tengan que recurrir a conformar nuevas empresas, ni mucho menos modificar la estructura accionarial de aquellos, por lo que nos referimos específicamente al consorcio.

Palabras claves: Contrataciones con el estado, clausula penal, consorcio, gobierno regional.

ABSTRACT

The objective of this research was to analyze the main causes for the penalty established in the contracts between the Regional Government Ancash and consortia in the years 2010 to 2011. It is a mixed study is not made effective qualitative and quantitative, retrospective, longitudinal, causal explanation, the research design was not experimental, developed in the area of jurisdiction of the Department of Ancash and nationally. Among the method we used to exegetical, hermeneutical, legal reasoning, mathematical, statistical and phenomenological.

The dynamics of trade and production prevailing in modern times, have forced traders to initiate major processes of coordination and cooperation between them, to secure their interests in business and market agents; so with increasing frequency, people and businesses, make and enter into contracts that reflect concerns collaboration with the aim of pooling technical efforts or obtain funds. The same that meet the current needs of the business, as they allow interested parties to participate jointly with other entrepreneurs, the "link" temporarily and for a specified or predetermined period, and who do have to resort to form new companies or much less change the ownership structure of those, so we refer specifically to the consortium.

Keywords: Contracting with the State, penalty clause, Procurement under the state penal clause, consortia, regional government.

I. INTRODUCCIÓN

Los contratos en general son de gran importancia y trascendencia jurídica, pues como categoría jurídica que se extiende en todo el ordenamiento jurídico, como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Los contratos de la administración pública adquieren peculiaridades y connotaciones especiales ya que, en ellos está presente el poder del Estado, mediante su función administrativa el cual es ejercida a través de sus diferentes órganos e instituciones; es así que el presente trabajo pretende abordar la relación jurídico contractual entre el Estado – Gobierno Regional de Ancash y los Consorcios de índole privada netamente, a fin de poder analizar los principios y normas aplicables al caso; específicamente cuando éste fija las penalidades en caso de incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato.

Los Consorcios, son contratos asociativos contemplados en la Ley General de Sociedades, son una figura jurídica que brinda mayor capacidad y desenvolvimiento económico mercantil, tanto para los consorciados como para quienes se vinculan con ellos; ergo su propia naturaleza jurídica hace que esta tenga un tratamiento diferente, que al vincularse con el Estado- Gobierno Regional Ancash adquieren una connotación especial, de los cuales nos ocuparemos en lo que respecta al incumplimiento de las obligaciones, traducido en las penalidades que pactan las partes dentro del contrato, y su efectividad en la praxis.

En el lenguaje coloquial se utiliza el nombre de “cláusula penal” a lo que técnicamente se denomina pena convencional o multa convencional, por estar incluida esta pena o multa, en la mayoría de los casos, como una cláusula de los contratos. Se puede definir la pena convencional -siguiendo a Diez-Picazo-, como aquella prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal.

Constituye, por tanto, una garantía o medio de presión del cumplimiento de la obligación principal, al asegurar al acreedor el cumplimiento mediante la imposición al deudor de una sanción en caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retrasado; es decir, refuerza el vínculo obligacional con el establecimiento de una pena o sanción y de esta forma estimula el cumplimiento normal del contrato. Además facilita la exigibilidad del crédito, al hacer innecesaria la prueba de la existencia de los daños y perjuicios y su cuantía.

La prestación, pena o sanción a cargo del deudor y a favor del acreedor, consiste casi siempre en la entrega de una suma de dinero. Puede consistir en el pago de una cantidad de una sola vez o varias en repetidas veces o que se quede el acreedor con la parte del precio ya recibida del deudor o sólo con una parte de él, lo cierto es que la variedad de cláusulas penales puede ser tan grande como lo es la imaginación humana. No hay otra limitación que la establecida en general por el ordenamiento jurídico para la contratación.

Por otro lado una de las tantas cuestiones todavía obscuras en los contratos administrativos, es su naturaleza jurídica, y las connotaciones especiales que tiene el contrato estatal, atendiendo a leyes especiales y reglamentos específicas de cada institución pública, teniendo como finalidad primordial dar cumplimiento a los fines de Estado, abordando específicamente los contratos celebrados entre el Gobierno Regional de Ancash y los consorcios.

La cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad.

Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la

condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato.

En cuanto al cumplimiento y ejecución de la cláusula penal pactada entre los mismos, anticipándose generalmente al no cumplimiento del contrato o que habiéndose cumplido a cabalidad el contrato, la devolución de la garantía, carta fianza por lo general, no es devuelta en su integridad a los contratantes con el Estado, en este caso a los consorcios; lo cual deviene en un abuso de la posición contractual del Estado- Gobierno Regional de Ancash y un particular- Consorcios, verificado en la propia naturaleza contractual y la corrupción de los funcionarios públicos del Gobierno Regional de Ancash, verificable en las conciliaciones, arbitrajes y sentencias judiciales ocasionadas en mérito a los contratos suscritos entre el Gobierno Regional de Ancash y los Consorcios durante los años 2010 a 2011.

En ese contexto, se ha elaborado el presente informe final del trabajo de investigación, el mismo que se encuentra estructurado de la siguiente manera: **Introducción,** que comprende el planteamiento e importancia del problema de investigación; el **Marco Teórico**, que comprendió el estudio de las bases teóricas que justifican y dan sustento al trabajo de investigación, información recogida en base a las fichas textuales y de resumen. Asimismo, **la Metodología**, que involucra: el tipo y diseño de investigación, el plan de recolección de la información y/o diseño estadístico, instrumentos de recolección de la información,

y el plan de procesamiento y análisis estadístico de la información. Seguidamente, **los Resultados**, en los empíricos se realizaron a través de la presentación de los cuadros y gráficos estadísticos debidamente interpretados, asimismo se consideró los resultados teóricos. A continuación, **la discusión**, que consistió en determinar, a través de una apreciación crítica, si las bases teóricas, concuerdan o no con la realidad o aspecto práctico; es decir si la teoría está o no funcionando convenientemente, por lo que se contrasto las hipótesis planteadas. Se incluyó, en la última parte del trabajo, las **conclusiones**, las **recomendaciones**, la **bibliografía** consultada.

1.1. Objetivos

1.1.1. Objetivo general

Analizar las causas principales para que no se efectivice la penalidad establecida en los contratos suscritos entre el Gobierno Regional Ancash y los consorcios, en los años 2010 a 2011.

1.1.2. Objetivos específicos

- Establecer cuáles son las deficiencias que se encuentran en los contratos suscritos entre el Gobierno Regional Ancash y los consorcios, en los años 2010 a 2011.
- Determinar porque no se efectiviza la penalidad fijada en los laudos arbitrales o sentencias judiciales de los dos juzgados civiles de Huaraz de la Corte Superior de Justicia de Ancash, en los contratos

suscritos entre el Gobierno Regional Ancash y los consorcios en los años 2010 a 2011.

1.2. Formulación de hipótesis

1.2.1. Hipótesis general

Las posibles causas que originarían la no efectivización de la penalidad establecida en los contratos suscritos entre el Gobierno Regional Ancash y los consorcios, serían su naturaleza contractual y la corrupción de funcionarios del Gobierno Regional de Ancash en los años 2010 a 2011.

1.2.2. Hipótesis especificas

- Las posibles deficiencias se encuentran en los contratos suscritos entre el Gobierno Regional Ancash y los consorcios, en los años 2010 a 2011; son el desconocimiento de la norma específica sobre el tema de contrataciones estatales.
- Probablemente no se efectiviza la penalidad fijada en los laudos arbitrales o sentencias judiciales de los dos juzgados civiles de Huaraz de la Corte Superior de Justicia de Ancash, en los contratos suscritos entre el Gobierno Regional Ancash y los consorcios en los años 2010 a 2011, porque al momento de su fijación los consorcios ya se disolvieron.

1.3. Variables e indicadores

- **Variable independiente:** La efectividad de la cláusula penal de los contratos.

  Indicadores:

  - Teoría de la cláusula penal en los contratos.
  - Tendencias actuales sobre la cláusula penal en los contratos.
  - Doctrina contradictoria con respecto a la cláusula penal en los contratos.

- **Variable Dependiente:** Los contratos celebrados entre el Gobierno Regional y los Consorcios.

  Indicadores:

  - Los contratos celebrados entre el Gobierno Regional y los Consorcios durante los años 2010 a 2011.
  - Los tipos de consorcio.
  - El número de consorciados de un consorcio.
  - Cumplimiento de los plazos pactados.
  - Procedimiento de ejecución de las clausulas.
  - Ejecución de las clausulas.
  - Efectividad de las clausulas penales

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de investigación

- **A nivel local**.- Revisado las bibliotecas especializados de la provincia de Huaraz, no se ha podido encontrar trabajo alguno que esté relacionado al trabajo que me propongo realizar, por lo que deviene en original mi propuesta de trabajo.
- **A nivel nacional**.- De la revisión a las bibliotecas de las principales universidades del país, así como a su portal electrónico que estas tienen dirigido a la población, no se tiene ningún trabajo similar. Precisando que no existen trabajos sobre la efectividad de la cláusula penal en los contratos suscritos con el Estado. No obstante, y pese a lo antes señalado, debo indicar que si existen artículos, comentarios muy parecidos al trabajo que pretendo realizar, pero todos ellos son asistemáticos, dispersos y muy tangenciales; sin contar además que con genéricos y en análisis en abstracto. Así mismo, se ha realizado la búsqueda mediante la plataforma virtual de cyberteisis, en la cual no se ha podido encontrar trabajo, alguno o similar a lo planteado.
- **A nivel internacional.-** De la revisión tangencial de las tesis relacionadas a mi trabajo a nivel internacional, ha sido posible ubicar jurisprudencia y comentarios sobre la ejecución de la cláusula penal, más no referido a los contratos suscritos con el mismo Estado, diferenciándose más aún por la realidad en que está enfocado el trabajo.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. La cláusula penal

2.2.1.1. Concepto

Con relación al concepto de la cláusula penal, Peirano Facio[1] ha escrito que "[...] no existe entre los autores uniformidad de criterio acerca de *qué* debe entenderse a ciencia cierta por cláusula penal y de *cuál* sea la naturaleza de la misma".

Este autor afirma que tanto la cláusula penal como la opinión sobre su naturaleza jurídica han sufrido una evolución, debido a que "[...] la cláusula penal no constituye una categoría dogmática, sino una categoría histórica, lo que vale decir que su esencia y naturaleza se deben determinar de modo diverso, según sea el momento en que el investigador realice el estudio de las mismas".

La cláusula penal nace en el primitivo derecho romano con una finalidad *conminatoria*. Luego de ello, la cláusula penal cumpliría una función *indemnizatoria o reparadora*. Esto puede explicar las diversas orientaciones conceptuales planteadas por la doctrina. En el derecho alemán, Ludwing Enneccerus[2], denominando pena convencional a la cláusula penal, expresa que ella es "[...] una prestación, generalmente de carácter pecuniario, que *el deudor*

[1] PEIRANO FACIO, Jorge (1982). *La cláusula penal,* 2da ed., Editorial Temis Librería, Bogotá, p. 105.
[2] ENNECCERUS, Ludwig (1954). *Derecho de Obligaciones,* Vol. I. Traducción de 35ª ed. alemana por BLAS PÉREZ, Gonzáles y ALGUER, José, Casa Editorial Bosch, Barcelona, p. 187.

promete como pena al acreedor para el caso de que no cumpla su obligación o no la cumpla del modo pertinente".

En el derecho francés, Louis Josserand sostiene que "La *cláusula penal* es aquella por la cual las partes fijan de antemano la suma que tendrá que pagar el deudor si no ejecuta su obligación o si la ejecuta tardíamente"[3]. En la doctrina española, Luis Díez-Picazo menciona que "Se denomina "pena convencional" a aquella prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal"[4].

Francesco Messineo comentando y analizando el Código Civil italiano de 1942, escribe que "La *cláusula penal* es una *promesa accesoria* de un contratante, aceptada por la contraparte, que importa la obligación de efectuar una prestación determinada a *título de pena (o multa)* para el caso de *incumplimiento injustificado* de la obligación que nace del contrato [...]"[5].

Aída Kemelmajer, al analizar la legislación argentina, concluye que la cláusula penal "[...] es un negocio jurídico o una convención o estipulación accesoria por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la

[3] JOSSERAND, Louis (1950). *Derecho Civil*, Tomo II, Vol. I. Traducción de CUNCHILLOS, Santiago y MANTEROLA, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía Editores, Buenos Aires, p. 518.
[4] DIEZ-PICAZO, Luis (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II: Las relaciones obligatorias, 5ta ed., Editorial Civitas S.A., Madrid, pp. 397-398.
[5] MESSINEO, Francesco (1986). *Doctrina General del Contrato*, Tomo I, Traducción de FONTANARROSA, SENTÍS y VOLTERRA, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, p. 218.

obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente"[6].

En el mismo sentido, Jorge Mosset Iturraspe afirma que "La cláusula penal, como su nombre lo indica, es una "pena" de origen convencional, a la cual se somete el sujeto pasivo de un deber jurídico, con la finalidad de reforzar o garantizar el cumplimiento de dicho deber"[7].

En el derecho peruano, Felipe Osterling Parodi, sostiene que por medio de la cláusula penal "Los contratantes pueden fijar convencional y anteladamente a la fecha de vencimiento de la obligación el monto de los daños y perjuicios que corresponderán al acreedor en caso de que el deudor incumpla tal obligación"[8].

Para Carlos Cárdenas Quirós, la cláusula penal —cuya expresión más adecuada para este autor es la de pena obligacional—, es el "[...] mecanismo compulsivo derivado de una relación obligatoria constituido por una prestación de dar, hacer o no hacer que el deudor (o un tercero, según algunos autores o legislaciones, y aun el acreedor en ciertos casos —cuando por ejemplo no colabora con el deudor a fin de que éste verifique la ejecución de la prestación a su cargo, violando el deber de colaboración—) se obliga a ejecutar (a favor del acreedor, de un tercero o de un deudor —si el acreedor contraviene el deber de

[6] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (1981). *La cláusula penal,* Ediciones Depalma, Buenos Aires, p. 17
[7] MOSSET ITURRASPE, Jorge (1978). *Medios compulsivos en Derecho privado*, EDIAR Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, p. 71.
[8] OSTERLING PARODI, Felipe (1998). Obligaciones con cláusula penal, En *Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez*, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, p. 301

colaboración—) en el supuesto de inejecución total o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal"[9].

En la Exposición de Motivos del Código Civil peruano de 1984 se afirma categóricamente que "La cláusula penal, legislada en los artículos 1341 a 1350, se concibe como una relación obligacional destinada a que las partes fijen la reparación para el caso de incumplimiento"[10].

Sin perjuicio de lo expresado por Felipe Osterling Parodi en la Exposición de Motivos del Código Civil, consideramos que el Código peruano no define propiamente la figura de la cláusula penal, sino que únicamente describe los efectos de la misma, al disponer en el artículo 1341° que "El pacto por el que se acuerda que, en caso 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".

Como podemos apreciar, las definiciones y conceptos esbozados están íntimamente ligados a las funciones que cumple o puede cumplir la cláusula penal,

[9] CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos (1994). *Estudios de Derecho Privado I,* Ediciones Jurídicas, Lima, p. 349
[10] OSTERLING PARODI, Felipe (1999). *Las Obligaciones*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 224

por lo que resulta necesario analizar tales funciones, a efecto de poder comprender la esencia y la razón de ser de la cláusula penal.

2.2.1.2. Funciones de la cláusula penal

Desde el ámbito jurídico, la cláusula penal puede cumplir las siguientes funciones:

a) Función punitoria o compulsiva

Según esta función la penalidad pactada constituye una sanción, una pena privada que recae en el deudor por el incumplimiento de su obligación.

Esta función – concebida en el derecho romano *(stipulatio poenae)* –, en palabras de Jorge Mosset Iturraspe[11], ha recobrado vigencia en el derecho moderno. El Código Civil francés expresa en su artículo 1126° que la cláusula penal sirve para asegurar la ejecución de las convenciones. Sin embargo, la doctrina francesa ha relegado está función sosteniendo que por regla general en el derecho moderno todas las convenciones son obligatorias por sí mismas y la ejecutabilidad de las obligaciones lícitas está garantizada por la ley[12].

Un importante sector de la doctrina denomina *compulsiva* a esta función, tal es el caso del recordado maestro Guillermo A. Borda cuando escribe que la cláusula penal tiene la función de "[...] compulsar a los deudores a cumplir con sus

[11] MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Óp. cit.*, p. 78.
[12] *Ibídem.*

obligaciones, ante la amenaza de una sanción por lo común más gravosa [...]"[13]. Por su parte, Aída Kemelmajer de Carlucci sostiene que la cláusula penal "Como pena se dirige a castigar una conducta antijurídica asegurando de esta manera el cumplimiento de la obligación"[14].

b) Función indemnizatoria o resarcitoria

De acuerdo con la función indemnizatoria o resarcitoria, "[...] la cláusula penal está destinada exclusivamente a limitar el resarcimiento de los daños que pueden originarse en el incumplimiento de la obligación"[15]. No obstante, la pena pactada se debe como indemnización haya o no haya sufrido daños el acreedor. El hecho de que el acreedor no sufra daños por el incumplimiento, pero debido a una penalidad pactada reciba la indemnización, puede resultar cuestionable desde la óptica del moderno derecho de daños, donde se afirma que no hay responsabilidad —y por ende indemnización— sin daño. Por ello la cláusula penal no siempre cumpliría con esta función.

Al respecto, el maestro Guillermo A. Borda ha escrito que considerar a la cláusula penal como una indemnización propiamente dicha es un error, ya que "[...] la indemnización debe tener una adecuación lo más perfecta posible a los daños sufridos por el acreedor, en tanto que la cláusula penal se fija arbitrariamente, es casi siempre mayor que los daños y, finalmente, se debe,

[13] BORDA, Guillermo A. (1983). *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones I*, 5ta ed., Editorial Perrot, Buenos Aires, p. 197
[14] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Óp. cit.*, p. 3
[15] Ibíd., p. 6

aunque el acreedor no hubiera sufrido perjuicio alguno como consecuencia del incumplimiento"[16].

De alguna manera, la función indemnizatoria o resarcitoria de la cláusula penal se encuentra en el artículo 1341° del Código Civil peruano, cuando dispone que la cláusula penal es el pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad y que *dicha penalidad tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación* y a que se le devuelva la contraprestación. Nótese que la penalidad pactada sirve para indemnizar los daños y perjuicios que cause el incumplimiento del deudor.

c) Función resolutoria

Es sabido que ante el incumplimiento de una obligación contractual el acreedor puede solicitar su cumplimiento o la resolución del contrato. En efecto, el artículo 1428° del Código Civil peruano refiriéndose al supuesto de los contratos con prestaciones recíprocas prescribe que *cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.*

Según el Código Civil peruano, mediante la resolución se deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración, causal que en este caso sería el incumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor. Sin perjuicio de la facultad que tiene todo contratante de resolver el contrato ante el incumplimiento

[16] BORDA, Guillermo A. *Óp. cit.*, p. 197.

del deudor por medio de la institución jurídica de la resolución, un sector de la doctrina considera que también puede llegarse a la resolución por la vía de la ejecución de la cláusula penal[17].

Comentando la legislación argentina, Jorge Mosset Iturraspe, señala que "[...] la posibilidad de extinguir el contrato, como resultas de la ocurrencia de un hecho, el incumplimiento, aparece acordada al acreedor bajo la forma de una "opción"; el artículo 659° (del Código Civil argentino) nos dice que, "a su arbitrio", podrá pedir el cumplimiento de la obligación o la pena, "una de las dos cosas"; y agrega, interpretando *a contrario sensu*, que con el pago de la pena se entiende extinguida la obligación y, por ende, el contrato que le sirve de causa–fuente"[18]. En consecuencia, en virtud de la exigibilidad que tiene el acreedor de la penalidad pactada en caso de incumplimiento del deudor, la relación contractual se extingue, por lo que la cláusula penal encierra implícitamente la función resolutoria.

Tal función no se encuentra contemplada en el Código Civil peruano, pues *no existe el derecho de opción* a que alude el artículo 659[19] del Código Civil argentino. Por el contrario, el artículo 1342° del Código civil peruano permite que en las *penalidades pactadas para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el*

[17] MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Óp. cit.,* p. 81
[18] *Ibíd.*, pp. 81-82
[19] "Artículo 659.- Pero el acreedor no podrá pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio, a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal".

cumplimiento de la obligación. Así, podemos concluir que la solicitud de la penalidad pactada no resuelve el contrato, ya que conforme lo dispone el artículo 1342° está permitido que el contratante fiel —el que ha cumplido— exija a su contraparte infiel el cumplimiento de la prestación y al mismo tiempo, también exija el pago de la penalidad que ya se ha generado por causa de dicho incumplimiento.

No obstante, la solución en nuestro Código de Comercio, vigente desde 1902, es distinta. El artículo 56°[20] del vetusto texto legislativo dispone que en los contratos mercantiles que contengan cláusulas penales que fijen pena de indemnización contra el que no cumpliere con sus obligaciones, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de derecho o la pena pactada; pero, utilizando una de estas dos acciones, quedará extinguida la otra, a no mediar pacto en contrario.

Por consiguiente, realizando una interpretación *a contrario sensu*, como lo advierte Jorge Mosset Iturraspe, con el pago de la penalidad se extingue la obligación y, por ende, el contrato que le sirve de causa-fuente. Así, la penalidad podría cumplir una función resolutoria, pero únicamente en los contratos mercantiles regulados por el Código de Comercio peruano; salvo que los contratantes hayan pactado lo contrario, es decir, que el ejercicio de cualquiera de las acciones contempladas en el artículo 56° del Código de Comercio no

[20] "Artículo 56º.-Contratos con cláusula penal. En el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliere, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de derecho o pena prescrita; pero, utilizando una de estas dos acciones, quedará extinguida la otra, a no mediar pacto en contrario".

extinguirá la otra acción. Nosotros somos de la opinión que la cláusula penal no cumple una función resolutoria, ya que el acreedor podría solicitar tanto el cumplimiento de la obligación como el pago de la penalidad pactada.

d) Función preventiva o disuasiva

Esta función no ha sido desarrollada explícitamente por la doctrina civilista, pero desde nuestro punto de vista es la más importante de todas.

Cuando dos contratantes incorporan una cláusula penal en su contrato, no lo hacen para que uno u otro se beneficie con la penalidad pactada, sino con la *finalidad de reforzar el cumplimiento de su contrato y consecuentemente evitar el incumplimiento de las obligaciones asumidas por cada uno de ellos*, por lo que la inclusión de una cláusula penal al momento de contraer la obligación o en acto posterior a ella, tiene por finalidad desincentivar un posible incumplimiento de las obligaciones. El uso de las cláusulas penales en el ejercicio y práctica profesional confirman lo expresado.

Con una visión realista, y cuya opinión compartimos plenamente, José Puig Brutau ha escrito en la década de los cincuenta lo siguiente: "Aunque la cláusula penal puede responder a más de una finalidad, su función más peculiar es la de estimular al deudor al cumplimiento de la obligación. Puede parecer contradictorio que el deudor prometa una ampliación de su deuda para el caso de incumplimiento; es decir, podría afirmarse que es incongruente cifrar la sanción de no cumplir lo menos en la obligación de tener que cumplir lo más, pues con

ello tal vez aumentarán las probabilidades del incumplimiento. Pero ello tiene una explicación perfectamente natural.

Precisamente la posibilidad de ser ejecutado por más de lo originariamente debido puede ejercer una eficaz presión sobre la voluntad de cumplir del deudor. Incluso puede lograrse que el procedimiento sea proporcionalmente menos costoso. La cláusula penal ha de usarse de manera que aumente el interés del deudor en evitar la ejecución porque ésta tendría un alcance superior al que normalmente correspondería al incumplimiento de la obligación principal sin dicha garantía.

Toda responsabilidad por incumplimiento sobre el patrimonio del obligado ejerce una presión superior al importe estricto de la prestación debida, pues al mismo deben sumarse los posibles daños y perjuicios, los intereses de demora, las costas judiciales, etc. Si esta ampliación de responsabilidad ya se produce en todo caso como resultado del incumplimiento, cabe preguntar si las partes pueden haberla convenido de antemano para que se exija como una obligación accesoria al sobrevenir el incumplimiento"[21].

Al respecto, reiteramos que cuando se pacta una cláusula penal no se busca el enriquecimiento de uno de los contratantes o el empobrecimiento del otro, ni menos se piensa en función de anticipación de daños y perjuicios. Lo que persiguen los contratantes, las personas de carne y hueso, es reforzar el cumplimiento del contrato, evitar el incumplimiento. Su preocupación está

[21] PUIG BRUTAU, José (1959). *Fundamentos de Derecho Civil. Derecho de las obligaciones.* Tomo I, Vol. II. Bosch Casa Editorial, Barcelona, p. 472.

centrada en ver la forma de cómo se incentiva, jurídicamente, al cumplimiento de los acuerdos contractuales, y la cláusula penal es una forma idónea para tal cometido.

Dentro de esta perspectiva, Jorge López Santa María advierte que "La *cláusula penal* sirve para acrecentar la responsabilidad del deudor si éste no cumple íntegra y oportunamente la obligación principal"[22].

2.2.1.3. Función económica de la cláusula penal

La cláusula penal no solo cumple funciones jurídicas, sino que también cumple una importante función económica. Mediante la estipulación de penalidades los contratantes disminuyen los costos de transacción o los costos de contratar, es decir, los costos de tener que acudir a los tribunales para solicitar la indemnización de daños y perjuicios, ya que por la vía de la inclusión de cláusulas penales en los contratos, los contratantes pueden pactar anticipadamente los daños y perjuicios que deberá pagar el contratante infiel. Debemos precisar que la función indemnizatoria, si bien no es esencial de la cláusula penal, resulta un mecanismo útil para evitar demandas de daños y perjuicios.

Por otro lado, el acreedor se ve liberado de la carga probatoria de los daños y perjuicios sufridos, ya que frente al incumplimiento lo único que solicitará es la ejecución de la penalidad, lo cual desde luego es más beneficioso y menos costoso para el acreedor.

[22] LOPEZ SANTA MARÍA, Jorge (1978). *Obligaciones y contratos frente a la inflación.* 2da ed., Editorial Jurídica de Chile, Chile, p. 69

Del mismo modo, las penalidades convencionales generan un mecanismo de autocumplimiento, aunque sea forzado por la pena convenida, de los acuerdos contractuales, lo cual es altamente beneficioso para el tráfico patrimonial.

2.2.1.4. La cláusula penal en el ordenamiento jurídico peruano

a) Nuestro concepto de la cláusula penal o pena convencional

Antes de analizar la forma cómo el legislador peruano ha regulado la cláusula penal, debemos definirla. Como hemos podido apreciar, en doctrina no existe un concepto uniforme de la cláusula penal y ello se debe fundamentalmente a que cada autor pone de relieve en su concepto alguna de las funciones de la cláusula penal, es decir, define a esta figura tomando como base la función que ella cumple.

El Código Civil peruano tampoco define a la cláusula penal. El artículo 1341° del Código Civil peruano regula los efectos que la cláusula penal produce, estableciendo 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 a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere (...).*

b) Breve análisis de la regulación de la cláusula penal en el Código Civil peruano de 1984

La legislación peruana no sólo regula el uso de la cláusula penal para los supuestos de incumplimiento total de la obligación (artículo 1341), sino también para convenir los daños y perjuicios en caso de mora o de incumplimiento de un pacto determinado. Cuando se pactan cláusulas penales en casos de mora o de seguridad de un pacto determinado, si el deudor incurre en mora o incumple una determinada obligación, el acreedor tiene derecho para exigir tanto la penalidad pactada como el cumplimiento de la obligación (artículo 1342).

La estipulación de cláusulas penales puede realizarse conjuntamente con la obligación principal o en acto posterior; es decir, la penalidad puede pactarse al momento de celebrar el contrato o durante su ejecución.

En este contexto, *¿es posible pactar una cláusula penal con anterioridad a la realización de un contrato?* Creemos que ello no es posible, debido al *carácter accesorio* de la cláusula penal. Según el artículo 1345 del Código Civil peruano la nulidad de la cláusula penal no origina la nulidad de la obligación principal. De esta norma se puede deducir que la cláusula penal tiene una naturaleza de *accesoriedad*, ya que existe en razón de una obligación principal. Esta característica ha sido precisada por la jurisprudencia peruana al disponer que "La cláusula penal constituye un pacto accesorio de una obligación principal"[23].

A este carácter accesorio, Felipe Osterling Parodi agrega que la cláusula penal también es una estipulación subsidiaria y condicional. Según este autor, "La cláusula penal es subsidiaria porque no sustituye a la obligación principal; ella no

[23] Expediente 272-97 de la Corte Superior de Justicia de Lima.

permite al deudor liberarse de la obligación prometiendo cumplir la pena. [...] Se trata de una medida de seguridad del cumplimiento de la obligación principal, que la acompaña no la reemplaza".

Respecto al carácter condicional, Felipe Osterling afirma que "[...] para exigirla se requiere que el deudor incumpla la obligación principal; y este incumplimiento es un hecho futuro e incierto del que depende su exigibilidad"[24]. Respecto al carácter condicional, debemos precisar que ello no debe entenderse como que la cláusula penal al ser condicional es una modalidad del acto jurídico[25], sino únicamente de que el pago de la penalidad pactada está supeditada al incumplimiento de la obligación o a mora del deudor, según se haya pactado.

Coincidimos con Osterling que la cláusula penal no puede pactarse con posterioridad al incumplimiento de la obligación[26], empero nuestras razones son distintas. Para Osterling, si se produce el incumplimiento de la obligación y las partes acuerdan el monto de la indemnización de los daños y perjuicios, este acuerdo no revestirá las características de una cláusula penal, sino de una transacción. En nuestra opinión, como la cláusula penal cumple esencialmente una función preventiva y punitiva, el pacto de una penalidad con posterioridad al incumplimiento resulta absurdo, pues si la cláusula penal tiene por finalidad reforzar el cumplimiento, no tendría ningún sentido pactarla cuando ya se produjo el incumplimiento.

[24] OSTERLING PARODI, Felipe. *Óp. cit., Obligaciones,* p. 303.
[25] Recordemos que las impropias llamadas modalidades del acto jurídico son el plazo, la condición y el cargo.
[26] OSTERLING PARODI, Felipe. *Óp. cit., Obligaciones,* pp. 303-304.

Cabe precisar que la cláusula penal será exigible cuando el deudor incumpla con sus obligaciones, para lo cual se requiere que la causa de incumplimiento sea imputable al deudor, bien porque actuó con dolo o culpa, o porque la ley le atribuye tal imputabilidad objetivamente como puede ocurrir en los casos de que el deudor se valga de terceros para ejecutar su prestación, en tales casos, según el artículo 1325 del Código Civil, el deudor responderá de los hechos dolosos o culposos de los terceros que haya utilizado para ejecutar su prestación.

Si en un contrato se pacta una cláusula penal y el deudor incumple con su obligación por causa imputable, el acreedor podrá exigir el pago de la penalidad, para lo cual no será necesario que pruebe los daños y perjuicios que ha sufrido como consecuencia del incumplimiento del deudor (artículo 1344). Esta es una excepción a la regla general de que todo sujeto que exija el pago de una indemnización está obligado a acreditar los daños sufridos y determinar la cuantía de los mismos. Tratándose de una penalidad contractual, no se requiere demostrar ni probar los daños, ya que los sujetos, al momento de obligarse, han convenido por anticipado el monto de los daños y perjuicios limitando el resarcimiento a esta prestación.

Respecto al carácter de la indemnización, Felipe Osterling Parodi señala que cuando la cláusula penal se ha estipulado para el caso de inejecución total de la obligación o para el caso de asegurar una obligación determinada, la penalidad es el *resarcimiento de los daños y perjuicios compensatorios;* en cambio, cuando se

estipula una cláusula penal para el caso de mora, la indemnización *resarcirá los daños y perjuicios moratorios*[27].

Con relación a la función indemnizatoria y resarcitoria de la cláusula penal ya hemos precisado que ella no es su función esencial, ya que puede ocurrir que en algunos casos de incumplimiento de obligaciones no se cause daño al acreedor con lo cual la penalidad pactada no tendría la función de resarcir los daños. Sin embargo, nuestro Código Civil ha optado por atribuir a la cláusula penal una función de resarcimiento al señalar en el artículo 1341 que el pago de la penalidad pactada tiene el efecto de limitar el resarcimiento.

Tratándose varios deudores se debe tener en cuenta si la obligación de la cláusula penal es solidaria o mancomunada. Si la cláusula penal es solidaria, pero divisible, cada uno de los deudores está obligado al pago íntegro de la penalidad; en caso de muerte de algún codeudor, la penalidad se divide entre sus herederos en proporción a las participaciones que les corresponda en la herencia (artículo 1349). Empero, si la obligación es mancomunada, cada uno de los deudores o de los herederos del deudor, según sea el caso, está obligado a satisfacer la pena en proporción a su parte, siempre que la cláusula penal sea divisible (artículo 1347).

Cuando la cláusula penal fuera indivisible, cada uno de los deudores o, en su caso, sus herederos, está obligado al pago íntegro de la penalidad (artículo 1348°).

El Código Civil también prevé la facultad de los codeudores que no fuesen culpables del incumplimiento de la obligación, pero que fueron conminados al

[27] *Ibíd.*, pp. 301-302.

pago de la penalidad, el derecho de exigir el pago contra el codeudor o codeudores culpables que dieron lugar a la aplicación de la penalidad (artículo 1350).

2.2.2. Contratos asociativos: el contrato de consorcio

2.2.2.1. Definición de los contratos asociativos

A esta novedosa e interesante modalidad contractual, podríamos definirla ampliamente, como un género que abarca distintas modalidades, cuyas características principales entre ellas reside en el hecho que dos o más personas (naturales o jurídicas), buscando finalidades e intereses comunes, acuerdan integrarse con el objeto de llevar adelante un proyecto empresarial conjunto, pero por período de tiempo determinado o hasta alcanzar un propósito establecido; conservando cada una de ellas, su propia autonomía y personalidad jurídica; es decir, sin que tengan que formar una nueva empresa o sociedad para aquello[28].

La doctrina nacional, siguiendo la estela de la doctrina italiana, tiende a considerar al contrato asociativo como un contrato plurilateral[29], esto es como un contrato celebrado entre dos o más parles; y también como una especie del contrato de colaboración[30], pero con la diferencia que en este último existe siempre una función de cooperación para uno de los contratantes, en cambio en los contratos asociativos, muy al margen de tener una finalidad similar, aquí el fin

[28] MARTORELL, Ernesto (1998). *Tratado de Contratos de Empresas*, Tomo ll, Depalma, Buenos Aires, p. 282; BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo (2002). *Comentarios a la Ley General de Sociedades*, Gaceta Jurídica, Lima, p. 819

[29] MESSINEO, Francesco (1979). *Manual de Derecho Civil y Comercial*, *Tomo IV*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, p. 536.

[30] BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo (2002). *El contrato de Asociación en participación*, Editora Rao S.R.L. y Jurídica, Lima, pp. 383-384

perseguido es común a ambos indistintamente[31]; por ello es que en este género contractual (de los contratos asociativos), podemos hallar en un sentido amplio, a las agrupaciones de colaboración, las uniones transitorias de empresas y algunos negocios en participación; y en sentido específico al contrato de asociación en participación, al consorcio y al Joint Venture (riesgo compartido).

2.2.2.2. Distinción del contrato asociativo con el contrato de sociedad

Antes de adentrarnos en el estudio de los contratos asociativos, es necesario en primer lugar detenernos a tratar acerca de las diferencias y similitudes existentes de éstos con las sociedades, por ser ambas figuras jurídicas de uso muy frecuente y extendido; y también, para comprender la naturaleza jurídica de ambas.

Más allá de la disyuntiva, doctrinaria aún subsistente de que sí la "sociedad" es o no un contrato, y adscribiéndonos a la tesis contractualista de aquella; definimos a la sociedad como aquella organización jurídica que surge de un contrato y que adquiere, por mandato legal, personalidad jurídica distinta a la de sus miembros; porque creemos que es básicamente un acuerdo de voluntades realizada por dos o más personas, naturales o jurídicas, que deciden aportar bienes, dinero y/o servicios; con el objeto de formar un ente colectivo único y

[31] MESSINEO, Francesco. Óp. cit., Tomo IV, p. 536; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (1991). *El Contrato en General*, Tomo I, Fondo Editorial de la U. Católica, Lima, pp. 246-248.

común a ellos, permanente en el tiempo, sujeto propio de derechos y obligaciones para el ejercicio de actividades económicas[32].

Ahora bien, "la sociedad", como es bastante conocido, desborda grandemente los límites clásicos del marco contractual que le dan origen, esto cuando adquiere personalidad jurídica al cumplir la formalidad exigida por ley (en el momento que ocurre su inscripción en el registro público); en cambio, y en base a la definición que diéramos en líneas anteriores, el (contrato asociativo) no es ni llega a ser en ningún momento una sociedad, esto es un ente independiente y autónomo a las personas que le dieron origen, pues no es una organización permanente con personalidad jurídica propia; es por el contrario y fundamentalmente, como señalamos, una "unión contractual" de carácter privado y de colaboración, siempre de carácter temporal, destinada a cumplir objetivos económicos específicos de cooperación y en beneficio exclusivo de las parles contratantes.

En este sentido, y en base a las consideraciones señalas entre ambas figuras, podemos señalar que son cinco las principales diferencias entre la "sociedad" y los "contratos asociativos":

- Una de las principales diferencia entre estas figuras está en el hecho de la personalidad jurídica; así, podemos señalar que tanto la sociedad, como los contratos asociativos, son contratos que la doctrina reconoce como (organización", porque ambos tienden a crear estructuras

[32] BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. *Óp. Cit., Comentarios a la Ley General*, p. 819

organizativas para la consecución de determinados objetivos; pero debemos señalar que, mientras que en la "sociedad", la organización creada adquiere una personalidad distinta y autónoma a la de las partes intervinientes -por reconocimiento de la ley- en los "contratos asociativos" no ocurre lo mismo, pues allí no existe tal personalidad jurídica, ya que cada parte mantiene su propia individualidad y personalidad.

- Otra diferencia saltante entre ambas figuras es la relativa a las partes integrantes; así, mientras que en una "sociedad" todos son socios entre sí, con derechos igualitarios y participaciones de acuerdo a sus aportes en la dirección de la sociedad, en los "contratos asociativos" en cambio, existen asociados que participan en diferentes grados y con distintas responsabilidades de acuerdo a la naturaleza del negocio[33], caso por ejemplo en la asociación en participación donde las obligaciones del asociante y del asociado son distintas.
- En el aspecto del plazo encontramos otra diferencia sustancial entre los "contratos asociativos" y la "sociedad", ya que mientras que los primeros, como señaláramos, son celebrados a plazos determinados, o hasta la consecución de un fin o negocio específico, en la "sociedad" el plazo es siempre indeterminado e indefinido, pues su existencia y actividades no están supeditadas a plazos o negocios específicos.

[33] FARINA, Juan (1991). *Contratos Comerciales y Modernos*, Astrea, Buenos Aires, pp.737-743

- Otro punto fundamental distintivo entre ambas figuras es la relativa a las prestaciones que cumplen las partes; así, en la "sociedad" el cumplimiento de las prestaciones no encuentra correspondencia de sus contrapartes, pues no existe reciprocidad entre ellas, en tal sentido, el incumplimiento de las prestaciones de una de las partes sólo generará la resolución del contrato respecto a la parte que la incumple y no autoriza a las otras a suspender sus cumplimientos; caso distinto ocurre en los "contratos asociativos" en los cuales si existe reciprocidad, así el incumplimiento que haga una de las partes afectará al contrato mismo y es objeto de resolución de aquel.
- Finalmente como otro punto diferencial tenemos que, "la sociedad," siendo en principio una organización abierta permite el ingreso de nuevas personas después de su celebración, así como la salida de las partes originarias; en contraposición a ello, en los "contratos asociativos" no se permite aquello, en razón que son organizaciones mucho más cerradas que las anteriores, ya que el ingreso de nuevos asociados sólo es posible si es que así lo han establecido previamente todas las partes celebrantes del contrato.

2.2.2.3. Inclusión de los contratos asociativos en la ley general de sociedades

Aunque en este punto, luego de haber analizado someramente los contratos asociativos, parezca un tanto extraño concebir, como siendo tan diferentes estas

figuras jurídicas –en cuanto a su naturaleza y estructura– con las sociedades, en nuestra legislación se hallan consagradas normativamente en una ley que regula todos los tipos societarios permitidos, como es la actual Ley General de sociedades (Ley N° 26887); pero lo cierto es que aquella inclusión obedece a dos situaciones muy concretas: a la tradición legislativa, puesto que también estaban contenidos en la anterior Ley de Sociedades (Ley de Sociedades Mercantiles, Ley N° 16123 del año 1966)[34]; y a la supuesta afinidad doctrinaria, que un grueso sector de la doctrina de ese entonces -hoy superada- le reconocía a aquellos con las sociedades[35].

Así la actual Ley General de Sociedades (Ley N° 26887), siguiendo la "tradición" y "tendencia doctrinaria" de su antecesora, nuevamente los incluye en su estructura, específicamente en el Libro; pero es menester señalar que esta ubicación no ha estado exenta de polémica y crítica, pues no es lugar más adecuado para normar contratos que no llegan a ser sociedades, por ello es que muchos doctrinarios han vendido señalando en los últimos años que esta ubicación normativa no es ni debe ser definitiva, ya que lo ideal y correcto sería trasladar dichos artículos de la Ley General de Sociedades –referidos a los contratos asociativos-, a una ley más acorde que los contemple, como sería el caso de la tan anunciada Ley Marco del Empresariado, cuya primera versión de su

[34] El tratamiento legislativo de los contratos asociativos ha sido variado en el tiempo. Inicialmente, la asociación fue recogida en el código civil de 1 936; la Ley 16123, llamada Ley de Sociedades Mercantiles se ocupó de la Asociación en Participación, en sus artículos 398 al 406; y posteriormente, con la entrada en vigencia de la actual Ley General de sociedades (Ley 26887) aparece regulado también el Consorcio.

[35] FERRERO DIEZ CANSECO, Eduardo (2010). *Algunos apuntes sobre los contratos asociativos y su tratamiento en la Ley General de Sociedades Peruanas*, en: Revista IUS et Veritas, Año IX, N° 18, Lima, p. 57

proyecto ya fue publicada en el Diario Oficial El Peruano el 06 de mayo de 1999, que contemplaba la inclusión de estos contratos bajo la denominación amplia de "Contratos de Colaboración Empresarial"[36].

2.2.2.4. Características legislativas de los contratos asociativos

Como señaláramos líneas atrás, la actual Ley General de Sociedades (Ley N° 26887) regula a los contratos asociativos en su libro V, en artículos que van del 438° al 448°. Los dos primeros artículos de la citada ley, tratan de las generalidades comunes a todos los contratos asociativos, así el artículo 438° habla de los alcances y de la conceptualización de los contratos asociativos, y el artículo 439° se refiere a las contribuciones de dinero, bienes y/o servicios necesarios para la celebración y ejecución de dicho contrato; seguidamente la Ley se ocupa del tratamiento de dos modalidades de este género contractual que son: la Asociación en Participación (Art. 440° al 444°) y el Consorcio (Art. 445° al 448°).

A continuación pasaremos a comentar dichos artículos, con el objeto de remarcar el campo de acción que los legisladores le han consagrado a dichos contratos en nuestro ordenamiento jurídico.

[36] El texto de motivos de ese anteproyecto decía así: "La razón es una: lo que la legislación mercantil busca, más que aludir a un contrato, es contemplar una nueva forma de organización empresarial, permanente o temporal. Por ello estimamos que, sin desnaturalizar y sin romper la armonía de la Ley General de Sociedades, el libro V que la regula, debe ser trasladado a la ley, permitiendo la contratación entre cualquier empresario, sin importar la forma organizativa que adopte. Nótese por ende, podrán formar asociaciones o consorcios, todas las personas naturales o jurídicas que quieran realizar o realicen actividad empresarial. (Anteproyecto de la ley Marco del empresariado. Exposición de motivos. Diario Oficial El Peruano, jueves 06 de mayo de 1999, p. 7).

Art. 438°.- Alcances de los Contratos Asociativos: "Se considera contrato asociativo aquel que crea y regula relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes. El contrato asociativo no genera persona jurídica, debe constar por escrito y no está sujeto a inscripción en el registro".

Como podemos apreciar, de lo establecido en el art. 438 de la LGS., la regulación de este género contractual es bastante amplia, con lo que se deja abierta la posibilidad, que de acuerdo a la autonomía de la voluntad, las partes pueden celebrar otros contratos asociativos, que no necesariamente están descritos en esta ley[37]; (o sea, otros que no sean necesariamente la Asociación en Participación o el Consorcio). Por ello, para que puedan catalogarse como contratos asociativos, se deduce que deben cumplir con las siguientes características centrales, comunes a este tipo de contratos, las cuales son:

a) Que tengan por objeto la participación o integración de las partes contratantes en negocios o empresas, en interés común de las partes;
b) Que no den lugar a la formación de una nueva persona jurídica distinta a las personas que contratan;

[37] En concordancia también con lo dispuesto en el Código Civil, que en su artículo 1352, que trata sobre el ámbito de aplicación de las normas generales de contratación y el artículo 1353, sobre la libertad de contratar.

c) En cuanto a la formalidad exigida, no es necesaria la escritura pública ni la inscripción en Registro[38], ya que sólo basta que los contratos asociativos consten por escrito.

Artículo 439°.- Contribuciones de dinero, bienes o servicios.- Las partes están obligadas a efectuar, las contribuciones en dinero, bienes o servicios establecidos en el contrato. Si no se hubiera indicado el monto de las contribuciones, las partes se encuentran obligadas a efectuar las que sean necesarias para la realización del negocio o empresa, en proporción a su participación en las utilidades.

La entrega de dinero, bienes o la prestación de servicios, se harán en la oportunidad, el lugar y la forma establecida en el contrato. A falta de estipulación, rigen las normas para los aportes establecidas en la presente ley, en cuanto le sean aplicables.

De lo regulado por el artículo 439° de la LGS, sobre las contribuciones a efectuar por las partes contratantes (asociados) en un contrato asociativo a favor del asociante, podemos resumir que:

a) Aunque ordinariamente, se estila que las contribuciones consistan en aportes dinerarios; sin embargo la LGS ha considerado que también puedan consistir en aportes no dinerarios. Así se consideran como

[38] ELIAS LAROZA, Enrique (2001). *Derecho Societario Peruano*, Normas Legales S.A., Trujillo, p. 947

contribuciones, también a los aportes de bienes y la prestación de servicios.

b) Ahora bien, los bienes aportados por el asociado en los contratos asociativos, y en concordancia con artículos siguientes de esta ley, de ningún modo pasan a la propiedad del otro asociado, así cada contratante mantiene la propiedad de los bienes que asigna al negocio (art. 446° LGS);

c) Por otra parte, siendo lo ordinario que las partes establezcan en el documento contractual las contribuciones a que se obligan, puede ocurrir que no lo hayan señalado y guarden silencio, en estos casos, deberán efectuar todas las contribuciones necesarias para la realización del negocio o empresa, en las mismas proporciones en partes iguales[39];

d) Finalmente, la oportunidad de la entrega de las contribuciones obligadas es también un punto muy importante, así, tal como lo señala el artículo antes señalado, la entrega del dinero, bienes o la prestación de los servicios debe realizarse en la oportunidad, lugar y forma establecidos en el contrato, y que en caso que no lo hubieran señalado, la ley nos remite a la aplicación supletoria de las normas establecidas para los aportes en la LGS[40].

[39] Ley General de Sociedades: Art. No 448 Sistema de Participaciones: "El contrato deberá establecer el régimen y los sistemas de participación en los resultados del consorcio; de no hacerlo, se entenderá que es en partes iguales".

[40] Ley General de Sociedades: Título: IV: Aportes y Adquisiciones Onerosas (Arts. 74 al 81).

2.2.2.5. El contrato de consorcio

2.2.2.5.1. Definición

Esta otra modalidad de contrato asociativo que nuestra LGS regula, podríamos definirla como aquella por el cual dos o más personas contratantes (naturales o jurídicas) denominadas "consorciados,' convienen en participar activa, abiertamente, con independencia y conservando sus propias autonomías y personerías jurídicas, con el propósito específico de obtener una ganancia económica y a través de una relación jurídica temporal, en determinado negocio o empresa, o de las actividades previstas en aquella. Su naturaleza es asociativa, y por ende no constitutiva de persona jurídica[41]; así se encuentra normado en nuestra legislación como contrato nominado y típico.

Es un contrato de un uso muy extendido en el ámbito comercial y empresarial, así como en la contratación con el sector público; actividades en las cuales generalmente se requiere del concurso, esto es del acuerdo conjunto destinado a aunar esfuerzos y recursos, para llevar a cabo una empresa o negocio de gran importancia y tamaño, cosa que sería muy difícil, o tal vez imposible, sí una sola parte decidiera embarcarse individualmente en la realización de grandes proyectos de obras o servicios que requiere el Estado contratar de particulares[42].

[41] MONTOYA MANFREDI, Ulises (1999). *Derecho Comercial, Tomo ll,* Editorial Grijley, Lima, p. 749

[42] Las disposiciones en materia de contratación con el estado a través de consorcios, son reguladas por la legislación del CONSUCODE, siendo las principales las siguientes:
- Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N'083-2004-PCM: art. 9.

La práctica empresarial contemporánea, se ha encargado de ubicar al consorcio como un valioso instrumento de colaboración empresarial, ya que por medio de éste, varias empresas pueden establecer acuerdos de cooperación y de organización comunes que les permiten reducir grandemente sus costos operativos[43].

De allí que este tenga un fin eminentemente económico siendo grandemente empleado, pues permite aunar esfuerzos de inversión, logística, etc., para la consecución en conjunto de objetivos económicos específicos; es tal vez por este motivo que Aníbal Sierralta ubica al consorcio dentro de las llamadas "alianzas estratégicas", empresariales[44], pues usualmente constituye una forma más de interactuar entre empresas.

2.2.2.5.2. Elementos

Básicamente dos son los elementos más característicos del contrato de consorcio, siendo el primero el objeto perseguido con este contrato, y el segundo la calidad de las partes intervinientes en el mismo.

- Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N" 084 -2004-PCM: art. 73.
- Reglamento de Organización y Funciones del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N" 021-2001- PCM.
- Ley N" 28015
- Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa: art. 2.
- Decreto Supremo N" 009-2003-TR, Reglamento Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa: arts.: 3, 4 y 5.
- Ley N" 27633. Ley que modifica la Ley No 27143, Ley de Promoción Temporal del Desarrollo Productivo: artículo único.

[43] MONTOYA MANFREDI, Ulises. Óp. Cit., p. 751

[44] SIERRALTA RÍOS, Aníbal (1996). *Joint venture lnternacional*, Depalma, Buenos Aires, p. 90

a) **Objeto.-** De lo señalado hasta ahora podemos deducir que, el objeto del contrato de consorcio evidentemente es la "organización común", que es en primer término lo que anima e impulsa a las partes (consorciados) a celebrar este contrato, que está por encima del interés económico individual y particular[45]; ello porque la organización común de organizar y sumar esfuerzos es la razón misma del contrato de consorcio.

   Sustentando lo aseverado, sobre el particular, el italiano Francesco Messineo señala que: *"El objeto (rectius: contenido, o causa) del consorcio es una organización común de empresas, como instrumento para disciplinar (entre ellas) (la competencia; y la disciplina vale aquí para todos los que forman parte del consorcio (auto limitación)D; por ello agrega el mencionado autor que: *la actividad económica -por decirlo así- es sujeto de segundo grado mientras que el objeto de primer grado es la organización común de la regulación de aquella actividad. De aquí, también el carácter específicamente normativo del consorcio y de su acto constitutivo"*[46].

b) **Partes intervinientes.-** Las partes intervinientes en el contrato de consorcio, como ya lo hemos señalado, son llamadas consorciados, debiendo ser estas por lo general más de dos personas, de allí su carácter de contrato plurilateral[47].

[45] MONTOYA MANFRED|, Ulises. Óp. Cit., p. 757.
[46] MESSINEO, Francesco. Óp. cit., Tomo IV, pp. 536-537
[47] TRANCHINI, Marcela (1997). *Clasificación de los contratos*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, p. 47

Ahora bien, pueden ser personas naturales o jurídicas, aunque lo usual es que ordinariamente sean empresas, que deciden unirse transitoriamente a través de este contrato con la finalidad de establecer una relación jurídica estable, durante un plazo de tiempo determinado que les permite operar y/o dirigir un negocio o empresa, en forma activa y directa, conservando cada una su independencia y autonomía; pero definitivamente nada limita que los consorciados puedan ser personas naturales.

2.2.2.5.3. Caracteres jurídicos

Entre los principales caracteres jurídicos que presenta este contrato, podemos señalar los siguientes:

a) **Es un contrato asociativo**, pertenece a un género contractual que permite la colaboración entre las partes, al participar en un negocio o empresa determinada sin formar una nueva persona jurídica. Así, es un contrato asociativo; y por lo tanto también pertenece al rubro de los contratos de colaboración empresarial[48].
b) **Es un contrato típico**; porque nuestra legislación lo contempla, ya que aparece como tal regulado en la actual Ley General de Sociedades, en el Libro Quinto, artículos 445° al 448°; aunque como hemos señalado este lugar o mejor dicho, esta ley, no es el lugar más adecuado para contener figuras jurídicas que no son ni llegan a ser sociedades.

[48] MARTORELL, Ernesto. Óp. Cit., p. 277

c) **Es un contrato plurilateral**; esto es, porque frecuentemente son más de dos las personas que intervienen en la celebración del contrato, sin embargo dicha pluralidad, puede ser eventual, ya que este contrato puede ser también celebrado por sólo dos partes, en este caso el consorcio podría ser celebrado como un contrato bilateral.

d) **Es eminentemente oneroso**; definitivamente lo es ya que ésta su característica principal (la búsqueda del lucro). Las partes celebran el contrato, motivados por intereses económicos individuales y así lo reconoce nuestra LGS. (art. 445)

e) **Es principal**; porque para su celebración no se requiere de ningún otro contrato que se haya celebrado con anterioridad; por ello, tiene vida jurídica autónoma y por ende no depende de ningún otro contrato.

f) **Es consensual**; porque se perfecciona por el acuerdo de las partes, no reviste formalidad alguna, debe si constar por escrito para efectos probatorios pero no está obligado a inscripción en el registro (art. 438 de la LGS), salvo que las partes lo establezcan en el mismo documento contractual.

g) **Es sinalagmático**; puesto que existen generalmente contraprestaciones bilaterales recíprocas entre las partes (consorciados).

h) **Es un contrato no formal**, al igual que el contrato de asociación en participación, ya que tal como lo prescribe la LGS, en su art. 438°, salvo el requisito de constar en forma escrita, no se exige alguna otra formalidad adicional.

2.2.2.5.4. Características del contrato

De lo desarrollado hasta ahora, y haciendo una apretada síntesis, podemos concluir que este contrato posee las siguientes características particulares:

a) Este contrato no origina la creación o nacimiento de una persona jurídica distinta a la que pueden tener los consorciados, en tal razón este contrato no tiene denominación, ni razón social, sobre esta característica no cabe detallar más, pues en líneas anteriores ya hemos abundado al respecto;
b) Este contrato permite regular relaciones de participación e integración de empresas en uno o más negocios donde las partes (consorciados) tienen intereses comunes;
c) Cada parte contratante (consorciados) "participan" activa, directa y abiertamente en el negocio o empresa materia de este contrato, realizando las actividades a las que se ha obligado, con plena autonomía[49]; así también cada uno asume la administración en la misma forma que se ha comprometido en el contrato; por ello es sumamente importante que deba preverse en el contrato, cláusulas que estipulen las formas de establecer compromisos y responsabilidades del consorcio, como tal, frente a terceros.
d) En su relación con terceros, cada consorciado asume derechos y obligaciones a título particular al realizar las operaciones del consorcio,

[49] Una de las características centrales del consorcio es que la administración del contrato debe estar establecida en éste, debiendo señalarse de manera clara las facultades y responsabilidades propias de cada uno de los consorciados y las del conjunto, si las hubiera.

respondiendo frente a ellos de modo individual. Así, en cuanto a las responsabilidades derivadas de este contrato, con respecto a terceros, la norma básica es la no solidaridad entre los consorciados; en este sentido, y de acuerdo a lo establecido por el artículo 447° de la LGS, cada consorciado, frente a terceros, asume derechos y obligaciones a título individual en el desarrollo de las actividades que comprende el contrato, realizándolas de manera activa y directa[50]. Se admite la responsabilidad solidaria de los consorciados frente a terceros, sólo si ello se ha pactado en el contrato, o cuando lo establece la ley[51].

e) Los bienes, que cada uno de los consorciados puedan apodar durante el plazo de duración del negocio o empresa objeto del contrato, permanecen en propiedad de estos mismos; esto es continúan siendo de propiedad de sus titulares (de cada consorciado); pero si durante la ejecución de este contrato, se hubieran adquirido bienes conjuntamente, aquellos se sujetan a las reglas de bienes adquiridos en "copropiedad", tal como lo establece el artículo 446° de la LGS.

f) Este contrato como ya lo hemos señalado y dada su naturaleza temporal, es un contrato que está sujeto a plazo, siendo éste determinado o determinable; pudiendo aquel depender de un plazo previamente

[50] ELIAS LAROZA, Enrique. Óp. Cit., p. 900

[51] Así lo señala la LGS en su Art. 4470 (Relación con terceros y responsabilidades). Pero en la Ley del CONSUCODE (Ley 26850), la solidaridad entre los consorciados si es un requisito fundamental, ya que las partes se obligan entre sí, y ante la entidad contratante (el Estado) a cumplir con el contrato, siendo solidariamente responsables ante un eventual incumplimiento del contrato, salvo que pueda identificarse individualmente al causante de dicho incumplimiento y el CONSUCODE lo estime así. Por ello, los consorciados deben responder de manera solidaria por todas las consecuencias derivadas de su participación, individual o conjunta, dentro del consorcio; tanto en los procesos de selección así como de su participación derivado de este.

estipulado, o hasta la conclusión de un negocio específico que las partes (consorciados) acuerden.

g) Estos contratos, como se dijo, deben constar necesariamente por escrito, pero no es necesario que estén sujetos a inscripción en el registro[52]. En cuanto a la gestión del consorcio, y a diferencia de la asociación en participación, aquí todas las partes participan en el manejo del negocio objeto del contrato.

i) En lo que respecta a los sistemas de repartición de los resultados, podemos señalar que cada consorciado tiene derecho a recibir las utilidades y beneficios que resultaren del negocio o empresa objeto del contrato. La Ley General de Sociedades deja librada en su artículo 448°, a la autonomía de la voluntad la forma de repartirse los resultados económicos; pero en el caso que las partes no hubieran determinado tal régimen y los sistemas del reparto, la referida norma prevé que ésta se hará en partes iguales.

2.2.2.5.5. Subtipos del contrato de consorcio

En la doctrina nacional no hemos hallado ninguna diferenciación en cuanto a clases o subtipos de consorcio, pero sí en la doctrina italiana, donde se habla de la existencia de dos tipos de consorcio: los voluntarios y los obligatorios; los primeros nacidos por la autonomía de la voluntad entre particulares y los segundos

[52] Sin embargo nada impide, además, que las facultades de poder asumir compromisos con terceros se precisen y se inscriban en la partida de la sociedad en el Registro, esto, a efecto de que los terceros, que contraten con empresas consorciales tengan la seguridad jurídica respecto a las facultades de quienes representa al consorcio, si es que fuere el caso.

bajo el auspicio y promoción del Estado. Así, bajo aquella línea, Francesco Messineo señala Que: *"El consorcio obligatorio está categóricamente sobre la línea de la tutela de los intereses generales, por el contrario, el consorcio voluntario persigue fines particulares, los cuales pueden ser conseguidos legítimamente, en cuanto no estén en contraste con los fines de utilidad general"*[53].

Messineo, comentando brevemente la legislación italiana, señala además que ésta distingue claramente en materia de consorcios voluntarios dos tipos de consorcios: el consorcio con actividad interna y el consorcio con actividad externa.

En el caso del consorcio con actividad interna, éste se constituye mediante contrato (rectius: acto colectivo): "el denominado acto consorcial, cuya eficacia afecta solamente a los participantes (consorciados) originarios y también a los sobrevenidos", pudiendo éste ser cerrado (limitado a los constituyentes originarios), o abierto (permite nuevos adherentes), en este último caso el contrato debe establecer bajo qué presupuestos se permiten nuevos asociados.

En el caso del consorcio con actividad externa, éste "da lugar a la creación de un patrimonio autónomo y de un sujeto con personalidad propia", y además de series aplicables las reglas del consorcio con actividad interna poseen otras que lo acercan más a una sociedad consorcial te mporal[54].

[53] MESSINEO, Francesco. Óp. cit. Tomo VI, p. 31
[54] MESSINEO, Francesco. Óp. cit. Tomo VI, pp. 24 - 31.

2.2.2.5.6. Diferencias con otras figuras contractuales

A continuación nos vamos a ocupar en señalar las diferencias que existe entre el consorcio, con los contratos de asociación en participación y el joint venture, debido a las similitudes que estos contratos puedan presentar y dado el carácter de contratos asociativos que constituyen aquellos. Pues si bien es cierto que presentan similitudes, al ser miembro de una rama de contratos; sin embargo, también presenta diferencias que delimitan su posición respecto a estos.

a) Con la asociación en participación.- Al margen de constituir, ambos, contratos asociativos podemos hallar las siguientes diferencias:

- Mientras que en el contrato de asociación en participación, la figura del asociado corresponde a la de un .socio oculto" en el contrato de consorcio no existe tal, "socio oculto", todos los consorciados se dan a conocer frente a terceros y asumen responsabilidades frente a estos a título particular para el cumplimiento del contrato;
- En el contrato de asociación en participación es el asociante quien asume la dirección y gestión del negocio, exceptuándose de ésta al asociado, en cambio, en el consorcio todas las partes (consorciados) intervienen en forma activa y directa en dicho negocio o empresa[55];
- En lo que se refiere a las obligaciones frente a terceros, en la asociación en participación sólo es el asociante quien asume cualquier obligación frente a éstos; en cambio en el consorcio, cada consorciado se vincula

[55] ELÍAS LAROZA, Enrique. Óp. cit., p. 868

individualmente con terceros en el desempeño de la actividad que le corresponde en virtud del contrato, asumiendo obligaciones y responsabilidades a título particular[56].

- En lo que respecta a la presunción de la propiedad de los bienes, en el negocio o empresa objeto del contrato: en la asociación en participación, éstos, frente a terceros se reputan como de propiedad del asociante, salvo que ellos se hallen inscrito en el registro público; en el consorcio en cambio, los bienes de los consorciados que sean empleados en la actividad o negocio objeto del contrato de consorcio, continúan siendo de propiedad exclusiva de éstos, regulándose la adquisición conjunta de bienes por las reglas de la copropiedad.

b) Con el Joint Venture (riesgo compartido).- El Joint Venture al igual que el consorcio, es un contrato asociativo, pero tienen antecedentes jurídicos distintos que se han ido perfilando a través de los años de acuerdo a los sistemas jurídicos de los que provienen, así como a la práctica empresarial y comercial donde se han venido desenvolviendo; sin embargo también presenta, semejanzas, al punto que cierto sector de la doctrina, tanto nacional y extranjera, ha tendido, erróneamente a equipararlos como si fueran iguales[57].

[56] Pero la responsabilidad será solidaria entre los miembros del consorcio, solo si así se ha pactado en el contrato o lo dispone la Ley.

[57] ÁLVAREZ CARRANZA, César (2000). *Algunos Criterios Respecto a los Contratos de Colaboración Empresarial en el Ordenamiento Jurídico Peruano*, Gaceta Jurídica, Lima, p. 39; SIERRALTA RÍOS, Aníbal. Óp. Cit., p. 93

Y eso ha ocurrido, debido a la tremenda influencia y popularización del Joint Venture[58] en actividades diversas que requieren la colaboración empresarial, al punto que en materia de contrataciones, ha obligado a muchos países latinos de concepción jurídica romanista a tratar de acomodarlo a sus legislaciones, así en Brasil se desarrolla bajo la figura del "consorcio", en argentina a esa figura toma el nombre de "Unión transitoria de Empresas", solo por citar algunos casos. En el caso peruano numerosos autores apresuradamente han tratado de identificarlos como casi lo mismo, llegando otros a señalar irresponsablemente que son "iguales".

Al punto que señalan, que lo que se ha regulado en la Ley General de Sociedades con el nombre de "consorcio', sería en realidad el joint venture; ello en virtud, según señalan, debido a que posee características similares[59], otros en cambio opinan lo contrario, (como varios miembros de la Comisión Redactora del Anteproyecto de la LGS), estiman que son diferentes y que lo que en la propia LGS está regulado no es el consorcio (aunque se utilice ese denominativo) sino es el joint venture. Sin embargo en mayo de 1996 en el ALME[60], tres eran los contratos asociativos que se proponían en esta Ley Asociación en participación, consorcio y riesgo compartido.

[58] En el contrato de joint venture convergen las voluntades de dos o más partes que convienen en aportar bienes, servicios, y derechos, con el propósito de desarrollar una actividad en común y repartirse los beneficios en la forma convenida.
[59] GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter (1999). *El Contrato de Consorcio*. En Estudios Societarios & Ley General de Sociedades, Gaceta Jurídica Editores, Lima, p. 363.
[60] Con fecha 6 de mayo de 1999 se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" el Anteproyecto y Exposición de Motivos de la Ley Marco del Empresariado que será la norma que muy probablemente derogue el Código de Comercio de 1902; la cual contiene un Título Preliminar y 93 Artículos distribuidos en cuatro libros: .De la Empresa"; "Del Empresario"; "De los Contratos de Colaboración Empresarial" y "De la Contabilidad".

Nosotros consideramos que son figuras semejantes, tal vez equiparable legislativamente, en cuanto le resulten aplicables- pero nunca iguales; y lo que se encuentra legislado en la LGS, como consorcio en los artículos 445° - 448°, vendría a ser a lo mucho una regulación contractual de joint venture, y de finalidad explícitamente económica y empresarial y no el joint venture que es una figura jurídica más amplia, pues no sólo regula la participación en negocios económicos, sino actividades que no necesariamente tienen que ver estrictamente con la finalidad antes señalada, ya que el joint venture, como figura jurídica y herramienta asociativa se presta más a que los inversionistas (privados o públicos) puedan desarrollar actividades que requieren de la simple colaboración en campos como de recursos y de tecnología avanzada.

Así, nosotros haciendo una apretada síntesis[61], podemos resaltar que principalmente las siguientes diferencias entre ellas son:

- En el contrato de consorcio, a diferencia de lo que ocurre en el Joint Venture, donde hay un objetivo común en la empresa o negocio; no se establece un objetivo común de ellos, sino lo que existe es básicamente, un conjunto de intereses -individuales- puestos en común, confiriéndoles a los bienes y servicios aportados un carácter instrumental, pues básicamente lo que importa aquí es el interés particular de las partes, por ello buscan integrar un consorcio; así,

[61] En nuestro país se tiende a identificar doctrinariamente ambas figuras asociativas como sinónimas, como lo mismo, siendo frecuentes los ejemplos al respecto, pero lo cierto es que existen grandes diferencias al respecto que el tiempo se encargará de traslucir. Actualmente en lo que respecta a minería, muchas reglamentaciones que se existen con nombre de Joint Venture.

también difiere por cuanto en el Joint Venture, existe limitación de la responsabilidad de los aportes comprometidos, lo que no ocurre en los consorcios, donde más bien la excepción es que exista un aporte comprometido en común.

- En cuanto al plazo de duración, en el Joint Venture es generalmente cierto y está previamente establecido por las parles, en el consorcio por el contrario el plazo está sujeto fundamentalmente a la duración del negocio[62].
- En el Joint Venture existe mutualidad de las parles respecto a la gestión del negocio. Es válido y con frecuencia ocurre, la celebración de un pacto por el cual, cualquiera de las partes, todas ellas o un tercero, asume la gestión del negocio[63]; en cambio en el consorcio, cada parte asume en el negocio o empresa sólo las áreas o responsabilidades que se ha comprometido en el contrato.
- El contrato de consorcio tiene un carácter estrictamente económico, en cambio el Joint Venture tiene un ámbito de aplicación mucho mayor, pues ésta puede abarcar estudios o proyectos de investigación, de producción o intercambio tecnológico, etc., de gran envergadura financiera, donde las partes intervinientes, que no necesariamente busquen obtener un rédito económico particular.

[62] SIERRALTA RÍOS, Aníbal. Óp. cit., p. 92
[63] SIERRALTA RÍOS, Aníbal: Óp. cit., p. 93

2.2.2.5.7. Extinción del contrato

El contrato de consorcio, al igual que todo contrato puede extinguirse por causas normales y anormales. Por causas normales puede quedar extinguido el consorcio, cuando se cumple el plazo pactado (por el transcurso del tiempo establecido); así como también por obtención de la finalidad económica buscada por las partes en el contrato; por voluntad unánime de los consorciados de dar por terminado el contrato; etc. Entre las causas anormales tendremos en los casos de incumplimiento, de las prestaciones a las cuales las partes se han obligado en virtud de este contrato.

2.3. Definición de términos[64]:

- **Cláusula penal:** Se entiende por cláusula penal aquella cláusula que puede pactarse en los contratos, por la que se acuerda de manera anticipada, el pago de una determinada indemnización para el caso de que alguna de las partes incumpla el contrato. La cláusula penal establecida suele consistir en el pago de una cantidad como indemnización por el incumplimiento, pero también pueden consistir en dar, hacer o no hacer algo para el caso de contravenir la obligación principal.
- **Contrato:** Es un acuerdo de voluntades, verbal o escrito, manifestado en común entre dos o más personas con capacidad (partes del contrato),

[64] FLORES POLO, Pedro (2002). *Diccionario Jurídico Fundamental*, Editorial Grijley, Lima; OSORIO, Manuel (1981). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta, Buenos Aires.

que se obligan en virtud del mismo, regulando sus relaciones relativas a una determinada finalidad o cosa, y a cuyo cumplimiento pueden compelerse de manera recíproca, si el contrato es bilateral, o compelerse una parte a la otra, si el contrato es unilateral.

- **Consorcio:** Es una asociación económica en la que una serie de empresas buscan desarrollar una actividad conjunta mediante la creación de una nueva sociedad. Generalmente se da cuando en un mercado con barreras de entrada varias empresas deciden formar una única entidad con el fin de elevar su poder monopolista. También se denomina consorcio al acuerdo por el cual los accionistas de empresas independientes acceden a entregar el control de sus acciones a cambio de certificados de consorcio que les dan derecho de participar en las ganancias comunes de dicho consorcio. Los participantes en el consorcio se denominan concordados.
- **Resolución de contrato:** Es un efecto especial que se produce en los contratos bilaterales, es decir, donde las partes se han obligado recíprocamente, y consiste en que frente al incumplimiento de una de las partes, nace para la otra el derecho de pedir que se deje sin efecto el contrato reparándosele los perjuicios sufridos. La resolución contractual tiene como efecto principal la cesación de efectos que emanan de un contrato. Por ello, la resolución es un supuesto de ineficacia. Tal ineficacia es sobrevenida, dado que se produce por causas anómalas que se producen en el devenir de la relación contractual.

- **Gobierno regional:** Son las instituciones públicas encargadas de la administración superior de cada una de las regiones y departamentos. Son consideradas personas jurídicas de derecho público con autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Los gobiernos regionales del Perú se componen de dos órganos: un consejo regional y un Presidente Regional.
- **Eficacia:** Es la capacidad de alcanzar el efecto que espera o se desea tras la realización de una acción. No debe confundirse este concepto con el de eficiencia (del latín efficientĭa), que se refiere al uso racional de los medios para alcanzar un objetivo predeterminado (es decir, cumplir un objetivo con el mínimo de recursos disponibles y tiempo).
- **Ordenamiento Jurídico.-** Conjunto de normas jurídicas que rigen en un lugar determinado en una época concreta y que están estructuradas en base al principio de jerarquía normativa. En el caso de los Estados democráticos, la Constitución Política constituye la base del ordenamiento jurídico.
- **Legislación.-** La ley es la norma escrita, de carácter general, que emana de los órganos políticos del Estado y se presumen fundada en una necesidad común relativa a la convivencia. En puridad, alude a una prescripción escrita y dictada por un órgano estatal competente, conforme a un procedimiento prefijado, por el cual se manda, prohíbe o penaliza alguna conducta.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de investigación

- **Tipo de investigación:** Corresponde a una investigación jurídica Mixta[65]: **Dogmática- Empírica,** en su **dimensión dogmática** tiene por finalidad ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado, es decir las cláusula penal en los contratos de consorcio; y, su **dimensión empírica** busca analizar la efectividad de la cláusula penal en los contratos suscritos entre el Gobierno Regional de Ancash y los Consorcios.
- **Tipo de diseño:** Corresponde a la denominada **No Experimental[66]**, debido a que carece de manipulación intencional de la variable independiente, además no posee grupo de control ni experimental; su finalidad es estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.
- **Diseño General:** Se empleó el diseño **Transversal[67]**, cuya finalidad es recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. Su propósito es describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado; en el presente caso, está delimitado temporalmente para el periodo 2010-2011.

[65] SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*, Editora Fecat, Lima, pp. 54 y ss.
[66] ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*, Editorial Fecat, Lima, p. 34.
[67] HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2010). *Metodología de la Investigación*, Editorial McGrawHill, México, p. 151.

- **Diseño específico:** Se empleó el diseño **explicativo-propositivo**[68], toda vez que se estudió los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio, para luego plantear como debería ser su tratamiento normativo.

3.2. Métodos de investigación[69].

Los métodos específicos empleados en la investigación fueron:

a) **Método Dogmático.-** Encaminada al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación), con la finalidad de pulir los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar las instituciones del Derecho con la finalidad de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización. El Derecho al estar conformado por instituciones, estos pueden ser explicados para el método dogmático en términos jurídicos sin apelar a consideraciones políticas, ideológicas o éticas. Este método se empelara en nuestra investigación para tratar de entender el problema de investigación a la luz de la doctrina y los planteamientos teóricos de los juristas.

[68] Ibíd., p. 155.
[69] ZELAYARAN DURAND, Mauro (2000). M*etodología de la investigación jurídica*, Ediciones Jurídicas, Lima, pp. 65 y ss.

b) **Método hermenéutico**. La hermenéutica jurídica presupone necesariamente el manejo de los conceptos, nociones y dogmas que conforman la ciencia del Derecho. Los aplicadores del derecho tienen la enorme pero a la vez honrosa responsabilidad de otorgar sentido, a través de sus resoluciones judiciales, a la voluntad soberana del pueblo. En sentido amplio, éste método trata de observar algo y buscarle significado. En sentido estricto, siempre que los datos o las partes de un todo se presten a diferentes interpretaciones. En ese sentido, siendo nuestro objeto de estudio susceptible de diversas interpretaciones será necesario para poder hacer la teorización de nuestro trabajo emplear este método.

Existen muchos métodos de interpretación (sistemático, histórico, funcional, restrictivo exegético, sociológico, etcétera) empero, la solución correcta a la dicotomía debe ser siempre congruente y compatible con los anhelos e ideales de la sociedad de que se trate para que de esa forma se obtenga un sistema jurídico válido y a la vez eficaz (válido en cuanto no contraría la norma fundamental y eficaz en cuanto a que se respeta y cumpla) capaz de garantizar la vigencia del Estado de Derecho; por ello la interpretación hermenéutica niega la posibilidad de significados múltiples y contrastantes; en todo caso, la coherencia depende de la conformidad de la interpretación con el todo del sistema normativo que se presume integro, sin lagunas jurídicas; por ello el intérprete del derecho dispone con anticipación del sentido que

constituyen la tradición jurídica que persiguen los sentimientos de una nación.

c) **Método de la Argumentación Jurídica**.- La argumentación jurídica es el medio con el cual se sustenta el Derecho. La argumentación jurídica es la forma organizada de demostrar lógicamente por medio de un razonamiento formulado con el propósito de conseguir la aceptación o rechazo de una tesis o teoría determinada. La aceptación o rechazo de esa tesis dependerá de la eficacia o ineficacia de la argumentación que le sirve de apoyo. En los procesos judiciales es necesario establecer por medio de la argumentación jurídica, el que se pueda probar los hechos, valiéndose de ciertos medios o indicios, que a menudo se contraponen unos a otros. La argumentación jurídica infiere, de los indicios, la existencia o inexistencia de otros hechos que son considerados, por la experiencia, como la única explicación práctica posible de tales indicios.

d) **Método Exegético**.- Tiene por objeto de estudio a la norma jurídica y cuya finalidad es captarlas y comprenderlas dirigiéndolas a la idealidad; tiene además las características de ser puramente formal o conceptual, en donde se libere a la Ciencia Jurídica de elementos extraños pertenecientes a otras disciplinas. Este método será aplicado en nuestro trabajo, toda vez que se hará el estudio la de normatividad vigente sobre nuestro problema de investigación.

e) **Método fenomenológico.**- Para este método los fenómenos sociales y jurídicos pueden ser objeto del conocimiento mediante la percepción de sus procesos de manifestación en el contexto de la realidad social, hasta el conocimiento de su naturaleza o esencia, que lo distingue de otros hechos o fenómenos en su dimensión histórica, es decir, en sus modificaciones y cambios en el tiempo y en el espacio geográfico y social, las que determinan la validez de las concepciones, normas e instituciones.

f) **Método matemático.-** La investigación por su naturaleza mixta, trabajara con datos empíricos que requiere su representación numérica, en consecuencia se empleara las matemáticas para poder representar dichos datos o información –cuantificación numérica-, a lo que la investigación social denomina proceso de matematización de la ciencia.

g) **Método estadístico.-** En nuestros días, la estadística se ha convertido en un método efectivo para describir con exactitud los valores de datos económicos, políticos, sociales, psicológicos, biológicos o físicos, y sirve como herramienta para relacionar y analizar dichos datos. El trabajo estadístico consistirá en reunir, tabular los datos, e interpretarlos. En la presente investigación se empleará solo la estadística descriptiva que analiza, estudia y describe a la totalidad de individuos o elementos de una población. Su finalidad es obtener información, analizarla, elaborarla y simplificarla lo necesario para que pueda ser interpretada cómoda y rápidamente y, por tanto, pueda utilizarse eficazmente para el

fin que se desee. El proceso que se seguirá, consistirá de los siguientes pasos: a) Selección de caracteres dignos de ser estudiados, b) Mediante encuesta o medición, obtención del valor de cada individuo en los caracteres seleccionados, c) Elaboración de tablas de frecuencias, mediante la adecuada clasificación de los individuos dentro de cada carácter y d) Representación gráfica de los resultados (elaboración de gráficas estadísticas).

Respecto al proceso o los momentos o fases de la investigación, estos se plasmaron de la siguiente manera:

a) **Planteamiento del problema:** Comprende la individualización y descripción del problema, el planteamiento de una hipótesis directriz o de trabajo, y la adopción de métodos para el conocimiento del problema.

b) **Construcción**: Es la búsqueda de las fuentes del conocimiento jurídico, en ella observamos la fijación critica de un texto, critico de veracidad y trascendencia y sobre los datos contenidos veremos la extracción y fijación sobre materiales, sujetos y fuentes y la agrupación de los datos obtenidos.

Papel fundamental es la ordenación de las fuentes, la cual puede ser:

- Bibliográficos: Datos sobre las fuentes.
- Bibliografía: Datos sobre autores y/o personas.

- Nemotécnicas: son citas, resúmenes u observaciones sobre materias determinados o que tienen alguna relación.
- Webgrafia: Datos sobre fuentes del internet.

c) **Discusión:** Donde se realizó la revisión crítica de los materiales obtenidos; se adoptan tesis y los métodos para su demostración, la tesis conduce a un plan de exposición y reagrupamiento del material según sea el plan proyectado por la síntesis unitaria del desarrollo de la tesis.

d) **Informe final:** el mismo que fue redactado siguiendo el estilo y técnica de Vancouver, que es el más adecuado para la presentación de informes científicos en las ciencias sociales.

3.3. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

3.3.1. Población

a) **Universo Físico:** La delimitación geográfica estuvo constituida por el Gobierno Regional de Ancash.

b) **Universo Social:** Estuvo conformado por 100 empresarios que operan en la Región Ancash y los legajos estadísticos de los contratos suscritos por el Gobierno Regional de Ancash de los años 2010 a 2011.

c) **Universo temporal:** El periodo de estudio corresponderá a los años 2010 al 2011.

3.3.2. Muestra

a. Tipo: No Probabilística

b. Técnica muestral: Intencional

c. Marco muestral: Conciliadores, árbitros, empresarios y funcionarios.

d. Tamaño muestral[70]: Se trabajó con lo siguiente:

- **Personas:**

  30 empresarios dedicados al ámbito de ejecución de obras;

  04 funcionarios del Gobierno Regional de Ancash, involucrados con los procesos de selección y ejecución de obras; y

  04 árbitros pertenecientes a centros de arbitraje y conciliación.

- **Documentos**:

  77 Contratos

e. Unidad de análisis:

- Personas (empresarios que hayan formado parte de consorcios, funcionarios, conciliadores o árbitros) y objetos (contratos y expedientes).
- Doctrina y jurisprudencia comercial, civil y procesal civil.

[70] ROBLES TREJO, Luis y otros. Óp. Cit., pp. 134 y ss.

3.4. Estrategias o procedimientos de recogida, análisis e interpretación de información.

Estrategias o procedimientos de recogida de información

- Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleará la Técnica Documental, cuyos instrumentos serán las fichas Textuales y de Resumen y la Técnica del Análisis documental, con su instrumento la Ficha de análisis. Además de la encuesta para conocer la apreciación de los empresarios, funcionarios, conciliadores, árbitros y jueces.
- Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleara el Método de la Argumentación Jurídica.
- Para la obtención de información de la presente investigación se hará a través del enfoque cualitativo lo que permitirá recoger opiniones y valoraciones sobre el problema planteado. Es por esta razón que la presente investigación no perseguirá la generalización estadística sino la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia, doctrina y el derecho comparado. Pero complementariamente, se empleará el enfoque cuantitativo para procesar y representar los datos empíricos que se obtengan.

Análisis e interpretación de la información

Análisis de contenido.

Cuyos pasos a seguir fueron:

a) Selección de la información que será estudiada;
b) Selección de las categorías que se utilizarán;
c) Selección de las unidades de análisis, y
d) Selección del sistema de medición e interpretación

Criterios:

Los criterios a seguir en el presente proceso de investigación será el siguiente:

- Identificación del lugar donde se buscara la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información de la información en función a los objetivos de investigación, empleando técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.
- Sistematización de la información.
- Análisis y evaluación de la información.

3.5. Técnicas e instrumentos.

El recojo de información del trabajo de campo se realizó a través de la

Técnica documental, empleándose como su instrumento las fichas, especialmente las literales y de resumen, en base al cual recogeremos la información suficiente sobre nuestro problema de estudio. También se aplicó la ficha de análisis de contenido para poder realizar el estudio de los contratos celebrados entre el Gobierno Regional de Ancash y los Consorcios, sentencias judiciales, doctrina y jurisprudencias sobre nuestro problema de estudio y poder determinar cuáles son los criterios jurídicos y el tratamiento que existe al respecto.

Para conocer el problema de estudio se aplicó la técnica de la encuesta y análisis documental, cuyo instrumento fue el cuestionario y la ficha de análisis, respectivamente. Para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática e integral del problema de estudio. Finalmente para la validación de las hipótesis, se formuló en base al logro de los objetivos de investigación, cuyo diseño de trabajo operacional, implica trabajar con la información encontrada en las diversas fuentes a fin de procesar dicha información con la técnica de la argumentación jurídica.

3.6. Contexto.

El lugar donde se desarrolló la investigación fue en la ciudad de Huaraz, durante el año 2014.

3.7. Unidad de Análisis o informantes.

La unidad de análisis en la presente investigación estuvo conformada por:

- Contenido de los contratos y las carpetas fiscales
- Opinión de los empresarios y funcionarios y conciliadores o árbitros.
- Contenido de la doctrina, jurisprudencia y normatividad.

La estructura de la unidad de análisis estuvo conformada por:

- **Unidad temática:** consiste en el tema del contenido que se va a analizar.
- **Unidades de registro:** en esta etapa se delimitan y dan curso al análisis de categorías. Aquí se cuentan las apariciones de las referencias, las que estarán delimitadas según los objetivos.

IV. RESULTADOS

4.1. Resultados empíricos

4.1.1. Encuesta realizada a los empresarios

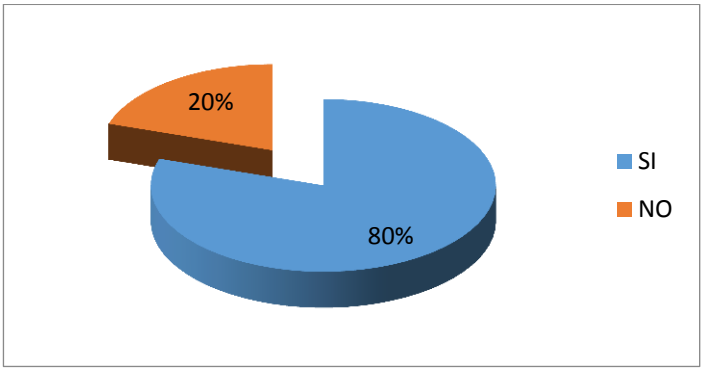
1.- ¿Su empresa, pertenece a la zona de Ancash?

CUADRO N° 01

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	24	80%
NO	6	20%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta

GRÁFICO N° 01



Fuente: Encuesta

Interpretación: de los 30 empresarios constructores encuestados 24 pertenecen a la Región Ancash que representa el 80%, mientras que 6 pertenecen a otras regiones lo cual representa el 20%. Cabe precisar que todos los empresarios trabajan de manera conjunta con otras empresas bajo la modalidad de consorcio.

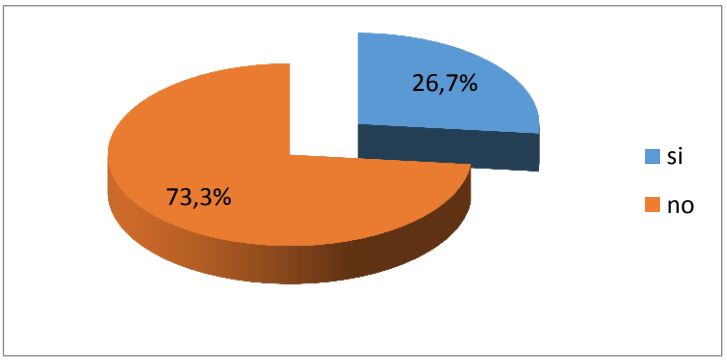
2.- ¿Ud. ha participado en la celebración en un contrato con el Gobierno Regional de Ancash?

CUADRO N° 02

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	8	26,7%
NO	22	73,3%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta

GRÁFICO N° 02



Fuente: Encuesta

Interpretación: de las 30 empresas constructoras encuestadas sólo 8 han suscrito contratos con el Gobierno Regional de Ancash que representa el 26,7%, mientras que 22 de las empresas constructoras encuestadas no han suscrito contratos con el Gobierno Regional de Ancash lo cual representa el 73,3%.

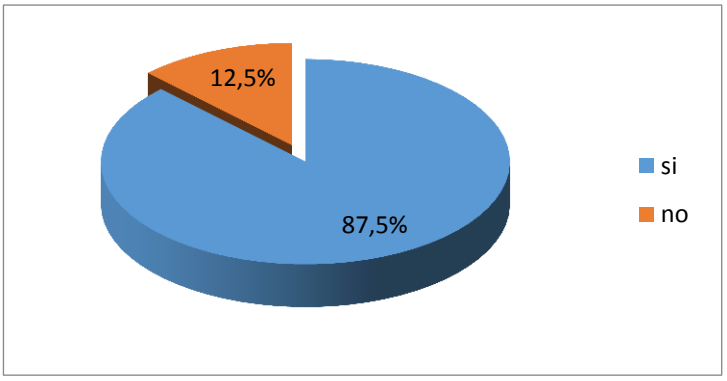
3.- ¿El contrato que ha suscrito con el Gobierno Regional de Ancash, ha sido llevado a cabo de manera regular y de acuerdo a ley?

CUADRO N° 03

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	7	87,5%
NO	1	12,5%
TOTAL	8	100%

Fuente: Encuesta

GRÁFICO N° 03



Fuente: Encuesta

Interpretación: De las 8 empresas constructoras que han suscrito contratos con el Gobierno Regional de Ancash 7 empresarios consideran que se llevó a cabo de manera regular que representa el 87,5%, mientras que sólo una empresa considera que no se ha llevado de acuerdo a ley lo cual representa el 12,5%.

En caso de ser afirmativa la respuesta anterior:

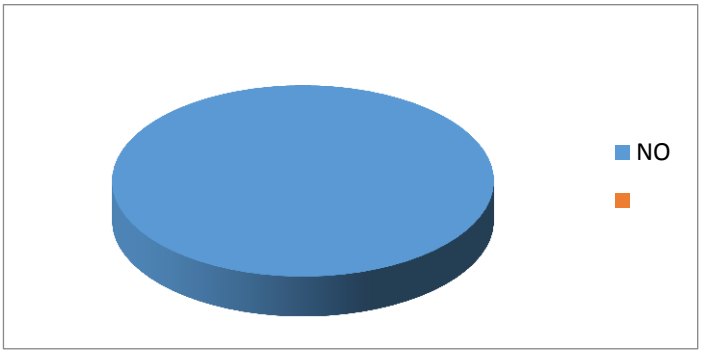
4.- Ud. negoció el contenido de la cláusula penal con el Gobierno Regional de Ancash?

CUADRO N° 04

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	0	0
NO	8	100%
TOTAL	8	100%

Fuente: Encuesta

GRÁFICO N° 04



Fuente: Encuesta

<u>Interpretación</u>: de las 8 empresas constructoras que han suscrito contratos con el Gobierno Regional de Ancash ninguna indicó haber negociado los términos de la cláusula penal, conforme se advierte del cuadro y gráfico precedentemente presentado.

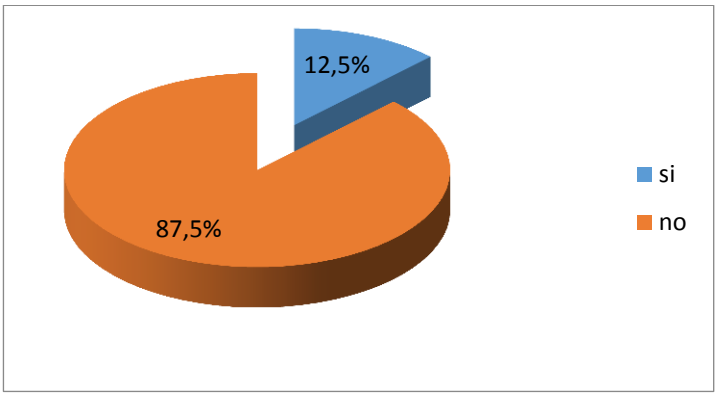
5.- ¿Durante el desarrollo de la ejecución del contrato, se cumplieron los plazos establecidos?

CUADRO N° 05

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	1	12,5%
NO	7	87,5%
TOTAL	8	100%

Fuente: Encuesta

GRÁFICO N° 05



Fuente: Encuesta

Interpretación: de las 8 empresas constructoras que han suscrito contratos con el Gobierno Regional de Ancash solo un empresario señaló que si se cumplieron los plazos, lo cual representa el 12,5%, mientras que 7 señalaron que no se cumplieron los plazos lo que representa el 87,5%.

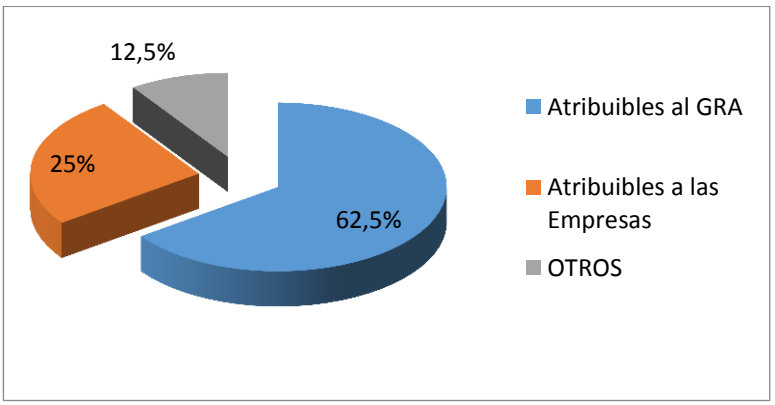
6.- ¿Qué factores dificultan el cumplimiento de los plazos establecidos?

CUADRO N° 06

RESULTADO	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Atribuibles al GRA	5	62,5%
Atribuibles a las Empresas	2	25%
Otros	1	12,5%
TOTAL	8	100%

Fuente: Encuesta

GRÁFICO N° 06



Fuente: Encuesta

<u>Interpretación</u>: de las 8 empresas constructoras que han suscrito contratos con el Gobierno Regional de Ancash 5 empresarios señalaron que no se cumplieron los plazos establecidos por causas atribuibles al Gobierno Regional de Ancash, 2 de ellos indicaron que fue por problemas que a veces surge entre los "socios" o consorciados, y sólo uno indico que no se cumplieron los plazos por un factor climático.

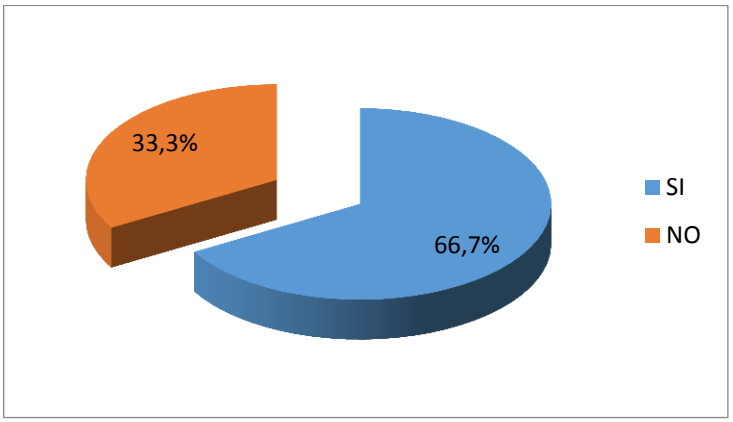
7.- ¿Conoce Ud. el contenido de la cláusula penal?

CUADRO N° 07

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	20	66,7%
NO	10	33,3%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta

GRÁFICO N° 07



Fuente: Encuesta

<u>Interpretación</u>: de los 30 empresarios encuestados, 20 indicaron que conocen el contenido de la cláusula penal y sus implicancias, lo cual representa el 66,7%, mientras que 10 indicaron no conocer su contenido preciso ni todas sus implicancias lo que representa el 33,3%.

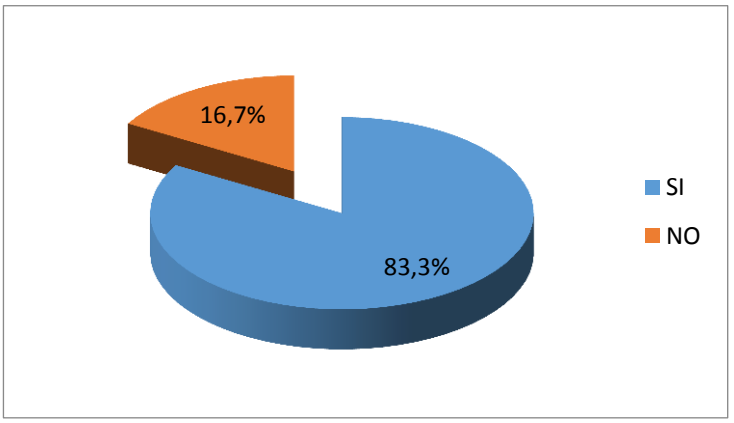
8.- ¿Considera Ud. conforme a la ejecución de la obra que podría ejecutar la cláusula penal contra el Gobierno Regional de Ancash?

CUADRO N° 08

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	5	83,3%
NO	1	16,7%
TOTAL	6	100%

Fuente: Encuesta

GRÁFICO N° 08



Fuente: Encuesta

<u>Interpretación</u>: de las 6 empresas constructoras que señalaron que podían ejecutar la cláusula penal al Gobierno Regional de Ancash, 5 empresarios señalaron que hubiesen podido aplicar la cláusula penal al Gobierno Regional de Ancash que representa el 83,3%, 1 de ellos indicaron que no hubiesen podido aplicar la cláusula penal al Gobierno Regional de Ancash que representa el 16,7%.

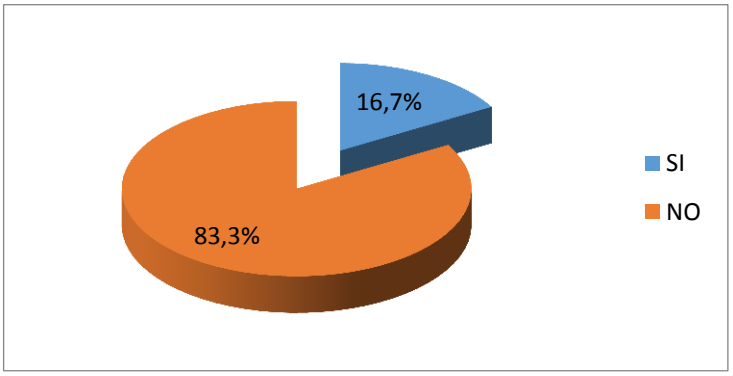
9.- ¿En caso de incumplimiento de las cláusulas del contrato por parte del Gobierno Regional de Ancash, procedió Ud. a la aplicación de la cláusula penal?

CUADRO N° 09

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	1	16,7%
NO	5	83,3%
TOTAL	6	100%

Fuente: Encuesta

GRÁFICO N° 09



Fuente: Encuesta

Interpretación: de las 6 empresas constructoras que señalaron que podían ejecutar la cláusula penal al Gobierno Regional de Ancash, sólo una empresa señaló que inició los trámites para ejecutar la cláusula penal al Gobierno Regional de Ancash que representa el 16,7%, mientras que 5 de ellos indicaron que no

procedieron a aplicar la cláusula penal al Gobierno Regional de Ancash que representa el 83,3%.

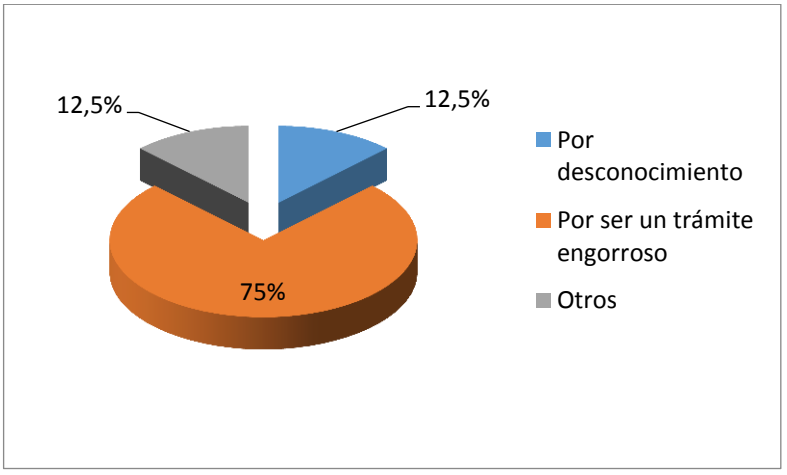
10.- ¿Por qué no ejecuto la cláusula penal?

CUADRO N° 10

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Por desconocimiento	1	12,5%
Por ser un trámite engorroso	6	75%
Otros	1	12,5%
TOTAL	8	100%

Fuente: Encuesta

GRÁFICO N° 10



Fuente: Encuesta

<u>Interpretación</u>: de los 8 empresarios constructores que han suscrito contratos con el Gobierno Regional de Ancash uno indicó que no ejecutó la cláusula penal por desconocimiento lo que representa el 12,5%, 6 señalaron que no lo ejecutaron

porque el trámite es muy engorroso que representa el 75%; y uno manifestó que fue porque es ganarse enemistades y malas referencias con los funcionarios lo que también representa el 12,5%.

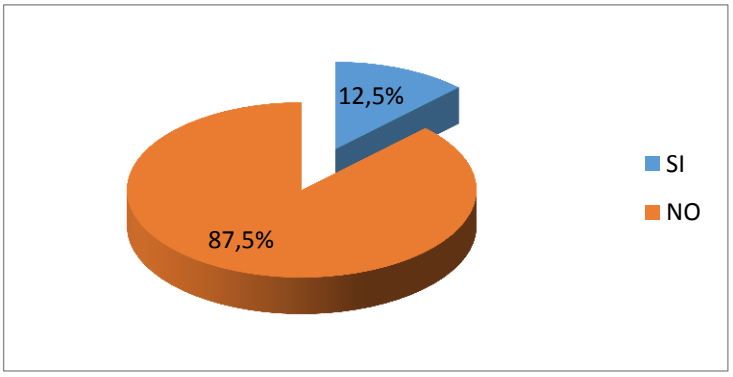
11.- ¿Alguna vez el Gobierno Regional de Ancash ha ejecutado la cláusula penal en su contra?

CUADRO N° 11

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	1	12,5%
NO	7	87,5%
TOTAL	8	100%

Fuente: Encuesta

GRÁFICO N° 11



Fuente: Encuesta

Interpretación: de los 8 empresarios constructores que han suscrito contratos con el Gobierno Regional de Ancash solo uno indicó que el Gobierno Regional intentó

ejecutarle la cláusula penal que representa el 12,5%, mientras que 7 indicaron que el Gobierno Regional no le ejecuto la cláusula penal lo que representa el 87,5%.

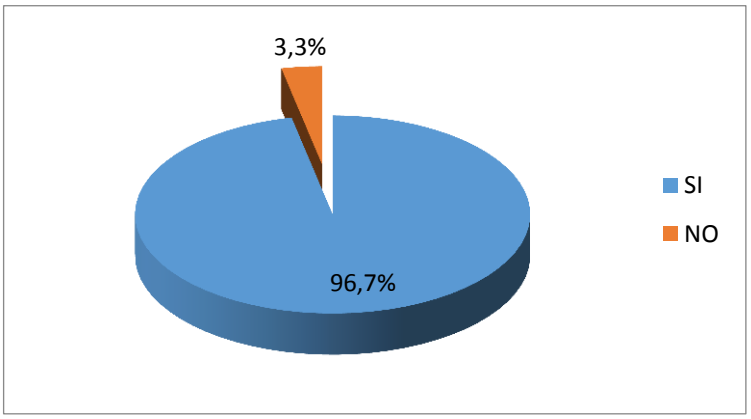
12.- ¿Considera Ud. que hay corrupción en los procesos de selección?

CUADRO N° 12

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	29	96,7%
NO	1	3,3%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta

GRÁFICO N° 12



Fuente: Encuesta

Interpretación: de los 30 encuestados, 29 de ellos señalaron que sí existe corrupción que representa el 96,7%, mientras que sólo uno indicó que no existe corrupción lo que representa el 3,3%.

4.1.2. Revisión de contratos suscritos

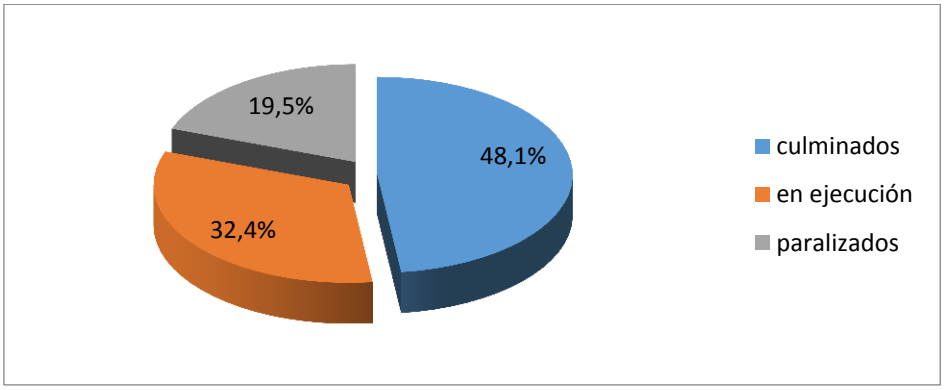
1.- Total de los contratos sobre ejecución de obras por el Gobierno Regional de Ancash, durante los años 2010 a 2011, son:

CUADRO N° 13

Situación de la Obra	**Nº**	**%**
Culminados	37	48,1%
En ejecución	25	32,4%
Paralizados	15	19,5%
Total	77	100%

Fuente: Documentación del GRA.

GRAFICO N° 13



Fuente: Documentación del GRA.

Interpretación: Durante los años 2010 a 2011, el Gobierno Regional de Ancash desarrolló en total 77 obras que hacen el 100%, 37 obras ya se encuentran culminadas lo que representa el 48,1%; 25 obras se encuentran en ejecución que representa el 32,4% y 15 obras se encuentran paralizadas lo cual representa el 19,5% del total.

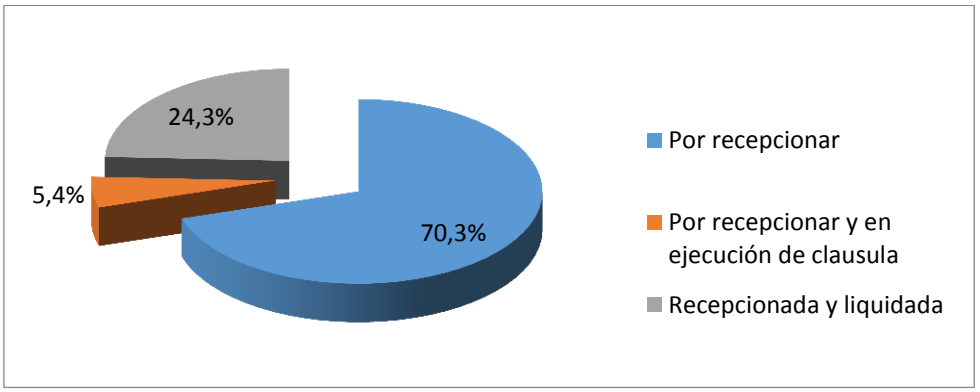
2.- Las obras culminadas, durante los años 2010 - 2011, son:

CUADRO N° 14

Obras culminadas	**Nº**	**%**
Por recepcionar	26	70,3%
Por recepcionar y en ejecución de clausula penal a las empresas	2	5,4%
Recepcionada y liquidada	9	24,3%
Total	37	100%

Fuente: Documentación del GRA.

CUADRO N° 14



Fuente: Documentación del GRA.

Interpretación: De las 37 obras culminadas, 26 se encuentran faltan recepcionarse por diferentes motivos lo cual representa el 70,3%; sólo 2 que faltan recepcionarse el Gobierno Regional de Ancash ha ejecutado la cláusula penal a las empresas lo cual representa el 5,4%; y 9 de las obras culminadas ya se han recepcionado y aprobado su liquidación técnico financiera lo que representaría el 24,3%.

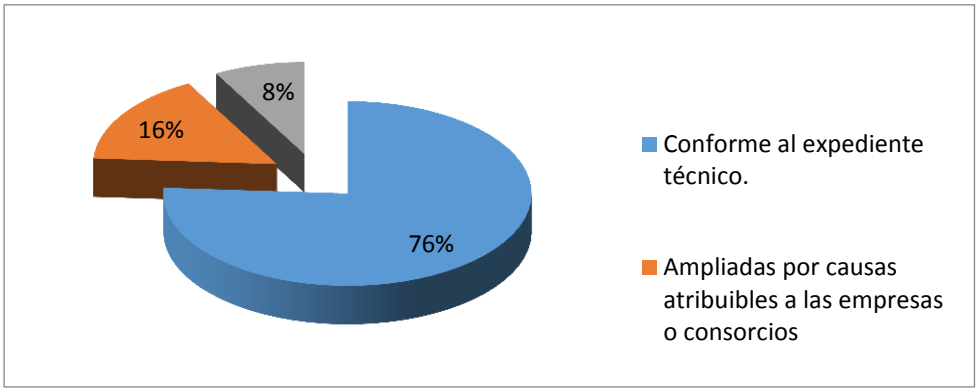
3.- Las obras en ejecución, durante los años 2010 a 2011, son:

CUADRO N° 15

Obras Ejecutadas	**Nº**	**%**
Conforme al expediente técnico.	19	76%
Ampliadas por causas atribuibles a las empresas o consorcios	4	16%
Ampliadas y regularizadas por causas atribuibles al GRA	2	8%
Total	25	100%

Fuente: Documentación del GRA.

CUADRO N° 15



Fuente: Documentación del GRA.

<u>Interpretación</u>: De las 25 obras en ejecución, 19 se están ejecutando conforme al expediente técnico lo que representa un 76%; 4 de esas obras se están ejecutando con plazos ampliados por razones atribuibles a las empresas o consorcios, ello representa el 16%; y sólo 2 de las obras en ejecución se han ampliado sus plazos por razones atribuibles al Gobierno Regional de Ancash, como la falta de presupuesto, financiamiento, etc., ello representa el 8%.

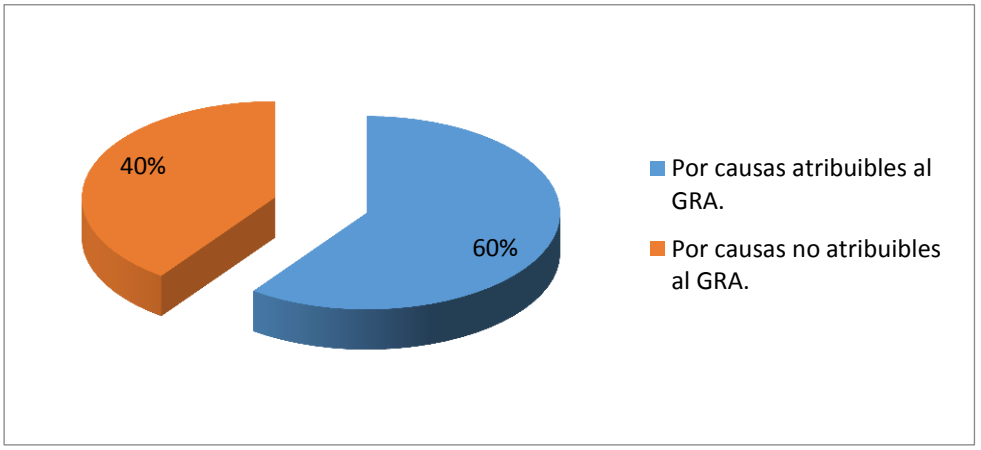
4.- Las obras paralizadas, durante los años 2010 a 2011, son:

CUADRO N° 16

Obras Paralizadas	**Nº**	**%**
Por causas atribuibles al GRA.	9	60%
Por causas no atribuibles al GRA.	6	40%
Total	15	100%

Fuente: Documentación del GRA.

CUADRO N° 16



Fuente: Documentación del GRA.

Interpretación: De las 15 obras paralizadas, 9 se han paralizado por causas atribuibles al Gobierno Regional de Ancash lo que representa un 60%, y 6 de las obras paralizadas son por causas atribuibles a las empresas o consorcios, ello representa el 40%.

4.1.3. Entrevista a funcionarios públicos

En cuanto a los funcionarios públicos se ha tenido en cuenta a los miembros del comité del proceso de selección y al gerente de infraestructura del Gobierno Regional de Ancash, teniendo acceso a sus manifestaciones brindadas en el ministerio público en los procesos de selección que se encuentran denunciados; se ha revisado 110 carpetas de los 155 carpetas fiscales en investigación en la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Ancash, en los que la respuesta es recurrente, señalan que todo tiene un asidero legal y que obran de acuerdo a ley.

En cuanto a la entrevista a los jueces y magistrados, se ha obviado en la medida que de acuerdo a la información brindada por el Gobierno Regional de Ancash, ni un solo proceso se encuentra judicializado en la vía civil por causas concernientes a la ejecución de la cláusula penal.

4.2. Resultados teóricos

4.2.1. Promesa y contrato de consorcio: Implicancias de una informalidad en el marco de las contrataciones estatales

4.2.1.1. Cuestiones Preliminares

La Administración Pública, o más concretamente todos aquellos entes y sujetos que ejercen funciones públicas administrativas, se encuentran obligados, de manera permanente, a sujetarse a un singular y estricto principio de legalidad

que los habilita tanto para la adopción de actos administrativos, caracterizados por su unilateralidad, exorbitancia y ejecutoriedad, como también para la celebración de contratos estatales, conforme a los intereses generales[71].

Así, la Contratación Estatal, a nuestro criterio, constituye uno de los principales mecanismos para la ejecución de presupuesto y consolidación de objetivos públicos, motivo por el cual debe ser concebida no solo como un conjunto de normas sino como todo un sistema. Desde ésta óptica podremos apreciar su magnitud de operación eficiente del aparato estatal, así como de instrumento de gasto; ello exigirá por un lado orientar la gestión pública hacia una correcta asignación de costos en su operación y por otro, permitirá fortalecer la transparencia de dicho proceso.

En tal sentido, la regulación en cuanto a las normas de participación de postores y/o contratistas en el mercado de las contrataciones y adquisiciones estatales, resultan de vital importancia a efectos de consolidar una gestión contractual propia.

Ésta participación tiene como línea de base el acto de gestión estatal de definir los requerimientos técnicos mínimos de los bienes y/o servicios que se pretenden adquirir, a cargo del área usuaria[72]. La importancia de las

[71] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime O. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV*, Editorial Cordillera S.A.C., Colombia, P. 21

[72] Según el Artículo 13 de la Ley, se denomina Área Usuaria a la unidad orgánica de una entidad que requiere la contratación de determinado servicio, aprovisionamiento de bienes u obras. La formulación de las especificaciones técnicas deberá ser realizada por el área usuaria en coordinación con el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad (logística – Gerencia de Administración o quien haga sus veces), evaluando en cada caso las alternativas técnicas y las posibilidades que ofrece el mercado para la satisfacción del requerimiento.

especificaciones y/o características técnicas, reside en que a través de ellas la Entidad podrá adquirir los bienes y/o servicios que corresponden a su real necesidad. Así, a partir de su consignación en las Bases, los terceros podrán verificar si cuentan con los bienes y/o servicios que interesan a la Entidad y así podrán evaluar su participación en el proceso. Consecuencia de lo expuesto es que, el cumplimiento de tales especificaciones y/o características técnicas, que constituyen el requerimiento técnico mínimo de la Entidad, determinará la admisión de sus propuestas, de modo que las que no cumplan con aquéllas deberán ser desestimadas.

Sobre el particular, el artículo 13º del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Legislativo Nº 1017 (en adelante Ley), concordado con el artículo 11º de su Reglamento aprobado mediante DS Nº 184-2008-EF (en adelante Reglamento), establece que la definición de los requerimientos técnicos mínimos es de exclusiva responsabilidad de la Entidad, sin mayor restricción que la de permitir la mayor concurrencia de proveedores en el mercado, debiéndose considerar criterios de razonabilidad, congruencia y proporcionalidad.

Sin embargo muchas veces, determinados postores suelen cumplir en parte con determinados requerimientos, más no con todos los requisitos; o a veces pueden cumplir con todos más no cuentan con el capital suficiente para una asignación de fianzas dentro de las exigencias legales imperantes; situación que imposibilita su participación en un proceso de selección pública. Dentro de ésta

línea de permitir la mayor participación de proveedores en el mercado de bienes, servicios u ejecución de obras que realiza una entidad estatal, la Ley y el Reglamento han establecido que no solamente puede materializarse la participación de postores como una persona natural o una persona jurídica, sino que también puede realizarse ésta a través de una unión transitoria de empresas en la contratación administrativa denominada consorcio.

Por ello, "el derecho de los particulares a presentarse bajo cualquiera de estas modalidades de participación, surge de la propia constitución política. Los interesados, en consecuencia, podrán seleccionar la modalidad de participación que mejor se ajuste a sus intereses. Las entidades estatales no pueden legalmente impedir la participación de consorcios o de uniones temporales"[73].

Efectivamente el artículo 36° de la Ley establece que "en los procesos de selección podrán participar distintos postores en consorcio, sin que ello implique crear una persona jurídica diferente. Para ello, será necesario acreditar la existencia de una promesa formal de consorcio, la que se perfeccionará una vez consentido el otorgamiento de la Buena Pro y antes de la suscripción del contrato"; agrega el citado dispositivo "…las partes del consorcio responderán solidariamente ante la Entidad por todas las consecuencias derivadas de su participación individual en el consorcio durante los procesos de selección, o de su participación en conjunto en la ejecución del contrato derivado de éste. Deberán designar un representante común con poderes suficientes para ejercitar los

[73] PINO RICCI, Jorge (2005). *Régimen Jurídico de los Contratos Estatales*, Editorial Cordillera S.A.C., Colombia, P. 92

derechos y cumplir las obligaciones que se deriven de su calidad de postores y del contrato hasta la liquidación del mismo".

Concordantemente el artículo 42° del Reglamento establece, que las bases establecerán el contenido de los sobres de propuesta de los postores para los procesos de selección; estando comprendido entre otros la declaración jurada y/o documentación que acredite el cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos; así como la promesa de consorcio. Ésta norma exige que en caso de promesa de consorcio deberá consignarse:

- Los integrantes.
- El representante común.
- Domicilio común.
- El porcentaje de participación.

Según el Reglamento la promesa formal de consorcio deberá ser suscrita por cada uno de sus integrantes. En caso de no establecerse en las bases o en la promesa formal de consorcio las obligaciones, se presumirá que los integrantes del consorcio ejecutarán conjuntamente el objeto de convocatoria, por lo cual cada uno de sus integrantes deberá cumplir con los requisitos exigidos en las Bases del proceso. Se presume que el representante común del consorcio se encuentra facultado para actuar en nombre y representación del mismo en todos los actos referidos al proceso de selección, suscripción y ejecución del contrato, con amplias y suficientes facultades.

Como se puede apreciar, para nuestra legislación marco de las contrataciones estatales, la figura del consorcio nace como un remedio tendiente a aliviar a veces la inexperiencia de ciertos postores que desean participar en determinados procesos; prueba de ello el Artículo 48° del Reglamento establece que "en la evaluación técnica de la propuesta, el consorcio podrá acreditar como experiencia la sumatoria de los montos facturados de aquellos integrantes que se hubieran comprometido a ejecutar conjuntamente el objeto materia de la convocatoria".

Ésta participación consorciada, deberá registrarse según el cronograma establecido en las bases administrativas; según el reglamento éste registro se efectuará desde el día siguiente de la convocatoria y hasta un (1) día hábil después de haber quedado integradas las Bases. En el caso de propuestas presentadas por un consorcio, bastará que se registre uno (1) de sus integrantes. En este extremo es preciso señalar que los integrantes de un consorcio no podrán presentar propuestas individuales ni conformar más de un consorcio en un proceso de selección.

Siendo así, en caso que un consorcio gane la buena pro, a efectos de suscribir el contrato, además de presentar la constancia vigente de no estar inhabilitado para contratar con el Estado, y las Garantías de Ley ; los consorciados deberán presentar el Contrato de consorcio con firmas legalizadas ante un notario público.

4.2.1.2. Informalidad de la promesa de consorcio

Hemos manifestado que el artículo 36° de la Ley establece que "en los procesos de selección podrán participar distintos postores en consorcio, sin que ello implique crear una persona jurídica diferente. Para ello, será necesario acreditar la existencia de una promesa formal de consorcio, la que se perfeccionará una vez consentido el otorgamiento de la Buena Pro y antes de la suscripción del contrato". Subsecuentemente el artículo 42° del reglamento establece que ésta promesa de consorcio debe señalar sus integrantes, el representante común, domicilio común, el porcentaje de participación, dejándose la posibilidad que se establezca también las obligaciones respectivas (caso contrario, se presumirá que los integrantes del consorcio ejecutarán conjuntamente el objeto de convocatoria, por lo cual cada uno de sus integrantes deberá cumplir con los requisitos exigidos en las Bases del proceso).

Sin embargo, si bien es cierto el espíritu de la Ley y Reglamento de las Contrataciones Estatales es incentivar a una participación masiva de postores en procesos de contratación pública; consideramos que constituye un serio error supeditar el perfeccionamiento de la promesa de consorcio al consentimiento de la buena pro y la suscripción de un contrato. Mencionamos esto último en razón de que dicha disposición coloca en una suerte de informalidad la trascendencia jurídica de la admisión de una propuesta hecha vía consorcio.

Esta informalidad, permite en muchas oportunidades que las empresas materialicen un ejercicio abusivo de éste derecho o institución jurídica[74], máxime si la normativa no establece el número máximo de empresas que puedan consorciarse; aspecto que irresponsablemente hasta la fecha no es delimitado. Ésta deficiencia permite que se consorcien hasta más de 5, 6, etc. empresas, las cuales en muchos de los casos tienen diferentes modelos societarios (Sociedad Anónima abierta o cerrada, Sociedad de Responsabilidad Limitada, Sociedad Colectiva, Sociedad Encomandita, etc.) que por mandato de la Ley General de Sociedad Ley Nº 26887 del 05.12.1997 tienen un régimen de responsabilidad diferente, ni que decir de aquellas Empresas Individuales de Responsabilidad limitada que se rigen por el vetusto Decreto Ley Nº 21621 del 14.09.1976.

Siendo así, consideramos que ésta promesa de consorcio debe materializarse notarialmente por mandato expreso de la norma. Siendo así para su firma debe exigirse bajo sanción de nulidad el acuerdo de la Junta General de Socios de las personas jurídicas comprometidas dentro de sus alcances; con dicha medida se protegerá fehacientemente al Estado como al consorciado de buena fe (entendidos éstos como aquellos consorciados que cumplen cabalmente con el compromiso asumido en la promesa de consorcio) ante el fraude deliberado y doloso de representantes legales de empresas consorciadas antelada y maliciosamente, para determinado fin, entre ellos eliminar del camino a potenciales rivales.

[74] VÉLEZ SARSFIELD, fue el primero que incluyó la figura del ejercicio abusivo del Derecho en América (artículo 1071 en el Código Civil Argentino, en el cual indica que la inducción al cumplimiento de una obligación y el ejercicio de un derecho no es un acto ilícito por el solo hecho de ejercerlo, sino que se considerará abuso todo aquello que exceda a la moral y a las buenas costumbres).

A manera de ejemplo: X (empresa nacional con reconocido staf de profesionales especializados) se consorcia con Y (empresa extranjera solvente con acreditada experiencia) a efectos de participar en un proceso de contratación pública en donde la empresa Z es la principal interesada en ganar la buena pro. Entre sus obligaciones principales, X se compromete a brindar el personal técnico exigido en las bases administrativas, mientras que Y se compromete a hacerse cargo de las garantías de fiel cumplimiento y/o fianzas de ley entendiendo el régimen de capital que posee en concordancia con el valor referencial de la licitación. Luego de tramitado todo el proceso de selección, el consorcio gana la buena pro quedando en el segundo lugar la empresa Z, sin embargo ante la citación de la firma de contrato respectivo el representante legal de Y manifiesta tener "problemas" en cuanto a la asignación de fianza o garantía de fiel cumplimiento (a pesar que la calificación técnica arrojó el puntaje máximo y en donde tuvo como a su principal actor a la empresa X), ante tal impase la empresa X solicita una ampliación de plazo por caso de fuerza mayor la misma que es denegada; subsecuentemente a ello se otorga la buena pro a Z.

Es indudable que bajo éstos extremos el responsable total ante el Organismo Supervisor de Contrataciones Estatales OSCE (ex CONSUCODE) debería ser la empresa Y (entendiendo los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la potestad sancionadora), sin embargo ante tal informalidad de su suscripción el máximo órgano societario de dicha entidad puede negar la validez de esa promesa de consorcio y así establecer un fraude a la ley.

Por otro lado, tomado el ejemplo, bajo ésta informalidad amparada irresponsablemente por la propia norma hasta la fecha no podría evitarse que de manera deliberada el representante legal de Y se colude con Z a cambio de una retribución económica, para eliminar de contienda a X empresa nacional que aseguraba una excelencia en el puntaje técnico o en el cumplimiento cabal de los términos de referencia. Este supuesto no está lejano entendiendo que en el Perú así como otros países se convocan a concursos de más de 500 millones de soles; en este extremo ¿acaso no resultaría tentador un premio del 10% del valor referencial al titular de una empresa consorciada?, la respuesta es obvia, sí; máxime si en nuestro país hasta la fecha no hay levantamiento del velo societario[75].

A manera de aclaración, "…la teoría de la desestimación de la personalidad Jurídica es un conjunto de remedios jurídicos mediante la cual resulta posible prescindir de la forma de la sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular. Estos remedios en algunos supuestos permitirán prescindir de la forma jurídica misma, negando la existencia autónoma del sujeto de derecho, mientras que en otros se mantiene la existencia autónoma del sujeto, pero se niega al socio la responsabilidad limitada"[76].

Pero, ¿Sería posible la incorporación de la teoría del levantamiento del velo a nuestro ordenamiento? Para autores como Cabanellas, NO, pues "la utilización

[75] La teoría del levantamiento del velo societario surge del Derecho Angloamericano como solución a nivel judicial frente a los fraudes cometidos por los miembros de directorios empresariales teniendo como cobertura a las personas jurídicas.
[76] DOBSON ALVAREZ, Juan M. (1985). *El abuso de la personalidad Jurídica*, Depalma, Buenos Aires, pp. 11-12.

de un único término para englobar los distintos casos que dan lugar a la desestimación de la personalidad societaria presenta el peligro de dar la idea de que exista un motivo jurídico único para tal desestimación"[77].

Sin embargo, para quienes pensamos que el Derecho es la principal herramienta contra la corrupción, y considerando la historia de nuestro país en cuanto a éste aspecto, sostenemos que el levantamiento societario debe aplicarse en el país; total quien no debe nada teme; eso no evita que adicionalmente se consideren supuestos de fraude societario dentro del contexto del Código Civil.

Ejercicio abusivo del derecho de promesa de consorcio por parte de postores y fraude a la ley: La Ley y el Reglamento no establecen un límite al número de personas jurídicas que pueden consorciarse a efectos de participar en un proceso de contratación estatal. Ello ha originado sin temor a equivocarnos la utilización desmedida de la promesa de consorcio, a lo cual se suma la informalidad esbozada precedentemente. Sobre el particular, el artículo II del Título Preliminar del Código Civil vigente establece que "La ley no ampara ni el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho". Pero, en cuanto a la promesa de consorcio ¿bajo qué criterios podríamos determinar su ejercicio abusivo?

Según Enrique Quiroga Periche[78], el ejercicio abusivo del Derecho puede determinarse desde un criterio subjetivo y objetivo. Por el primero los titulares de

[77] CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo (1994). *Derecho Societario, Parte General: La personalidad jurídica Societaria*, Heliasta, Buenos Aires, pp. 66-67.

[78] QUIROGA PERICHE, Enrique (2004). *El Uso abusivo de la Responsabilidad Limitada. Protección de los acreedores de una Sociedad Anónima frente al uso abusivo de la*

una situación jurídica de poder ejercen sus atribuciones con la intención de dañar a otro sujeto; mientras que por el segundo se da en cuanto un derecho subjetivo se ejercita de manera anormal, es decir contraria su función económica – social.

Por su parte Juan Espinoza[79], citando la Resolución N. 003-96-CSA-INDECOPI/EXP-58, que declaró la insolvencia del Grupo Pantel, establece como notas características del abuso de derecho:

- *El derecho esté formalmente reconocido en el ordenamiento:* En el caso materia de análisis, el derecho de promesa de consorcio está plenamente reconocido en el artículo 36° de la Ley y 42° del Reglamento.
- *Que su ejercicio vulnere un interés causando un perjuicio:* En el ejemplo establecido precedentemente, el representante legal de Z vulnera dolosamente los derechos de X (consorciado de buena fe) y del Estado.
- *Que, al causar tal perjuicio, el interés que se está viendo afectado no esté protegido por una específica prerrogativa jurídica:* Sobre el particular, teniendo en cuenta el ejemplo establecido, tanto el interés del consorciado de buena fe (otorgamiento de la buena pro – beneficio económico por la prestación de un servicio o bien) como del estado (el aprovisionamiento de un bien o servicio) no está protegido a razón de la informalidad de la promesa de consorcio.

Responsabilidad Limitada de los socios, sin afectar la subjetividad jurídica de la sociedad, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, p. 67

[79] ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2005). *El Ejercicio Abusivo del Derecho en las Decisiones de las Juntas de Acreedores dentro del Procedimiento Concursal*, 2da ed., Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 130.

- *Que se desvirtúe manifiestamente los fines económicos y sociales para los cuales el ordenamiento reconoció el derecho que se ejerce dentro del marco impuesto por el principio de buena fe:* En el ejemplo, el fin económico y social del consorciado de buena fe (X) es uno: ganar de acuerdo a ley una buena pro de un proceso de contratación estatal que le genere ingresos y sea fuente de trabajo; mientras que Y tiene como fin sacar del camino competitivo a X para favorecerse pecuniariamente así como a Z, adulterando la verdadera finalidad de la promesa del consorcio.

Asimismo, el ejercicio abusivo del Derecho de promesa de consorcio reconocido a las personas jurídicas en la Ley y el Reglamento, por su informalidad, hace peligrar intereses legítimos del Estado y del consorciado de buena fe, exponiéndolos ante un fraude de la Ley.

El fraude a la Ley se ha desarrollado en sus dos tendencias: la subjetiva en la que negocios en fraude de Ley son negocios celebrados con la intención de que mediante sus efectos jurídicos y económicos o sociales típicos, se obtenga una finalidad o un resultado que aparece como legalmente prohibido bajo otra modalidad de negocios"[80].

[80] LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo (1995). *El Negocio Jurídico*, 2da Edición, Grijley, Lima, p. 398.

Asimismo Charrasquer Clari establece que "la idea de fraude a la ley se relaciona con aquellas situaciones en que para eludir una prohibición o una disposición imperativa se busca artificiosamente el amparo de otra ley"[81].

La tendencia objetiva del fraude está referida a la oposición de la conducta con el contenido real de la norma (de la norma defraudada). En la doctrina española, Pérez Royo, señala que "el fraude de ley presupone la existencia de una norma, cuya aplicación se trata de eludir (norma defraudada) mediante la modulación (calificación) artificiosa (norma de cobertura). El mecanismo a través del cual se lleva a cabo el fraude a la ley es el que se conoce en la teoría del negocio jurídico como el negocio jurídico indirecto: se utiliza un determinado negocio, típico o atípico, para obtener una finalidad distinta de la que constituye su propia causa[82]. Finalmente en cuanto a este punto, la actual tratativa respecto de la informalidad de la promesa de consorcio establecida en la Ley y Reglamento, permite el riesgo de simulación.

Mediante esta figura jurídica los sujetos pueden pactar: que el negocio realizado constituye una mera apariencia, que no los vincula y que, por lo mismo, carece de toda función (simulación absoluta); o que el negocio aparentemente realizado sirve para ocultar un empeño negocial distinto y efectivo de los sujetos, que tiene una función autónoma (simulación relativa)[83].

[81] CHARRASQUER CLARI, Maria Luisa (2002). *El problema del fraude a la ley en el derecho tributario*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 43.
[82] QUIROGA PERICHE, Enrique. Óp. Cit., P. 48
[83] QUIROGA PERICHE, Enrique. Óp. Cit., P. 56

Se caracteriza por la existencia de un acuerdo simulatorio[84], y en virtud de ello existen dos manifestaciones de voluntad: la del acto que se simula y la del acto disimulado. Es decir ante tanta informalidad la promesa de consorcio podría simularse deliberadamente por parte de uno de los consorciados a fin de favorecer a un tercero ajeno al consorcio (relación Y-Z según el ejemplo resaltado); aspecto que hasta la fecha "inexplicablemente" no se ha considerado; siendo así no es suficiente lo regulado en el Artículo 239° del reglamento, el cual señala que "las infracciones cometidas por los postores que presentaron promesa de consorcio durante su participación en el proceso de selección se imputarán exclusivamente a la parte que las haya cometido, aplicándose sólo a ésta la sanción a que hubiera lugar, siempre que pueda individualizarse al infractor"; precisamente individualizar resulta lo problemático ante la informalidad de la promesa de consorcio.

Finalmente es propicio señalar que conforme al Artículo 29° de la Ley sólo en caso de vacíos normativos se observarán los principios y normas de derecho público que le sean aplicables. Consideramos un craso error de la norma vigente solo limitar la aplicación supletoria de normas y principios del Derecho público, pues a través de una retrospectiva histórica, y teniendo en cuenta el Digesto de Ulpiano "Derecho Público es el que atañe a la conservación de la cosa pública, y el Derecho Privado es el concierne a la utilidad de los particulares".

Aunque la referida distinción entre Derecho Público y Derecho Privado actualmente se considera equivocada por un sector de la doctrina, se mantiene la

[84] LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Óp. Cit*., p. 366

misma por razones prácticas[85]. En tal sentido la limitación que da la ley vigente no permitiría que se apliquen de manera supletoria a problemas específicos relacionados a promesa de consorcio y contrato de consorcio, normas como Ley General de Sociedades Ley Nº 26887 e incluso las del Código Civil, específicamente las referidas a promesa unilateral[86] y aspectos relacionados a los contratos en general; situación que considero un error aberrante.

4.2.1.3. El Contrato de Consorcio

El Artículo 145° del Reglamento establece que "el contrato de consorcio se formaliza mediante documento privado con firmas legalizadas ante Notario por cada uno de los integrantes, de sus apoderados o de sus representantes legales, según corresponda, designándose en dicho documento al representante o apoderado común. No tendrá eficacia legal frente a la Entidad los actos realizados por personas distintas al representante o apoderado común. Si la promesa formal de consorcio no lo establece, se presume que la participación de cada integrante del consorcio es en proporciones iguales, condición que se mantendrá al suscribirse el contrato de consorcio".

Asimismo el citado dispositivo señala que "los integrantes de un consorcio responden solidariamente respecto de la no suscripción del contrato y del incumplimiento del mismo, estando facultada la Entidad, en dichos casos, para

[85] GARCIA TOMA, Víctor (1986). *Introducción al Derecho*. Lima, pp.29-31

[86] De acuerdo al Artículo 1956 del Código Civil, por la promesa unilateral el promitente queda obligado, por su sola declaración de voluntad, a cumplir una determinada prestación en favor de otra persona. Para que el destinatario sea acreedor de la prestación es necesario su asentimiento expreso o tácito, el cual opera retroactivamente al momento de la promesa. Adicionalmente el Código establece que la promesa unilateral sólo obliga a la prestación prometida en los casos previstos por la ley o por acuerdo previo entre las partes interesadas.

demandar a cualquiera de ellos por los daños y perjuicios causados. El incumplimiento del contrato generará la imposición de sanciones administrativas que se aplicarán a todos los integrantes del consorcio, aun cuando se hayan individualizado las obligaciones y precisado la participación de cada uno".

Asimismo, según el artículo 239 del Reglamento "las infracciones cometidas por un consorcio durante la ejecución del contrato, se imputarán a todos los integrantes del mismo, aplicándose a cada uno de ellos la sanción que le corresponda". Finalmente el Reglamento en su artículo 261° establece la obligatoriedad del registro de consorcio en el Registro de Proveedores de Bienes, y el registro de consultores de obras tal como lo establece el artículo 265 del acotado cuerpo normativo.

Como se puede apreciar la norma establece de manera general cómo se celebra el contrato de consorcio, el régimen de eficacia de sus actos y la responsabilidad solidaria de sus integrantes; sin embargo si bien es cierto es importante que la Ley y el Reglamento establezcan éstas líneas generales respecto de la naturaleza jurídica del consorcio; es en realidad la Ley Nº 26887 Ley General de Sociedades la norma especial que configura la estructura, naturaleza jurídica y singularidades de éste contrato asociativo.

La figura del contrato asociativo no ha sido estudiada de manera integral en nuestro país incluso a nivel de Derecho Comparado solo Italia ha hecho dos estudios concienzudos materializados en la obra de A. Carlo "Il contratto plurilaterale associativo", y el trabajo de P. Ferro-Luzzi "I contratti associativi";

sin embargo este déficit de análisis jurídico no pretendemos aliviar en el presente trabajo; ya que ello implica un estudio extenso; sin embargo no es impedimento para establecer apreciaciones puntuales sobre este tema.

El contrato asociativo, entre ellos el consorcio, es aquel que crea y regula relaciones de participación en negocios entre empresas determinadas, en interés común de los intervinientes; en palabras de Puente Y La Valle "en los Contratos asociativos el interés de los contratantes de alcanzar la finalidad común es principal para todos ellos"[87]. Según el artículo 438º de la Ley Nº 26887, Ley General de Sociedades. No genera una persona jurídica nueva, debe constar por escrito y no está sujeto a inscripción en los Registros Públicos.

En nuestra normativa, los contratos asociativos se encuentran clasificados como contratos de consorcio y de asociación en participación, los mismos que son regulados de manera amplia en la Ley General de Sociedades[88]; siendo materia de estudio el primero de los señalados es necesario, preliminarmente establecer que en la estructura de todo contrato asociativo va a definirse una convivencia de dos fines: por un lado la divergencia de intereses entre las partes en el contrato (que es lo común), y, por otro, la denominada "comunidad de fin" previa y necesaria para satisfacer los intereses individuales de cada parte, y que conllevará la realización de una actividad común.

[87] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Óp. Cit., p. 189
[88] ELIAS LAROZA, Enrique (1999). *Derecho Societario Peruano, Tomo III*. Editora Normas Legales S.A., Trujillo, P. 1171.

Esto último es importantísimo tener en cuenta "a fin de que el objetivo se desarrolle adecuadamente para las partes"[89], con ello en palabras de SENA no se confundiría "la comunidad de fin que caracteriza al contrato de sociedad, con el interés común en una composición negocial del conflicto que es elemento constante de todo contrato"[90], máxime si "el hecho de que exista la necesidad de satisfacer un fin común (que conllevará la realización de una actividad común) no implica inexistencia de conflicto o divergencia de intereses entre las partes"[91].

Sin embargo, a nivel doctrinario se ha negado la naturaleza contractual del contrato asociativo por consorcio; prueba de ello basta con leer a Messineo para el que sólo hay contrato cuando, de modo antagónico, sólo existen deudor y acreedor; mientras tanto en España Gimeno Linares repasa dichas concepciones y estima que basta que los intereses sean meramente diversos para que exista contrato; mientras que en el Perú La Puente y La Valle establece que el fin implica el ámbito contractual que comprende.

Por otro lado el artículo 445° de la Ley General de Sociedades aludida establece que constituye contrato de Consorcio el contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía; correspondiendo a cada miembro del consorcio realizar las actividades propias del consorcio que se le encargan y

[89] CARNELUTTI, F. "Occhio ai concetti!", Rivista del Diritto Commerciale, 1950-I, p. 450.
[90] SENA, G. "Contratto di società e comunione di scopo", Rivista delle Società", 1956, pp. 734-735.
[91] AULETTA, G. G. "Il contratto di società commerciale. Requisiti. Conclusione. Vizi", Dott. A Giuffrè Editore, Milano, 1937, pp. 22-26 y 32-37.

aquéllas a que se ha comprometido. Al hacerlo, debe coordinar con los otros miembros del consorcio conforme a los procedimientos y mecanismos previstos en el contrato.

Adicionalmente el cuerpo jurídico societario nacional dispone que los bienes que los miembros del consorcio afecten al cumplimiento de la actividad a que se han comprometido, continúen siendo de propiedad exclusiva de éstos. La adquisición conjunta de determinados bienes se regula por las reglas de la copropiedad.

Finalmente hay quienes aluden que el contrato de consorcio está dentro de la esfera de contratos de organización, denominación que desde nuestro punto de vista no debe sustituir a la de contrato asociativo; sino que sirve para aclarar, aunque defectuosa o redundantemente, un aspecto característico del contrato asociativo, que implica una compleja organización que debe ser detallada[92].

4.2.1.4. El contrato de consorcio y responsabilidad ante terceros

El artículo 145 del Reglamento establece que "los integrantes de un consorcio responden solidariamente respecto de la no suscripción del contrato y del incumplimiento del mismo, estando facultada la Entidad, en dichos casos, para demandar a cualquiera de ellos por los daños y perjuicios causados. El incumplimiento del contrato generará la imposición de sanciones administrativas

[92] *Cfr*. AMATO, D. V (1984). *Associazioni e tutela dei singoli. Una ricerca comparata*, Editore Napoli, Jovene, p. 182.

que se aplicarán a todos los integrantes del consorcio, aun cuando se hayan individualizado las obligaciones y precisado la participación de cada uno".

De manera concordante el artículo 447° y 448° de la Ley General de Sociedades disponen que cada miembro del consorcio se vincula individualmente con terceros en el desempeño de la actividad que le corresponde en el consorcio, adquiriendo derechos y asumiendo obligaciones y responsabilidades a título particular. Cuando el consorcio contrate con terceros, la responsabilidad será solidaria entre los miembros del consorcio sólo si así se pacta en el contrato o lo dispone la ley; siendo así el contrato deberá establecer el régimen y los sistemas de participación en los resultados del consorcio; de no hacerlo, se entenderá que es en partes iguales.

Bajo este esquema, y en base al ejemplo reflexivo planteado inicialmente, la responsabilidad administrativa, civil y/o penal que pudiera derivarse de la no firma de un contrato con el estado por incumplimiento de una promesa de consorcio (ocasionado por uno de los futuros consorciantes) en un proceso de selección público, será diferente a la que derive de un contrato de consorcio propiamente dicho; toda vez que dentro de la promesa de consorcio el OSCE deberá tener en cuenta las razones mínimas que llevaron a las empresas firmar dicha promesa contractual, aspecto que puede ser determinado a nivel técnico por el staf profesional o a nivel económico por el capital de cada una de las personas jurídicas que lo conforman en relación a los términos de referencia mínimos; información que puede ser consultada ante SUNAT, SUNARP, SBS, etc.

4.2.2. Las Penalidades en la Ley de Contrataciones

4.2.2.1. Las penalidades y la resolución del contrato

La Entidad podrá resolver el contrato, si el contratista ha llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo[93]. El monto o tope máximo para el cobro de penalidades corresponde al 10% del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem correspondiente.

Es preciso destacar dos cuestiones importantes en relación a la penalidad y su efecto en la resolución del contrato. La primera, es la precisión reglamentaria de que no procede la aplicación conjunta del porcentaje de penalidades para calcular el 10% como tope; pues como expresamente lo indica el Reglamento, los efectos de acumular el máximo porcentaje de penalidad, corresponden a cada clase de penalidad por separado.

El contratista puede tener acumulado un porcentaje de penalidad por mora, y otro porcentaje de penalidad por otros conceptos. Cuando en cualquiera de ambos casos llegue al 10% acumulado como tope, la Entidad tiene expedita su atribución de resolver el contrato.

La segunda cuestión es precisamente la atribución de la Entidad para resolver el contrato cuando se haya acumulado el máximo porcentaje permitido (10%) de penalidad, en cualquiera de sus clases.

[93] El Reglamento lo señala en forma expresa en el artículo 168º.

La resolución del contrato por parte de la Entidad es una atribución de la misma, no un mandato imperativo. En este punto cobra una notable importancia la denominada decisión de gestión que, correctamente utilizada, resulta muy beneficiosa para los intereses del Estado.

De otro lado, si no está debidamente sustentada, la decisión de gestión puede ser peligrosa. Ello guarda relación con la debida aplicación de los principios Equidad y Razonabilidad de la contratación pública, por un lado; y por el otro, con la importancia de contar con un sustento técnico jurídico que motive la decisión de resolver o no el contrato por esta causal de acumulación del porcentaje máximo de penalidad[94].

Esta causal de acumulación máxima de penalidad exime a la Entidad del procedimiento formal de resolución, en lo que se refiere al preaviso, al apercibimiento y plazo[95],

4.2.2.2. Causales de resolución del contrato[96]

1. Incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo

No obstante haber sido requerido, el contratista puede incumplir de manera injustificada las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo. Al igual que en el caso de la imposición de las penalidades, el incumplimiento debe

[94] Se encuentra establecida en el numeral 2 del artículo 168º del Reglamento.
[95] Conforme lo dispone el artículo 169º del Reglamento.
[96] Causales señaladas en el numeral 1 del artículo 168º del Reglamento.

ser injustificado; calificación que incide en la decisión de iniciar o no el procedimiento de resolución de contrato.

Es posible que el contratista pueda realmente "justificar" el retraso, conforme a los criterios del Código Civil antes reseñado. Por ello, la decisión que adopte la Entidad respecto a la resolución del contrato, debe ser adoptada con base a los principios o criterios de Equidad y Razonabilidad de la contratación pública.

En el marco de un procedimiento de resolución de contrato, existe hasta tres escenarios en los cuales se puede valorar los argumentos de hecho y de derecho del contratista, respecto a la calificación de "justificado" o "no justificado" de su incumplimiento, para que la decisión de resolver el contrato sea la correcta:

- En el momento del incumplimiento, cuando la Entidad aplique "la buena gestión" en el desarrollo de los procedimientos de contratación, antes que dicho incumplimiento cause perjuicio objetivo a la Entidad. Es una práctica real y no documentada ni formal, que permite salvar contratos logrando superar las situaciones de incumplimiento.
- Al inicio del procedimiento formal, en el momento de evaluar los descargos del contratista, luego de recibida la carta notarial de apercibimiento y plazo, emitida por la Entidad.
- En la vía de conciliación y/o arbitraje, en caso la Entidad decida resolver el contrato y esta decisión sea controvertida por el contratista en esa vía.

Sugerimos revisar dos casos, documentados por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en las siguientes resoluciones:

Resolución Nº 372/2001.TC-S2 expedida el 14 de setiembre de 2011, y la Resolución Nº 436/2001.TC-S2 de fecha 16 de octubre de 2011, que indican que no se configuró un incumplimiento "*injustificado*" al concurrir causales de caso fortuito o fuerza mayor que imposibilitaron al contratista el cumplimiento de las prestaciones a su cargo.

2. Paralización o reducción "injustificada" en la ejecución de la prestación

Igual criterio aplicamos para dicha causal[97], que se refiere a la paralización o reducción "injustificada" en la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido el contratista para corregir tal situación.

3. Acumulación del monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo

En este caso[98], nos remitimos a lo expuesto en el tema de las penalidades y sus efectos en la resolución del contrato. No obstante, más adelante señalaremos su importancia para el procedimiento formal de resolución de contrato.

4.2.2.3. Procedimiento de resolución del contrato

En aplicación de los principios que regula la contratación pública, se

[97] Causal establecida en el numeral 3 del artículo 168º del Reglamento.
[98] Causal señalada en el numeral 2 del mismo artículo.

requiere de un procedimiento formal que ofrezca seguridad y otorgue al contratista la oportunidad de poder efectuar su descargo, por un lado; y por el otro, que le brinde a la Entidad los elementos necesarios para adoptar la decisión que mejor corresponda.

Este procedimiento[99] prevé la necesidad de un previo emplazamiento de la parte perjudicada a la otra parte, un requerimiento formal y el otorgamiento de un plazo, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Se realiza mediante carta notarial de emplazamiento que contenga el requerimiento así como el plazo.

En caso de bienes y servicios este plazo puede ser de hasta cinco (05) días calendario; en casos complejos, de hasta quince (15) días calendario. En el caso de obras, necesariamente se concederá quince (15) días calendario.

Si la parte emplazada no subsana el incumplimiento en el pazo otorgado para tales efectos, se hará efectivo el apercibimiento. La parte afectada se encuentra expedita para cursar la segunda carta notarial, que es propiamente la que contiene la resolución contractual.

Dado que se trata de un procedimiento formal por su naturaleza y consecuencias, conviene determinar lo que sucede si es que el emplazamiento no se efectúa vía notarial sino solo por carta simple. Podría considerarse que el requerimiento efectuado por carta simple tiene validez, pues se trataría sólo de un problema de notificación que no afecta la validez del acto mismo, sino su eficacia. Por tanto, si no existe duda de la recepción de la carta simple de requerimiento por

[99] Está establecido en el artículo 169º del Reglamento.

parte del emplazado y si cumplió su finalidad de comunicar el requerimiento, podría considerarse iniciado el procedimiento. Así se desprende de la Opinión Nº 35-2003-GTN de la Gerencia Técnico Normativa de CONSUCODE.

No obstante, en resoluciones emitidas por el Tribunal de Contrataciones del Estado, se considera como no procedente admitir procedimientos distintos a los señalados por la Ley. En un caso concreto de incumplimiento contractual, resolvió que, al no establecerse que la carta de requerimiento haya sido diligenciada notarialmente, la Entidad no cumplió con el procedimiento. Para este tema revisar las siguientes resoluciones: Resolución Nº 623-2009 TC-S3 y Resolución Nº 1416-2009 TC-S3).

Estas dos posiciones parecen confrontadas; sin embargo, hay que considerar lo siguiente: el emplazado que reciba una carta simple en los casos que el procedimiento exija carta notarial, tiene la posibilidad de objetar, *in límine*, dicha formalidad, en cuyo caso el requirente tendrá que reformular su emplazamiento vía notarial. Pero si el emplazado actúa en consecuencia, sobre el fondo del asunto, vale decir, cuestione no la forma sino el fondo de la decisión, podríamos entender que ha convalidado el "defecto" de notificación, en virtud del principio de convalidación del acto. En este último caso, se tendrá por bien notificada la carta de emplazamiento y se habrá dado inicio al procedimiento de resolución de contrato.

Finalmente, debemos indicar que existe la posibilidad de omitir el requerimiento previo, es decir, la referida primera carta notarial pronunciamiento,

pero sólo cuando el incumplimiento es atribuido al contratista y ya la situación de incumplimiento no pueda ser revertida.

Dicha posibilidad de no efectuar el requerimiento previo ha sido establecida en el literal c) del artículo 40º de la Ley y desarrollada en el tercer párrafo del artículo 169º del Reglamento, que expresa lo siguiente: "*No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora o por otras penalidades, cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato*".

Al primer caso hicimos mención al referirnos a las penalidades, en cuanto se acumule, en cualquier caso de penalidad, en monto máximo de penalidad (10%). En este caso, es atribución de la Entidad, el proceder a la resolución o no del contrato. Si adopta la decisión de resolverlo, ya no está obligada a cursar la primera carta de emplazamiento, sino que bastará que curse la carta notarial de resolución. Este hecho obedece a que la acumulación del monto máximo es una situación irreversible; no obstante, hay que tener en cuenta que es una decisión de la Entidad el resolver o no el contrato por esta causal.

Con relación a la segunda causal, se presentan muchas hipótesis que deben ser correctamente evaluadas por la Entidad para establecer que se trata de una situación de incumplimiento que no pueda ser revertida. En el caso de ejecución de obras, se presenta legalmente esta situación, en los artículos 205º y 206º del

Reglamento.

4.2.2.4. Efectos de la resolución del contrato

La resolución del contrato trae en principio, dos consecuencias inmediatas:

1. La ejecución de garantías.
2. La indemnización por mayores daños y perjuicios, en caso el contratista sea responsable de la resolución del contrato; y el reconocimiento de la indemnización por daños y perjuicios bajo responsabilidad del titular de la Entidad, en caso la resolución del contrato sea responsabilidad de la Entidad.

La otra consecuencia inmediata es:

3. El inicio del plazo para someter la resolución del contrato, por la parte que se considere perjudicada, a la vía de conciliación y/o arbitraje, siendo el plazo de quince días hábiles en el caso de bienes y servicios, y de diez días hábiles en el caso de ejecución de obras.

4.2.3. Inmutabilidad de las penas convencionales

El artículo 1346 del Código Civil peruano prescribe lo siguiente: *"Artículo 1346°.- 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".*

Anteriormente hemos advertido de las funciones de la cláusula penal, colocando el acento en la función preventiva o disuasiva en el sentido de que mediante la estipulación de penalidades, libre y voluntariamente acordadas por los contratantes en ejercicio de su libertad de contratación, se refuerza el cumplimiento del contrato.

También hemos manifestado que las cláusulas penales pueden cumplir funciones indemnizatorias, ya que por medio de ellas se pueden anticipar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor, no teniendo el acreedor que acudir a los tribunales judiciales para solicitar la indemnización de los daños y perjuicios, y evitando afrontar un largo proceso donde mediarán pruebas, excepciones, etc., con los respectivos costos que ello importa, pues ambos contratantes han acordado que frente al incumplimiento del deudor, el acreedor únicamente solicitará el pago de la penalidad pactada.

Empero, resulta ilógico, por decir lo menos, que el legislador peruano permita que el deudor que ha incumplido su obligación o que habiéndola cumplido parcialmente, recurra al Poder Judicial para solicitar la reducción de la penalidad que él acordó y aceptó. En el fondo, este hecho no es otro que la *revisión de los acuerdos contractuales libremente acordados*, máxime en caso de haber negociado y celebrado *paritariamente* el contrato.

La inmutabilidad o revisión de las cláusulas penales es un tema muy discutido por la doctrina, por lo que un breve recuento histórico nos permitirá comprender mejor sus alcances.

En el derecho romano una nota característica de la cláusula penal era su inmutabilidad. El gran Pothier, cuyas ideas inspiraron al Código Civil francés, sostenía que la pena estipulada podía "ser reducida y moderada por el juez cuando le parezca excesiva"[100]. Para Pothier "[...] la naturaleza de la pena es la de suplir los daños y perjuicios que podrían pretenderse por el acreedor en caso de inejecución de la obligación"[101]. Para este tratadista, cuando la pena exceda los daños y perjuicios que el incumplimiento del deudor ha ocasionado al acreedor debe reducirse, pues lo contrario atentaría contra su naturaleza.

No cabe la menor duda que para Pothier la cláusula penal cumple una función indemnizatoria. Pese a la gran influencia de las ideas de Pothier en la elaboración del Código francés, su opinión sobre la reducción de la cláusula penal no fue aceptada, y ello se debe al carácter liberal y el respeto casi absoluto de la autonomía de la voluntad. Por consiguiente, el Código francés no concedió a la los jueces la facultad de revisar y, en su caso, reducir la cláusula penal[102].

El Código Civil alemán, conocido también como el BGB, siguió un camino distinto al Código francés, pues permitió la modificación de la pena a petición del deudor. Al respecto, Enneccerus sostiene que "Como quiera que no es raro que las penas convencionales desproporcionadamente elevadas lleven a una injusta opresión del deudor, el C.C. ha dispuesto que *la pena convencional*

[100] Cf. POTHIER, R. J. *Tratado de las Obligaciones.* Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1978, p. 212.
[101] Cf. *Ibid., loc.cit.*
[102] Cabe precisar que desde 1804 hasta 1975, el Código francés respeto las penalidades contractuales, pero el 9 de julio de 1975 mediante la ley 75-597 se modificó el Código Civil francés para permitir que los jueces modifiquen las penas cuando su importe sea excesivo o insignificante.

desproporcionadamente elevada, ya vencida, pero aun no pagada, puede ser reducida a un importe prudencial a petición del deudor (§ 343)"[103]. Esta facultad de modificación concedida a los jueces por el Código Civil alemán, no se aplica para las penas convencionales que un comerciante haya prometido en la explotación de su comercio (Código de Comercio, § 348). El Código Civil alemán no solo faculta a los jueces para disminuir la pena, sino también para aumentarla cuando sea diminuta.

Por su parte, el Código Civil italiano dispone en su artículo 1384 que "El monto de la pena puede ser reducida equitativamente por el juez si la obligación principal ha sido ejecutada en parte, o si es manifiestamente excesivo, siempre teniendo en cuenta el interés que el acreedor tenía en el cumplimiento". Como explica Messineo[104], "[...] el deudor no puede exigir una reducción de la penal; sólo el juez —y *únicamente* en los casos en que el deudor haya cumplido en parte, o que el monto de la pena sea *manifiestamente excesivo* (es decir, adquiera un carácter usurario), tiene la facultad de reducirla *equitativamente*, tomando, sin embargo, en cuenta el interés del acreedor en el cumplimiento". El propio Messineo, agrega que al "[...] juez no se le atribuye ningún poder en el caso de *penal insuficiente*".

Con las diferencias propias de cada ordenamiento jurídico, podemos señalar que todas permiten la revisión de las penalidades convencionales.

[103] ENNECCERUS, Ludwig. *Óp. Cit.,* p. 191.
[104] MESSINEO, Francesco. *Óp. cit.,* Tomo I, p. 220.

Una solución distinta es la que adoptó el Código Civil brasileño de 1916, que en su artículo 920° atribuyó el carácter de intangible de la cláusula penal, pero siempre y cuando la pena no exceda a la obligación principal. El Código de Brasil impuso un límite a la estipulación de las penas convencionales: la obligación principal. Pero, éste Código fue derogado por un nuevo Código Civil vigente desde enero de 2003. El novísimo texto dispone en su artículo 412° que el valor de la pena convencional no podrá exceder a la obligación principal; del mismo modo mediante el artículo 413° dispone que la penalidad sea reducida equitativamente por el juez cuando la obligación haya sido cumplida en parte o cuando la pena sea manifiestamente excesiva, para lo cual se tendrá en cuenta la naturaleza y la finalidad del negocio jurídico. El moderno Código brasileño permite la reducción de la pena.

La mutabilidad o inmutabilidad de la cláusula penal en la codificación peruana no ha sido uniforme en uno u otro sentido. El Código Civil de 1852 siguió los lineamentos y principios del Código Civil francés y contempló la inmutabilidad de la cláusula penal y el respeto de los acuerdos contractuales de la siguiente manera: *"Artículo 1275.- Si se estipuló el pago de cierta cantidad por daños e intereses, para el caso de no cumplirse el contrato, deberá observarse lo pactado."*

Respecto al Código Civil de 1936, este facultó, mejor dicho impuso la obligación, a los jueces de reducir la pena cuando fuese manifiestamente excesiva, o cuando la obligación hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el

deudor (artículo 1227°). Esta norma, hay que decirlo, no fue propuesta por la Comisión que redactó el Código Civil de 1936, sino que fue introducida por la Comisión Revisora —como es costumbre en nuestro país—. La propuesta original de la Comisión Reformadora consignaba en el proyecto los siguientes artículos:

"Artículo 1213.- El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

Artículo 1214.- Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio. El deudor no puede eximirse de cumplirla bajo pretexto de ser excesiva.

Artículo 1217.- El valor de la pena impuesta no puede exceder al de la obligación principal".

El codificador de 1936, tomando en cuenta los avances de la doctrina y de la legislación de entonces, esbozó un proyecto que, en primer lugar, imponía un límite legal a las penas convencionales: la obligación principal; del mismo modo precisaba el carácter intangible de la pena, señalando que el deudor no podía negarse a su cumplimiento alegando que la pena era excesiva. Excepcionalmente, el codificador de 1936 permitió la reducción de la cláusula penal cuando la obligación principal se hubiese cumplido en parte o cuando se haya cumplido irregularmente.

Debemos advertir que para los codificadores de 1936 la cláusula penal sigue cumpliendo una función indemnizatoria. El maestro León Barandiarán,

comentando el artículo 1227 del Código Civil de 1936, expresaba: "En realidad, con la facultad otorgada al juez, de reducir la pena, ya se ha vulnerado el principio de la utilidad que la cláusula tiene: fijar anteladamente los daños y perjuicios. Se sacrifica esta conveniencia en aras de un imperativo de equidad, permitiéndose la reducción. Bien, no se debe ir más allá. De otro modo, la *stipulatio poenae* quedará expuesta a ser rezagada como una existencia precaria y de fortuita eficacia"[105].

Por su parte, el vigente Código Civil de 1984 permite que los deudores puedan solicitar al juez la revisión y consecuente reducción de las penas convencionales cuando la pena sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida (artículo 1346). Como en la redacción del Código Civil de 1936, el Proyecto elaborado por la Comisión Reformadora del Código civil de 1984 fue modificado por la Comisión Revisora.

La Comisión Reformadora, adoptando el principio del Código brasileño de 1916, diseñó el siguiente texto: *"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 se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, su monto 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 el monto de interés convencional máximo fijado por el Banco Central de*

[105] CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Óp. cit.,* pp. 411-412.

Reserva del Perú. Es nulo el exceso pactado sobre los límites señalados en este artículo.

Artículo 1365.- El juez sólo podrá reducir la pena en caso de incumplimiento irregular o parcial aceptado por el acreedor."

Según anota Felipe Osterling, la Comisión Revisora "consideró que la regla contenida en el artículo 1227 del Código Civil de 1936 había operado idóneamente y que, por tanto, ella debía subsistir en el nuevo Código. Sin embargo, la Comisión Revisora aceptó que la reducción equitativa de la pena no operara de oficio —como ocurría en el Código Civil de 1936— sino tan sólo a solicitud del deudor"[106].

Luego de este breve recuento histórico, donde advertimos que la cláusula penal se debate entre la inmutabilidad y la mutabilidad, es conveniente preguntarnos si *la cláusula penal, o mejor dicho, si las penalidades convencionales deben revisarse en sede judicial y, en su caso, reducirse el monto de la pena.*

Partiendo de la función esencial de la cláusula penal: su carácter preventivo, respondemos negativamente la pregunta formulada; es decir, somos partidarios del respeto de los acuerdos contractuales y contrarios a la desnaturalización de la cláusula penal.

[106] OSTERLING PARODI, Felipe. *Óp. cit., Obligaciones,* pp. 312-313.

Si mediante la inclusión de cláusulas penales en los contratos, los contratantes buscan reforzar el cumplimiento de sus obligaciones y prevenir su posible incumplimiento, resulta contraproducente que el deudor infiel que ha incumplido con sus obligaciones y que faltó a su palabra empeñada, acuda al juez para solicitar la reducción de la pena.

Los argumentos que se esgrimen para permitir la revisión de las penalidades convencionales pueden resumirse en los siguientes:

- Que el deudor es la parte débil de la relación obligacional.
- Que la pena sea manifiestamente excesiva.
- Que el deudor haya tenido la intención de cumplir, lo cual se demuestra mediante el cumplimiento parcial o irregular.
- Que resulta injusto que el acreedor se beneficie con la pena, cuando no ha sufrido daños o cuando los daños son inferiores a la pena pactada.

La premisa de que el deudor es la parte débil de la relación obligacional es un mito, pero no una realidad. La idea de la "parte débil" en la relación contractual, denominada también como el "débil jurídico", es un axioma que se viene arrastrando desde el Derecho romano. En el Digesto, Labeón y Paulo sostienen que cualquier oscuridad o ambigüedad de los pactos en el contrato de compraventa, debían interpretarse en contra del vendedor[107]. De este axioma, convertido en casi todo un principio general del Derecho que ha influido en la

[107] Labeón, en el D. 18,1,21 escribe que «[…] ante la oscuridad de un pacto antes que al comprador, debe perjudicar al vendedor, que lo ha expresado, pues pudo haberlo expresado con claridad desde el primer momento» y Paulo, en el D. 50, 17,172 afirma que «En la compraventa, el pacto ambiguo debe interpretarse en contra del vendedor».

doctrina y legislación de los países de tradición jurídica romano-germánica, han surgido dos sub-principios: el *interpretatio contra stipulatorem*[108] y el *favor debitoris*[109].

Afirmar que el deudor es la parte débil de la relación obligatoria es equivocado, ya que, por ejemplo, en un contrato de compraventa es deudor tanto el comprador como el vendedor, con lo cual ambos serían débiles, por lo que habría que preguntarse quién es el fuerte. Casi en forma instintiva se dice que el comprador es la parte débil, nada más absurdo.

En el ámbito de la contratación masiva o predispuesta se afirma que la parte débil es el consumidor que no tiene la posibilidad de discutir las condiciones redactadas unilateralmente por el empresario o proveedor. En este caso, la preformulación de los contratos por una de las partes —productores o empresarios— que normalmente ostentan un poder económico y de información superior al de los clientes y consumidores, les concede una superioridad al momento de contratar, ya que pueden imponer sus condiciones. Pero nuevamente, un consumidor puede ser un campesino como un reconocido abogado.

Creemos que no podemos seguir asimilando al deudor como la parte débil de la relación contractual. En todo caso, cuando se contrata hay personas que tienen mayor información que otras, contratantes que tienen mayor experiencia o simplemente mayores habilidades que sus contrapartes.

---

[108] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Óp. Cit.,* p. 252
[109] *Ibíd*., p. 254

El rol del Derecho, en nuestra sociedad, debe estar orientado a que exista una igualdad jurídica. Empero, si existe una desigualdad, entonces el Estado debe preocuparse por igualar a los sujetos de la relación contractual para que no sólo sean iguales ante la ley sino que, además, su situación jurídica y los efectos derivados de los contratos que celebren sean equilibrados. En el Derecho ya existe un conjunto de figuras jurídicas tendientes a moderar la falta equidad o injusticias, tales como la buena fe, la equidad, la lesión, el abuso de derecho, entre otras. Por tanto, el deudor no puede ser tratado con privilegios frente a su acreedor. La Ley debe tratar a todos por igual.

Ahora, respecto a la reducción de la pena porque es manifiestamente excesiva, enorme o desproporcionada frente a la obligación principal, debemos decir que ello es natural. Si los contratantes pactan una penalidad diminuta, no serviría para nada, pues no reforzaría ningún cumplimiento de obligaciones. Cabe recordar que los contratos son obligatorios sin necesidad de que exista una cláusula penal.

Es decir, cuando se celebra voluntariamente un contrato, las partes contratantes están obligadas a su fiel cumplimiento, sin necesidad de que existan penas convencionales. Y ante el incumplimiento de cualquiera de ellos, el otro contratante tiene expedito su derecho para solicitar el cumplimiento, resolver el contrato o pedir la indemnización de los daños, sin necesidad de que exista una pena convencional en el contrato. Los contratantes están obligados a cumplir con sus obligaciones por el solo hecho de haberse comprometido a ello y porque el

Estado garantiza el cumplimiento otorgando la acción correspondiente al acreedor perjudicado.

Sin embargo, la realidad es distinta. La realidad negocial nos demuestra que en muchas ocasiones las personas no honran su palabra, no cumplen con sus obligaciones. En estos casos, es natural que se preocupen por evitar los incumplimientos, que busquen la manera de reducir los riesgos de un incumplimiento y que por el contrario, se preocupen por el cumplimiento oportuno. Para el logro de tales objetivos, existen diversos mecanismos jurídicos, denominados por la doctrina como *medios compulsivos,* que permiten reforzar el cumplimiento de las obligaciones y los contratos. Estos medios compulsivos son las arras penales, la excepción de incumplimiento, el derecho de retención y las penas convencionales. A ellos podemos agregar las garantías reales (prenda, hipoteca) y las garantías personales (fianza, aval).

Con relación a las penas convencionales, como medios compulsivos para garantizar el cumplimiento de los contratos, estas penas deben ser elevadas por naturaleza, ya que teniendo por finalidad prevenir el incumplimiento, la pena —que en el fondo no es otra cosa que una sanción, un castigo— debe ser enorme, debe agravar la situación del deudor, casi conminándolo al cumplimiento (que en principio debiera ser espontáneo) para que sea diligente y oportuno en el cumplimiento de sus obligaciones.

En consecuencia, las penas convencionalmente pactadas siempre serán enormes. Más aún, estas penas siempre serán recíprocas, ya que ambos contratantes tienen casi siempre la condición de deudores y acreedores.

Con frecuencia se suele decir que las cláusulas penales que contengan una pena excesiva deben ser reducidas por razones de justicia y equidad. Frente a ello: ¿es el acreedor el que ha decidido que la penalidad se aplique, o es el propio deudor el que ha determinado su aplicación? Dicho de otra forma, ¿quién se encuentra en mejor posición de evitar la aplicación de una penalidad: el deudor o el acreedor? Sin lugar a dudas el deudor, ya que si él cumple con sus obligaciones en forma diligente y oportuna el acreedor no podrá exigirle el pago de ninguna penalidad, pero si incumple es porque ha decidido, expresa o tácitamente, pagar la penalidad.

Un sector de la doctrina considera que cuando el deudor ha cumplido parcial o irregularmente su obligación la pena debe reducirse. Felipe Osterling, escribe que "[...] es lógico que así sea, porque en estos casos el acreedor aceptó voluntariamente un pago parcial o defectuoso, no estando obligado a ello"[110]. Si luego de este pago parcial, aceptado por el acreedor (arrendador), éste intenta exigir el pago de la pena convenida, estaríamos ante una conducta contraria a la buena fe de parte del acreedor. Recordemos que la buena fe contractual no sólo debe estar presente en la etapa de la negociación y celebración de los contratos, sino que también debe estar presente en su ejecución.

[110] OSTERLING PARODI, Felipe. *Óp. cit., Obligaciones,* p. 319

El contrato debe ser entendido como un acto de cooperación de ambas partes para el logro del propósito práctico deseado, para lo cual cada uno de los contratantes debe colaborar con el otro a fin de lograr que el contrato surta todos sus efectos. Por tanto, si el acreedor que acepta un pago parcial, luego pretende ejecutar la pena convenida alegando el incumplimiento o cumplimiento parcial del deudor, estaría actuando de mala fe y, por consiguiente, su demanda no debería prosperar. Distinto es el caso del deudor que sin el consentimiento del acreedor cumple parcialmente con su obligación.

En los supuestos de cumplimiento defectuoso, el tema es mucho más simple, pues ningún acreedor razonable va a aceptar un cumplimiento defectuoso de parte de su deudor y en caso de hacerlo con cargo al cambio de la mercadería, estaríamos ante un acuerdo que debe respetarse.

Cuando la doctrina se refiere al cumplimiento de las obligaciones, impropiamente denominadas por el Código Civil peruano como inejecución de obligaciones, no se está refiriendo única y exclusivamente al incumplimiento total de la obligación, sino también al cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. En todos estos supuestos, se está lesionando el interés del acreedor, que desde luego también debe tenerse presente.

Otro argumento a favor de la reducción de la pena convencionalmente pactada está referido a que resulta injusto que el acreedor se beneficie con el pago de la pena, cuando no ha sufrido daños o cuando los daños son inferiores a la pena pactada.

Sobre este particular, debemos recordar que para este sector de la doctrina la penalidad convencional cumple una función indemnizatoria, por consiguiente, cuando se pacta una cláusula penal, ésta tiene por finalidad anticipar los daños y perjuicios que puede ocasionar el deudor al acreedor como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones. Ello en razón de que la cláusula penal tiene por finalidad resarcir los daños y perjuicios que cause el incumplimiento y no el enriquecimiento del acreedor.

Cuando desarrollamos las funciones de la cláusula penal hemos puesto de manifiesto que la cláusula penal no tiene ni cumple esencialmente una función indemnizatoria o resarcitoria. La función esencial de cláusulas penal es la función preventiva, junto con la función punitiva.

Por consiguiente, cuando el deudor incumple con sus obligaciones, que dicho sea de paso tal incumplimiento es imputable a él por dolo o culpa, debe pagar la penalidad convenida al acreedor y no pretender rehusar a dicho pago alegando que el acreedor no sufrió daños o que los daños son menores a la pena pactada. La penalidad convencional, como su nombre lo indica es una pena, una sanción que tendrá que pagar el deudor cuando incumpla con sus obligaciones, ya que de ser un contratante fiel no tendrá nada que pagar, no se le aplicará castigo o pena alguna.

DISCUSIÓN

5.1. Discusión empírica

Conforme a la muestra tomada, la cláusula penal es poco frecuente o poco usado en nuestro tráfico jurídico, sin embargo por su trascendencia jurídico-social, a través de conflictos jurídicos por incumplimiento de contrato y la falta de reconocimiento y respeto a nuestras entidades estatales como lo son Gobierno Regional de Ancash, Poder Judicial y Ministerio Público, serán de importancia las conclusiones y recomendaciones a las que se llegue.

Las penalidades constituyen un mecanismo de resarcimiento que se genera cuando existe incumplimiento por una de las partes contratantes. Su objetivo es resarcir el daño patrimonial que ha sufrido la parte que no ha visto satisfecha la prestación que esperaba y por la cual contrató. Por lo que al respecto a este punto de los 8 empresarios que han suscrito contratos con el Gobierno Regional de Ancash solo un empresario señaló que si se cumplieron los plazos, lo cual representa el 12%, mientras que 7 señalaron que no se cumplieron los plazos lo que representa el 88%.

Asimismo conforme se observa del cuadro y gráfico N° 06, a la pregunta ¿Qué factores dificultan el cumplimiento de los plazos establecidos?, de las 8 empresas constructoras que han suscrito contratos con el Gobierno Regional de Ancash 5 empresarios señalaron que no se cumplieron los plazos establecidos por causas atribuibles al Gobierno Regional de Ancash, 2 de ellos indicaron que fue

por problemas que a veces surge entre los "socios" o consorciados, y sólo uno indico que no se cumplieron los plazos por un factor climático.

Estando a la estadística arrojada y conforme lo señala Raúl Ferrero Costa, el resarcimiento tiene como propósito colocar al acreedor en la misma situación como si la obligación hubiese sido cumplida, lo cual comprende tanto el resarcimiento del daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante) como el daño extrapatrimonial (daño moral) en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de la inejecución[111].

Es oportuno precisar que la penalidad puede tener su origen en el acuerdo previo de las partes contratantes y se le incorpora de manera frecuente en los contratos dentro de una denominada cláusula penal; aunque el jurista Carlos Cárdenas Quiroz expresa que la expresión más adecuada es pena obligacional[112]. Por su parte el jurista Guillermo Cabanellas define a la cláusula penal de la siguiente forma: *"La cláusula penal, sin nada de pena en sentido criminal, solo puede consistir en el pago de una suma de dinero, o en cualquiera otra prestación admitida como objeto de las obligaciones, bien en beneficio del acreedor o de un tercero. Incurre en la pena estipulada el deudor si no cumple la obligación en el tiempo convenido aunque por justas razones no hubiese podido verificarse"*[113].

De este modo, la penalidad constituye un elemento disuasivo al posible

[111] FERRERO COSTA, Raúl (2004). *Curso de Derecho de Obligaciones*, 3ra ed., Editorial Jurídica Grijley, Lima, p. 333.
[112] CÁRDENAS QUIROZ, Carlos (2002). *Las Garantías del Derecho de Crédito y la Reforma del Código Civil de 1984*, p.501.
[113] CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo (1994). *Diccionario Jurídico Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II*, 24° Ed., Editorial Helisasta, Buenos Aires, p.169.

incumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes; pues de manera anticipada se conoce el monto de la misma, que en la mayoría de casos es elevado, pero resulta que de los 30 empresarios encuestados, 20 indicaron que conocen el contenido de la cláusula penal y sus implicancias, lo cual representa el 66,7%, mientras que 10 indicaron no conocer su contenido preciso ni todas sus implicancias lo que representa el 33,3%, en consecuencia, la parte contratante conoce las consecuencias por ende la penalidades moldean sus conductas orientada al cumplimiento y no lo contrario.

No obstante lo antes expresado, se debe tener en cuenta que las penalidades tienen dos objetivos: por un lado, garantizar a la Entidad pública el cumplimiento de la prestación y, por el otro, estimular al acreedor el cumplimiento de lo acordado, pues el pago de penalidades solo hará que la prestación a su cargo se vuelva más onerosa para él.

La penalidad, como criterio general, la relacionamos con la demora o el retraso en el cumplimiento de la prestación por parte del contratista. De esta manera se configura la denominada penalidad por mora[114]. Hay dos temas a determinar en cuanto a su ejecución:

- **La aplicación automática o no de la penalidad**, pues la norma no establece una formalidad. Es suficiente que se acredite el retraso, para

[114] Es una penalidad por mandato de la Ley, cuyo artículo 48º establece que "*el contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento*". De otro lado, el artículo 165º del Reglamento establece que, "*en el caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad*…", haciendo referencia a la fórmula que aparece en dicho artículo.

que se aplique la penalidad, sin trámite previo. No exige el descargo del contratista.

- **La determinación o calificación del retraso como injustificado**, que está relacionado al primer tema. La pregunta es la siguiente: ¿Corresponde a la Entidad determinar unilateralmente como "injustificado" el retraso?

En este punto es pertinente destacar lo señalado por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en su Resolución 640/2001.TC-S2 de fecha 28 de diciembre de 2001: "*se sanciona el incumplimiento injustificado de las obligaciones y no sólo el incumplimiento de las mismas. En ese sentido, debemos precisar que, de conformidad con los artículos 1314º y siguientes del Código Civil, el deudor puede incumplir sus obligaciones en virtud de tres casos:*

a) Por caso fortuito o fuerza mayor, de conformidad con el artículo 1315º.
b) Por razones no imputables distintas al caso fortuito y fuerza mayor, conforme a lo dispuesto en el artículo 1316º.
c) Por dolo, culpa grave o culpa inexcusable, según lo dispuesto en los artículos 1318º, 1319º y 1320º.

Así pues, la ausencia de justificación en el incumplimiento de las obligaciones se refiere a los casos en los que el deudor no cumple con las prestaciones a su cargo por razones imputables a él, lo que, en términos simples, significa que no existen motivos que justifique dicho incumplimiento o que lo

releven de responsabilidad. En consecuencia, considerando los supuestos establecidos en el Código Civil, para la inejecución de las obligaciones, la injustificación en el cumplimiento se configura en los casos que el incumplimiento se realice por dolo, culpa grave o culpa inexcusable….".

El contratista tiene expedito su derecho de recurrir a la vía de conciliación y/o arbitraje prevista en la Ley y en el Reglamento para cuestionar esta decisión de la Entidad, si considera que resulta arbitraria o que no corresponde calificar como injustificado el retraso. No obstante, por su naturaleza y finalidad, dicha penalidad por mora sí corresponde ser aplicada automáticamente, a efectos de cautelar los intereses de la Entidad, si ha acreditado de manera incontrovertible o con suficiente evidencia, que el retraso obedeció a razones no justificadas.

Respecto a las causas para establecer otras penalidades distinta a la mora, "*se entiende que la Entidad tiene la facultad de fijar penalidades distintas a la prevista en la Ley y en su Reglamento; sin embargo, debe tenerse presente que ello no faculta a establecer parámetros excesivos en relación con la materia cuyo cumplimiento se pretende asegurar. En el mismo sentido, los supuestos que darán lugar a la aplicación de las citadas penalidades deberán encontrarse claramente definidos, con el objeto que los contratistas puedan conocerlos y evitar incurrir en ellos.*

En conclusión, si bien a efectos de asegurar el cabal cumplimiento del servicio, la Entidad tiene la facultad de establecer penalidades distintas a las contempladas en el Reglamento, tal facultad debe obedecer a criterios de

razonabilidad, congruencia, proporcionalidad y objetividad de manera que no afecte injustificadamente el equilibrio que debe existir entre las partes del contrato. Sin perjuicio de lo expuesto, es imperativo precisar que aun cuando el monto depende de la misma Entidad, este no deberá ser excesivo, siendo aconsejable que exista criterio de cuantificación previo al inicio del proceso de selección, a efectos de determinar el monto exacto en las Bases administrativas"[115].

Pero de los resultados empíricos se obtuvo lo contrario, de los 6 empresarios señalaron que podían ejecutar la cláusula penal al Gobierno Regional de Ancash, 5 empresarios señalaron que hubiesen podido aplicar la cláusula penal al Gobierno Regional de Ancash que representa el 83,3%, 1 de ellos indicaron que no hubiesen podido aplicar la cláusula penal al Gobierno Regional de Ancash que representa el 16,7%. Por otro lado, de las 6 empresas constructoras que señalaron que podían ejecutar la cláusula penal al Gobierno Regional de Ancash, sólo una empresa señaló que inició los trámites para ejecutar la cláusula penal al Gobierno Regional de Ancash que representa el 16,7%, mientras que 5 de ellos indicaron que no procedieron a aplicar la cláusula penal al Gobierno Regional de Ancash que representa el 83,3%.

Asimismo, de los 8 empresarios que han suscrito contratos con el Gobierno Regional de Ancash uno indicó que no ejecutó la cláusula penal por desconocimiento lo que representa el 12,5%; 6 señalaron que no lo ejecutaron porque el trámite es muy engorroso que representa el 75%; y uno manifestó que

[115] RETAMOZO LINARES, Alberto (2001). *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control*, Editorial San Marcos, Lima, p.184-185.

fue porque es ganarse enemistades y malas referencias con los funcionarios lo que también representa el 12,5%. Por otro lado de los 8 empresarios solo uno indicó que el Gobierno Regional intentó ejecutarle la cláusula penal que representa el 12,5%, mientras que 7 indicaron que el Gobierno Regional no le ejecuto la cláusula penal lo que representa el 87,5%. Finalmente de los 30 encuestados, 29 de ellos señalaron que sí existe corrupción que representa el 96,7%, mientras que sólo uno indicó que no existe corrupción lo que representa el 3,3%.

Para ello se debe tener presente, los siguientes criterios para establecer penalidades distintas a la penalidad por concepto de mora[116]:

- **Las Bases pueden establecer las penalidades distintas**, ello quiere decir que tienen distinta naturaleza e incompatibilidades con las reguladas por el artículo 165º. Por lo tanto no se aplican concurrentemente, para evitar el abuso del Derecho.
- **Las penalidades deben ser objetivas, razonables y congruentes** con el objeto de la convocatoria.
- **El monto máximo equivalente es el 10% del monto del contrato vigente o del ítem** que debió ejecutarse.
- Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora; es decir, no se aplica la fórmula a que se refiere el artículo 165º ni pueden ser concurrentes con aquellas[117].

[116] Establecidas en el Artículo 165º del Reglamento.
[117] PEDROZA ÁLVAREZ, Alejandro (2008). *Comentarios a la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado*, Editorial Marketing Consultores, Lima, p. 1366

Por otro lado durante los años 2010 a 2011, el Gobierno Regional de Ancash desarrolló en total 77 obras que hacen el 100%, 37 obras ya se encuentran culminadas lo que representa el 48,1%; 25 obras se encuentran en ejecución que representa el 32,4% y 15 obras se encuentran paralizadas lo cual representa el 19,5% del total.

De las 37 obras culminadas, 26 faltan recepcionarse por diferentes motivos lo cual representa el 70,3%; sólo 2 que faltan recepcionarse el Gobierno Regional de Ancash ha ejecutado la cláusula penal a las empresas lo cual representa el 5,4%; y 9 de las obras culminadas ya se han recepcionado y aprobado su liquidación técnico financiera lo que representaría el 24,3%.

De las 25 obras en ejecución, 19 se están ejecutando conforme al expediente técnico lo que representa un 76%; 4 de esas obras se están ejecutando con plazos ampliados por razones atribuibles a las empresas o consorcios, ello representa el 16%; y sólo 2 de las obras en ejecución se han ampliado sus plazos por razones atribuibles al Gobierno Regional de Ancash, como la falta de presupuesto, financiamiento, etc., ello representa el 8%. De las 15 obras paralizadas, 9 se han paralizado por causas atribuibles al Gobierno Regional de Ancash lo que representa un 60%, y 6 de las obras paralizadas son por causas atribuibles a las empresas o consorcios, ello representa el 40%.

No se puede dejar de señalar que a consecuencia del poco uso de la figura de la cláusula penal, se vendría transgrediendo el principio de continuidad de los contratos administrativos, ello en razón al alto porcentaje de obras paralizadas y

que asciende al 19,5% de las obras entre el 2010 y 2011, a la fecha de la toma de la muestra.

En aplicación de los principios que regula la contratación pública, se requiere de un procedimiento formal que ofrezca seguridad y otorgue al contratista la oportunidad de poder efectuar su descargo, por un lado; y por el otro, que le brinde a la Entidad los elementos necesarios para adoptar la decisión que mejor corresponda. Este procedimiento prevé la necesidad de un previo emplazamiento de la parte perjudicada a la otra parte, un requerimiento formal y el otorgamiento de un plazo, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Se realiza mediante carta notarial de emplazamiento que contenga el requerimiento así como el plazo.

Conforme lo descrito y los resultados, las causas de aplicación de la cláusula penal se encuentran prescritas en la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, las mismas que son transcritas en los contratos celebrados por el Gobierno Regional de Ancash y los consorcios; ergo en cuanto del ejercicio del abuso de poder que efectúan los funcionarios para aplicar las clausulas penales es poco frecuente y de darse se debe a la naturaleza propia del contrato.

Al respecto cabe una discusión en primer orden respecto de la disyuntiva entre dos teorías respecto a los contratos celebrados por el estado, esto es contratos administrativos y la teoría negativa de los contratos administrativos o contratos privados, hemos de precisar que si bien no se puede negar tanto en la teoría como en la práctica el Estado está sujeto a principios y objetivos que cumplir lo cual no le permiten desligarse de su imperio o ventaja respecto del otro contratante, y si

bien en aras de generar mayor inversión en el estado se la tendencia es que se deje sus prerrogativas como Estado y dar paso a los contratos privados, conforme a los resultados lo recomendable sería que, al existir un desequilibrio contractual entre el estado y un tercero, debería integrarse al momento de celebrar los contratos, cláusulas que puedan equilibrar esa relación de ventaja frente a un tercero, claro está de acuerdo a la naturaleza del contrato, pero con observancia a los parámetros que la propia ley y los principios mandan.

5.2. Discusión teórica

5.2.1. La penalidad por mora en la ejecución de los contratos regulados por la ley de contrataciones del estado

5.2.1.1. Aproximación a la noción de incumplimiento a través del cumplimiento

El artículo 49º de la Ley señala que los contratistas están obligados a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada que hayan aportado adicionalmente en el curso del proceso de selección o en la formalización del contrato, así como en lo dispuesto en los incisos 2 y 3 del artículo 1774º del Código Civil[118].

[118] *El artículo 1774º del Código Civil señala lo siguiente:*
"El contratista está obligado:
(...)
2) A dar inmediato aviso al comitente de los defectos del suelo o de la mala calidad de los materiales propuestos por este, si se descubre antes o en el curso de la obra y se puede comprometer su ejecución regular.
3. A pagar por los materiales que reciba, si estos por negligencia o impericia del contratista, quedan en imposibilidad de ser utilizados para la realización de la obra."

Consideramos que este artículo constituye el antecedente más remoto que trata de definir el cumplimiento en lo que a materia de contratación estatal se refiere, aunque el reenvío que hace a los numerales 2 y 3 del artículo 1774º del Código Civil no resulte el más apropiado, por los motivos que explicaremos más adelante.

Pero en términos generales ¿qué se debe entender por cumplimiento de una obligación? Para explicar dicho concepto, permítasenos remitirnos a las instituciones del Derecho Civil: Cumplir una obligación -materialmente hablando- es sinónimo de realizar exacta y totalmente la prestación debida. Para que el cumplimiento actúe como modo de extinción, y por tanto libere al deudor, es preciso que éste sea exacto, es decir, que se ajuste de forma absoluta al programa prestacional pactado; o que, de ser el caso, satisfaga el interés del acreedor. Cualquier defecto en el comportamiento del deudor, generará que dicha situación sea calificada como incumplimiento.

Por ello, siguiendo a Palacios Martínez[119], consideramos que se pueden establecer hasta tres reglas del cumplimiento que fluyen del Código Civil y que a continuación se indican:

- **Regla de la Integridad.-** La cual supone que la ejecución de la prestación no puede ser cuantitativamente separada en el sentido de que el deudor debe ejecutarla dentro de lo previsto en el contenido y no totalmente en partes.

[119] PALACIOS MARTÍNEZ, Eric y NUÑEZ SAENZ, Ysmael (2004). *Teoría General de las obligaciones*, Jurista Editores E.I.R.L., Lima, p.156.

- **<u>Regla de la Identidad</u>.-** La cual implica que la prestación debe reunir las características plasmadas en el contenido del hecho generatriz de la obligación. Transgredir esta regla, implica una inexactitud cualitativa de la prestación y por tanto encontrarnos en el caso de prestación estrictamente defectuosa.
- **<u>Regla de la O</u><u>portunidad</u>.-** Dicha regla se vincula a las circunstancias de cumplimiento, es decir, que el cumplimiento se realice en el tiempo y lugar de acuerdo al programa prestacional sobre el que se desarrolla la relación obligatoria.

En el articulado del Código Civil, podemos encontrar tres tipos de cumplimientos inexactos: el parcial, el cual transgrediría la regla de la integridad[120]; el defectuoso el cual transgrediría la regla de la identidad[121]; y el tardío, el cual transgrediría la regla de la oportunidad[122], siendo este último el que nos interesa para el objeto del presente trabajo.

Para culminar este punto, explicaremos por qué no nos parece feliz el reenvío que realiza el artículo 49º de la Ley a los numerales 2 y 3 del artículo 1774º del Código Civil. El motivo es muy simple: Cuando la Ley alude a cumplimiento, entiende que la obligación del contratista deberá ser exacto teniendo en cuenta el programa prestacional pactado (es decir al contenido en su propuesta técnica o lo que se haya expresado en el contrato); no obstante, las obligaciones

[120] *Esta regla se encuentra contemplada en el artículo 1220º y 1221º del Código Civil.*
[121] *Esta regla no se encontraría expresamente reconocida, sino indirectamente a través del artículo 1220º, artículo 1503º y 1314º del Código Civil.*
[122] *Esta regla se encontraría contemplada en los artículos 1238º y 1240º del Código Civil.*

señaladas en los numerales artículo 1774º se refiere a las obligaciones específicas en la ejecución de un contrato de obra desde la perspectiva del Derecho Civil.

Teniendo en cuenta que en el reglamento, contratista es una persona natural o jurídica que vende o arrienda bienes, presta servicios generales o de consultoría o que ejecuta obras a mérito de haber celebrado un contrato con una entidad pública[123] y no sólo lo circunscribe a un ejecutor de obras, consideramos que hubiese sido preferible que el reenvío del artículo 43º de la Ley se hubiese hecho de manera general y la última parte pudo haber quedado de la siguiente manera: "los contratistas están obligados a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada que hayan aportado adicionalmente en el curso del proceso de selección o en la formalización del contrato, así como en lo que a integridad, identidad y oportunidad en el cumplimiento regula el código civil."

5.2.1.2. Transgresión a la regla de la oportunidad en materia de contratación estatal: la mora del contratista

Teniendo en cuenta lo expresado anteriormente, nos avocamos a nuestro tema de fondo para lo cual necesitamos tener presente las siguientes normas:

- El segundo párrafo del artículo 48° de la ley que señala: "El contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento"

[123] *Ello se puede constatar en los numerales 16 y 44 del "Anexo de Definiciones" del reglamento.*

- El artículo 165° del reglamento que señala: “En el retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta. En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad Diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Donde:

a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días para bienes, servicios y ejecución de obras F=. 040
b) para plazos mayores a sesenta (60) días:

    - para bienes y servicios F= 0.25
    - para obras f= 0.15

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que éstos involucrarán obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento. Para el cálculo de la penalidad diaria se considerará el monto del contrato vigente"

Finalmente corresponde tener presente el numeral 33 del "Anexo de Definiciones" del reglamento que define a la mora como "el retraso parcial, total o continuado y acumulativo en el cumplimiento de prestaciones consistentes en la entrega de bienes, servicios en la ejecución de obras sujeto a cronogramas y calendarios contenidos en las bases y/o contratos".

A partir de dichas normas podemos establecer como consideraciones preliminares las siguientes:

- El concepto de mora de acuerdo al reglamento puede equiparase a lo que doctrinalmente se denomina "mora del deudor", teniendo en cuenta que dentro del esquema de contratación estatal, el contratista siempre ocupará la posición de deudor respecto a la entrega de una cosa, por prestar un servicio o por ejecutar una obra[124]. La entidad estatal, siempre ocupará la posición de acreedor frente al contratista por ese dar, prestar o ejecutar[125]. Ello quiere decir, en resumidas cuentas, que la mora del deudor tiene lugar cuando éste no cumple puntualmente su

[124] *Se hace la salvedad, que la posición de contratista excepcionalmente también podrá recaer en una entidad estatal, en el caso de contrataciones exoneradas de proceso de selección cuando se realicen entre entidades de conformidad a lo establecido en el literal a) del artículo 20º de LA LEY. Dicho precepto señala que "la contratación entre entidades se podrá realizar siempre que en razón de costos de oportunidad resulte más eficiente y técnicamente viable para satisfacer la necesidad y no contravenga lo señalado en el artículo 60° de la Constitución Política del Perú."*

[125] *Se sobrentiende que siguiendo este esquema, el contratista también es acreedor de la contraprestación económica y la entidad deudora de la misma."*

principal deber dentro de la obligación, que es la ejecución de la prestación a que se ha comprometido[126].

- La penalidad por mora es de origen normativo, es decir, nace por mandato legal y no por acuerdo de las partes.
- La situación moratoria del contratista generará una responsabilidad de éste frente a la entidad como consecuencia de su retraso, sancionando con una penalidad por cada día de atraso, de acuerdo a la fórmula descrita en el artículo 165° del reglamento y con un tope máximo que en ningún caso podrá exceder del 10% del monto del contrato o del ítem que debió ejecutarse.
- La mora del contratista le es imputable a éste.
- La constitución en mora del contratista es "ex-re", es decir, no requiere intimación por parte de la entidad.

5.2.1.3. Naturaleza jurídica de la penalidad por mora

Un primer tema es establecer la naturaleza jurídica de la penalidad por mora contemplada en el artículo 165º del reglamento ¿Es una cláusula penal o una multa? Para que podamos hablar de una cláusula penal, ésta se puede definir de manera pacífica en la doctrina como "Aquella convención de carácter accesorio añadida a la obligación principal, que se integra por la promesa de realizar una prestación ordinariamente pecuniaria y que se establece en caso de que una de las partes no cumpla lo prometido.

[126] CABALLERO LOZANO, José M. (1992). *La Mora del Acreedor*, Bosch editor S.A., Barcelona, p. 153

En ese sentido, a pesar de que la doctrina presente algunas variaciones, incluso terminológicas, al describir las funciones de la cláusula penal, hay cierta unanimidad en señalar que la liquidatoria y la coercitiva son las principales. La primera es sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios, mientras que la segunda está presente cuando se pacta su carácter acumulativo, es decir siempre que la pena sea exigible además de los daños y perjuicios causados, por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal"[127].

De similar forma, Kemelmajer de Carducci señala respecto a la cláusula penal en la contratación administrativa lo siguiente: "A fin de delimitar el campo de aplicación de la cláusula penal en el derecho administrativo, nos interesan las sanciones pecuniarias. Ellas consisten en las indemnizaciones que el contratante debe pagar a la Administración en los supuestos de incumplimiento o cumplimiento irregular de las prestaciones a su cargo. Cumplen -igual que en la cláusula penal- una doble función: por un lado sirven para coaccionar o presionar al contratante a fin de que cumpla con la prestación; por el otro, prefijan la reparación de los perjuicios causados"[128].

Dormí señala que la Administración tiene la facultad de imponer sanciones por las faltas contractuales que pueda cometer el contratista, las cuales pueden ser pecuniarias, coercitivas y rescisorias. Dentro de las sanciones pecuniarias pueden ser fijas y predeterminadas y aparecer bajo la fórmula de "cláusula penal" o "multas". Estas sanciones no toman en cuenta la reparación de un daño efectivo,

[127] ESPIN ALBA, Isabel (1997). La Cláusula Penal, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, p. 50.
[128] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Óp. cit., p. 488.

sino que se aplican ante una conducta que transgrede lo estipulado contractualmente y que procede aunque la transgresión contractual no implique otro perjuicio para la Administración[129].

De acuerdo a los conceptos ¿podríamos afirmar que la penalidad contemplada en el artículo 165º del reglamento cumple las funciones típicas de una cláusula penal? Nuestra respuesta debe ser negativa, en tanto del contenido de dicho articulado no se desprende que dicha penalidad tenga un carácter indemnizatorio a favor de la entidad, es decir, carece expresamente de función liquidatoria; para lo cual nos permitimos tomar como contraejemplo el último párrafo el artículo 284º del reglamento donde expresamente se señala que la penalidad que deberá pagar la entidad a favor de un contratista, en caso de que ésta retrasara el cumplimiento de sus obligaciones para el inicio del cómputo del plazo de ejecución en un contrato de obra, tendrá carácter resarcitorio por los daños y perjuicios irrogados[130].

Por lo expuesto, descartada la posibilidad de que la naturaleza jurídica contemplada en el artículo 165º del reglamento constituya una cláusula penal, consideramos que la naturaleza más próxima de esta penalidad es la de una multa. Así, volviendo a citar a Kemelmajer de Carducci tenemos que: "La administración está facultada para imponer multas al contratista incumplidor, las cuales son

[129] DROMI, Roberto (1995). *Licitación Pública*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, p. 509

[130] Debe indicarse que si bien la disposición señalada en el artículo 184º del REGLAMENTO, no forma parte del nuestro estudio, nos sirve para justificar el por qué el artículo 165º no cumpliría con la típica función indemnizatoria para ser considerado como una cláusula penal. Con ello, tampoco afirmamos que en el artículo 184º se regule necesariamente una cláusula penal.

diferentes a cláusulas penales; no solo porque son impuestas en forma unilateral, sino porque carecen de función indemnizatoria, siendo su finalidad disciplinaria y correctiva. No teniendo función indemnizatoria es acumulable con la pretensión de daños y perjuicios. En resumidas cuentas: la multa tiene por único objetivo reprimir una transgresión; en cambio la cláusula penal cumple dos finalidades: la sancionatoria e indemnizatoria."[131]

Como hemos indicado antes, si la penalidad por mora contenida en el artículo 165º del reglamento carece de una función indemnizatoria y su función principal es sancionar pecuniariamente al contratista ante su incumplimiento oportuno podemos concluir que la naturaleza de ésta es propiamente la de una multa, máxime aun cuando es posible que la entidad, adicionalmente de aplicar la penalidad por mora, puede solicitar una indemnización por los daños y perjuicios irrogados[132].

5.2.1.4. Excepción para la aplicación de la penalidad por mora: la ampliación de plazo contractual

¿En qué casos el contratista puede enervar los efectos de la aplicación de la penalidad por mora? Para ello debemos remitirnos al sexto párrafo del artículo 41º de la ley, que señala que el contratista podrá solicitar la ampliación del plazo

[131] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Óp. cit., p. 494.
[132] Debemos indicar que dicho supuesto se encuentra previsto en el primer párrafo del artículo 170 de EL REGLAMENTO que señala que:" Si la parte perjudicada (con la resolución del contrato) es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados" . Adicionalmente debe indicarse que un supuesto de resolución contractual imputable al contratista es que éste haya acumulado el máximo de la penalidad por mora de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 168º del REGLAMENTO.

pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad, debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual. Asimismo corresponde tener presente las disposiciones establecidas en el artículo 175º del reglamento que establece los casos en que procede la ampliación del plazo y el procedimiento para solicitarla. Los supuestos señalados por el reglamento por los que resulta procedente la ampliación de plazo son los siguientes:

1) Cuando se apruebe el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiera otorgado.
2) Por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista.
3) Por atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación del contratista por culpa de la Entidad.
4) Caso fortuito o fuerza mayor.

En particular, nos interesa desarrollar el supuesto contenido en el numeral 2) del artículo 165º del reglamento de no imputabilidad al contratista; ya que consideramos que los supuestos contemplados en los numerales 3) y 4) se encuentran subsumidos dentro de éste.

Con relación al supuesto 1) del artículo 175º del reglamento éste se explica por sí mismo con el siguiente ejemplo: Se celebra un contrato entre la entidad "a" y un contratista "c" para la confección de 500 uniformes para el personal que labora en la entidad por un valor de s/. 500,000 nuevos soles y con un plazo de entrega de tres meses computados desde el día siguiente de suscripción del

contrato. A los dos meses y medio de suscrito el contrato, la entidad requiere al contratista la confección 100 uniformes adicionales por un monto de s/. 100,000 nuevos soles en atención a que el gobierno decretó una fusión por la cual la entidad "a" absorberá a la entidad "b" y necesitará confeccionar uniformes para el nuevo personal que tendrá a su cargo expidiendo la resolución por la cual se aprueba el adicional correspondiente para que el contratista ejecute las prestaciones adicionales.

Con este ejemplo se puede ilustrar la concurrencia de los supuestos necesarios para la procedencia de prestaciones adicionales: i) Cumplir con la finalidad del contrato que es la confección de uniformes para el personal que labora en la entidad "a", sustentado en un supuesto excepcional como es un número adicional de uniformes para el personal que asumirá por la fusión de la entidad "b"; ii) que el monto de las prestaciones adicionales no supere el 25% del monto del contrato y que se haya autorizado previamente por el titular de la entidad el adicional. Sobre este punto, cabe resaltar que el contratista antes de proceder a la ejecución de las prestaciones adicionales deberá exigir que se haya materializado el acto formal de autorización por parte del titular de la entidad[133]. Contar con dicha resolución es de suma importancia antes de que el contratista

[133] De acuerdo con el artículo 5º del REGLAMENTO, el titular de la entidad es "la más alta autoridad ejecutiva, de conformidad con sus normas de organización, que ejerce las funciones previstas en Ley y en presente Reglamento para aprobación de la autorización y supervisón de los procesos de contrataciones del Estado. En el caso de las empresa del Estado, el titular de la entidad es el Gerente General o el que hace sus veces". En tal sentido, el contratista deberá cerciorarse que la aprobación del adicional (en el caso de bienes y servicios) la haya realizado el titular de la entidad o por el funcionario en quien se haya delegado dicha función, haciendo la salvedad que para el caso de adicionales de obra sólo cabe la posibilidad de que sea aprobado únicamente por el titular de la entidad, ya que se ha excluido la posibilidad de delegación, de conformidad a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 5 del reglamento.

proceda a ejecutar con las prestaciones adicionales; pues no cabrá la posibilidad de emitir una resolución que apruebe un adicional en vías de "regularización", es decir después de que el contratista haya ejecutado la prestación adicional[134].

Volviendo a nuestro ejemplo, la ampliación de plazo es una consecuencia directa de que se haya aprobado un adicional para la confección de los 100 uniformes, ya que para poder cumplir con la entrega de dichos bienes el contratista deberá realizar actos tales como: compra de materiales, toma de medidas, etc.; actos que implicará que el plazo inicialmente pactado en el contrato se modifique. Como punto final, a mérito de ampliación de plazo generada por el adicional corresponderá que el contratista solicite la ampliación de plazo dentro de los siete (07) días útiles de la aprobación del adicional. Finalmente resulta lógico señalar que durante la ampliación de plazo no se incurre en mora y por ende de los efectos de la penalidad[135].

Con relación al supuesto contenido en el numeral 2) del artículo 175º del reglamento pasemos a definir el concepto que denominaremos "causa no imputable". Dicho concepto constituye un límite a la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones del deudor por circunstancias ajenas a su esfera de control por el cual se le exime de responsabilidad.

[134] Sólo para concluir con este aspecto y haciendo la salvedad que el presente trabajo no se centra en las prestaciones de adicionales en el régimen de contratación estatal, debemos indicar que la Contraloría General de República se ha pronunciado respecto al tema sobre la imposibilidad jurídica de regularización de los adicionales, lo cual generará responsabilidad administrativa, civil y/o penal por parte de los funcionarios de la entidad que autorizaron tales prestaciones. El contratista que se vea afectado al haber ejecutado cabalmente lo solicitado, no podrá obtener que le reconozcan el pago por tales prestaciones a menos que eventual recurra a la vía judicial.

[135] En el ejemplo propuesto, debemos precisar que la ampliación de plazo sólo será respecto a la entrega de los 100 uniformes adicionales; pues si el contratista entregará los 500 inicialmente con posterioridad a los 03 de meses de suscrito el contrato, incurriría en mora.

Entre los supuestos más frecuentes de causa no imputable tenemos los siguientes: i) El caso fortuito, ii) La fuerza mayor, y iii) El hecho determinante de un tercero.

Dentro del ordenamiento nacional peruano, el artículo 1315º del Código Civil ha establecido que "caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso". La sinonimia de caso fortuito con el de la fuerza mayor se ha planteado desde hace mucho tiempo; sin embargo, parte de la doctrina comparada insiste en distinguir el caso fortuito de la fuerza mayor a pesar de la admisión de la identidad de efectos jurídicos. En el caso de nuestro ordenamiento jurídico, tanto para el caso fortuito, como para la fuerza mayor lo esencial es lo mismo: Se trata de una fuerza ajena extraordinaria, imprevisible e irresistible y para todo efecto práctico el Código Civil considera al caso fortuito como la fuerza mayor como aspectos análogos, que tienen consecuencias similares: la exoneración de responsabilidad[136]. Los casos fortuitos o de fuerza mayor tienen iguales efectos, sin embargo cabe hacer una distinción. Así pues, se considera que el caso fortuito alude solo a los accidentes naturales lo que en Derecho Anglosajón se denomina *"Act of God"* (hecho de Dios); en cambio, la fuerza mayor involucra tanto hechos

[136] DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (1988). La Responsabilidad Extracontractual, 2da ed., Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 123

de terceros como los atribuibles a la autoridad denominados en el Derecho Anglosajón *"Act of Prince"* (hecho de Príncipe)[137].

Para efectos estrictamente didácticos se puede citar algunas definiciones referentes al caso fortuito y fuerza mayor: i) Caso fortuito.- "Es lo que ninguna inteligencia humana puede prevenir". "Es lo inevitable a pesar del comportamiento diligente observado". ii) Fuerza mayor.-"Es aquella debilidad humana que no puede resistir". "Son los supuestos en los cuales el límite de responsabilidad se objetiviza en el concepto de causa extraña a los riesgos típicos creados por la organización empresarial de deudor".

Asimismo, se considera pertinente definir los conceptos de extraordinario, imprevisible e irresistible:

i) **Extraordinario.-** Como todo aquel que sale de lo común que no es usual.

ii) **Imprevisible.-** El acontecimiento es imprevisible cuando los contratantes no tiene motivos válidos para presumir que éste vaya a suceder. La noción de imprevisibilidad se aprecia tomando en consideración todas las circunstancias de la obligación. La rareza, el carácter anormal del evento, las remotas posibilidades de su realización, configuran el caso fortuito o de fuerza mayor.

iii) **Irresistible.-** La irresistibilidad supone la imposibilidad de cumplimiento. La dificultad de cumplimiento no exonera al deudor, aun cuando la prestación se haya tornado más onerosa.

[137] OSTERLING PARODI, Felipe (1988). *Las Obligaciones*, 2da Ed., Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 143

Con relación al hecho determinante de un tercero, de una manera genérica podríamos conceptualizarlo como la exoneración de responsabilidad de quien no fue autor de un daño; es decir, liberar al presunto agente cuando el verdadero productor del daño fue un tercero. Tanto los conceptos de caso fortuito, fuerza mayor y hecho determinante de un tercero son fuerza mayor, la diferencia es el caso fortuito es una fuerza mayor anónima, mientras que el hecho de tercero se imponen como una fuerza mayor con autoría. El hecho determinante de tercero exonera de responsabilidad a una persona en particular a quien se la creía causante del daño.

Con los conceptos antes indicados consideramos que el supuesto contenido en el numeral 2) del artículo 175º del reglamento podría explicarse de la siguiente manera: el contratista podrá solicitar una ampliación de plazo por causas no imputables a él, basado en caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de un tercero o culpa de la entidad; es decir, circunstancias que le son ajenas a su esfera de control por las cuales se le exime de responsabilidad y por ende de la aplicación de la penalidad por mora.

Por ello, consideramos que resultaba innecesario que el artículo 175º del reglamento contemplase expresamente los supuestos de responsabilidad por culpa de la entidad, así como de caso fortuito y fuerza mayor indicados en los numerales 3) y 4); pues como se indicó estos conceptos se encuentran incluidos en el numeral 2).

Siguiendo con el ejemplo de la entrega de los uniformes antes indicado, si se presentase la situación de que el contratista no pueda cumplir con la entrega de los uniformes en el plazo originalmente pactado de tres meses porque la entidad omitió con proporcionarle oportunamente la relación de las medidas del personal para poder cumplir con el proceso de confección, resultará claro que ese es un hecho que escapa a la esfera de control del contratista, y por ende, procedente la ampliación de plazo que solicite sustentada en el supuesto contenido en el numeral 2) del artículo 175º del reglamento, pues si el contratista pretendiese invocar la causal contenida en el numeral 3) que es la demora sustentada por culpa de la entidad, ésta podría argumentar que actuó diligentemente al comunicar oportunamente a su personal para que se tomaran las medidas, pero no podría forzarlos a que acudan a la toma de medidas y no es culpa de la entidad. En ese caso, la entidad podría invocar que actuó diligentemente y con ello enervaría su responsabilidad, no siendo procedente la ampliación de plazo sustentada en dicha causal. Por ello, se sugeriría que el contratista en estos casos (salvo el sustentado en ampliación de plazo generado por adicional) siempre invoque la causal contenida en el numeral 2), la cual incluye (como se indicó) a los supuestos 3) y 4)

5.2.1.6. Procedimiento para solicitar la ampliación de plazo

El artículo 175º del reglamento establece que el contratista deberá solicitar la ampliación de plazo dentro de los siete (07) días hábiles de aprobado el adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización. La entidad resolverá sobre la solicitud de ampliación de plazo dentro de los 10 días hábiles

contados desde su presentación. Asimismo, dicha norma indica que de no existir pronunciamiento expreso por parte de la entidad se tendrá por aprobada la solicitud del contratista, bajo responsabilidad del titular de la entidad[138].

De dicha norma podemos inferir lo siguiente:

- ✓ La ampliación de plazo no puede ser otorgada de oficio por la entidad, aunque resulte manifiesta y evidente la configuración de la causal de procedencia de la misma. Por tanto, la parte legitimada para solicitar la ampliación de plazo recaerá en el contratista cuando se configure algún supuesto que justifique su pedido[139].
- ✓ Existe una oportunidad por parte del contratista para solicitar la ampliación de plazo: siete (07) día útiles[140] de aprobado el adicional[141] o de concluido el hecho que originó el atraso. Ello nos hace inferir que la ampliación de plazo sólo podrá solicitarse durante la vigencia del contrato y para ser preciso antes del vencimiento del plazo en que el contratista deba cumplir con su oportuna prestación ya sea de entrega, dar o ejecutar, dado que la penalidad por mora se generará de manera

[138] Debemos hacer la salvedad que el procedimiento para solicitar la ampliación de plazo contenido en el artículo 175º resultará aplicable para el caso de contratos para bienes o servicios, ya que el propio reglamento en el artículo 201 establece un procedimiento específico para solicitar ampliación de plazo en el caso de obras.

[139] Si bien la regla general será que la legitimidad para solicitar una ampliación recaerá en el contratista, existe un supuesto de excepción a dicha regla que se mencionará posteriormente.

[140] Que este plazo se compute en días hábiles constituye un supuesto de excepción contenido en el primer párrafo del artículo 151º del reglamento, dado que la regla general es que el cómputo de plazos durante la ejecución contractual se realice en días naturales.

[141] Debe interpretarse que los 07 días útiles se computan desde que la entidad puso a conocimiento del contratista la aprobación del adicional; pues una lectura literal del mismo podría inducir que el plazo se compute desde la fecha en que la entidad aprueba el adicional, que no necesariamente coincidirá con la fecha en que el contratista tome conocimiento de dicho hecho a través de la notificación correspondiente.

automática y sólo con la solicitud de ampliación de plazo se suspenderán los efectos de la aplicación de la penalidad.

- ✓ Asimismo, aunque no es expreso, se desprende que es el contratista quien deberá indicar y sustentar el "quantum" sobre el que recae su pedido de ampliación de plazo. En otras palabras, en su solicitud el contratista deberá indicar expresamente que la ampliación de plazo es por "x" o "z" días calendarios el cual constituye un elemento esencial en el pedido de ampliación de plazo, ya que si se omitiese dicho elemento, pese a que el contratista pueda acreditar que el retraso se debió a causas no atribuibles a él, si éste no determina de manera objetiva el plazo sobre el cual recae su ampliación la entidad podría desestimar su pedido por indeterminación del plazo.
- ✓ La norma establece un "acto presunto con efectos estimatorios"[142] respecto al pedido de ampliación de plazo en el caso que la entidad no se pronuncie dentro de los diez (10) días útiles de haberlo solicitado el contratista. Sobre "acto presunto con efectos estimatorios" siguiendo a Garrido Falla podemos definirlo de la siguiente manera: "Como la facultad de que goza la entidad para poder denegar el pedido del contratista de ampliar el plazo del contrato, facultad que sólo puede ser ejercida en un determinado lapso de tiempo y de no hacerlo, la actuación del contratista surtirá plena eficacia jurídica respecto a su pedido de ampliación de plazo". Entendemos que de producirse el

[142] GARRIDO FALLA, Fernando y otros (2005). *Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I*, Editorial Tecnos, Madrid, p. 639

"acto presunto con efectos estimatorios" en la solicitud de ampliación de plazo, el único mecanismo por parte de la entidad para controvertir ese aspecto es que lo someta a conciliación y/o arbitraje[143].

- ✓ Finalmente, el pedido de ampliación de plazo no reviste aspectos formales tales como que esté autorizado por letrado o que conste por conducto notarial. Por su parte, tampoco existe formalidad respecto a la manera de cómo la entidad se debe pronunciar sobre el pedido de ampliación de plazo, ya que podrá hacerlo a través de una resolución, oficio, memorando o carta, con tal que dicho pronunciamiento sea expreso como señala el reglamento. Sobre este último punto, debemos indicar que resulta frecuente que el contratista, en caso de que la entidad deniegue su pedido de ampliación de plazo, interponga reconsideración o apelación contra el acto que deniega su pedido, lo cual constituye un error, pues como se indicó previamente, la única manera de controvertir esa denegatoria sería sometiéndola a conciliación y/o arbitraje y no a un procedimiento administrativo general[144].

Sobre los efectos o consecuencias de la ampliación de plazo, el propio artículo 175º del reglamento ha indicado lo siguiente:

[143] Piénsese por ejemplo que por negligencia de la entidad la comunicación denegando la ampliación de plazo solicitada por el contratista se notificó un día después a los diez días útiles establecidos en el reglamento. La entidad por el acto presunto con efectos estimatorios no le quedará otro remedio que acceder a la ampliación de plazo otorgada y de querer cuestionarla dicha ampliación sólo le quedaría la posibilidad de someterla a conciliación y/o arbitraje.

[144] El primer párrafo del artículo 5º de la ley señala lo siguiente: "El presente Decreto Legislativo y su Reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicable".

- ✓ En virtud de la ampliación otorgada, la entidad ampliará el plazo de los contratos directamente vinculados con el principal. Por ejemplo, si el plazo para la ejecución de un contrato de obra es ampliado, como efecto de dicha ampliación también deberá ampliar el plazo del contrato de supervisión de la obra. Dicho supuesto constituiría una excepción a la regla de la legitimación para solicitar la ampliación de plazo por parte del contratista; pues en este caso resultará una obligación de la entidad el ampliar el plazo del contrato de supervisión.
- ✓ Otro efecto de la ampliación de plazo en los contratos de bienes y servicios es que la entidad reconocerá el pago de gastos generales[145] debidamente acreditados. En otras palabras: la entidad estará obligada al pago de gastos generales, si el contratista puede acreditar éstos.
- ✓ La norma señala que el contratista podrá someter a conciliación y/o arbitraje cualquier controversia relacionada a ampliación de plazo dentro de los quince (15) días útiles siguientes a la comunicación de dicha decisión por parte de la entidad. Para ello se debe tener en cuenta que: i) Es el contratista quien somete a conciliación y/o arbitraje la denegatoria de su ampliación de plazo o su aprobación parcial; ii) el plazo de 15 días útiles para someter a conciliación y arbitraje es un plazo de caducidad, de conformidad con lo establecido

[145] El numeral 27 del Anexo de Definiciones del reglamento define a los Gastos Generales de la siguiente manera: "Son aquellos costos indirectos que el contratista debe efectuar para ejecución de la prestación a su cargo, derivados de su propia actividad empresarial, por lo que no pueden ser incluidos dentro de las partidas de las obras o de los cotos directos del servicio".

en el artículo 52º de la ley; iii) son dos aspectos muy diferentes someter a controversia un aspecto relacionado a una ampliación de plazo y otra muy diferente es someter a controversia la aplicación de penalidad por mora.

- ✓ Finalmente, aunque no se encuentra expresamente indicado en el artículo 175º del reglamento, teniendo en cuenta que la ampliación de plazo implicará una variación de las condiciones inicialmente pactadas referida al plazo de ejecución, resultará aconsejable al contratista que la ampliación de plazo se materialice a través de la suscripción de una adenda al contrato.

5.2.2. ¿Mutabilidad o inmutabilidad? la desnaturalización de la cláusula penal en el código civil peruano

La regulación de la modificación de la cláusula penal en el Perú ha evolucionado pasando desde un sistema de inmutabilidad absoluta adoptado por el Código Civil de 1852 en sus artículos 1275° y 1301°, hasta llegar a un sistema de inmutabilidad relativa como el vigente, recogido en el artículo 1346° del Código Civil de 1984, el cual apenas difiere de su precedente inmediato, el artículo 1227° del Código Civil de 1936[146].

El Código Civil de 1852, siguiendo la tradición del Código Napoleón, establecía lo siguiente: "Artículo 1275.- Si se estipuló el pago de cierta cantidad por daños e intereses, para el caso de no cumplirse el contrato, deberá observarse

[146] CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Óp. Cit., pp. 404-422.

lo pactado". El principio que emana de esta norma es claro: la penalidad era intangible.

Este precepto mereció el estudio de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, la cual presentó el Proyecto de Código Civil al Poder Ejecutivo el 7 de marzo de 1936, donde se consignaba las siguientes normas: "Artículo 1213.- El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor".

"Artículo 1214.- Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio.

El deudor no puede eximirse de cumplirla bajo pretexto de ser excesiva".

"Artículo 1217.- El valor de la pena impuesta no puede exceder al de la obligación principal".

Manuel Augusto Olaechea[147], fundamentando la tesis adoptada por este Proyecto, señaló que "esta fórmula intermedia pone a salvo la función primaria de la cláusula penal cuyo doble fin jurídico es impedir la arbitrariedad judicial y suprimir las dificultades procesales de carácter probatorio sobre la estimación de los daños y perjuicios. Al propio tiempo, esta fórmula reprime el abuso, eliminando el riesgo frecuente de que las estipulaciones contractuales puedan ser en algún caso fuente de enriquecimiento injusto para alguna de las partes. Yo estimo que la solución suizo-alemana que rechazo, sería de una peligrosidad

[147] Actas de la Comisión Reformadora del Código Civil. Quinto Fascículo, pp. 173 y ss.

alarmante en un medio jurídico–social tan imperfecto y mediocre como el nuestro".

No obstante la lógica de sus argumentos, esta propuesta fue revirada por la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil, dando origen a los siguientes artículos del Código Civil de 1936: "Artículo 1224.- Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio".

"Artículo 1227.- El juez reducirá equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor".

Mediante la dación de esta norma, el Código Civil de 1936 abandona la rigidez e iniquidad del sistema de inmutabilidad absoluta del Código de 1852 para acogerse a un sistema de inmutabilidad relativa que permite la reducción, pero no el aumento de la penalidad.

Esta fórmula ha sido recogida por el Código Civil vigente, el cual, siguiendo la tradición legislativa y la corriente doctrinaria imperante en el medio, establece lo siguiente: "Artículo 1346.- 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".

No obstante la fórmula consignada en nuestro Código Civil, el Proyecto presentado por la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936 establecía en su artículo 1364° un sistema semejante al presentado por la

Comisión Reformadora del Código de 1852, conforme se transcribe a continuación: "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 se estipula 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".

A criterio de Felipe Osterling[148], autor del precitado artículo, "esta fórmula permite al acreedor usar la cláusula penal, con todas sus ventajas, cuando considera que los perjuicios que sufrirá por su incumplimiento no sobrepasarán el valor del límite señalado por la ley. En caso contrario, tiene el derecho de convenir el resarcimiento del daño ulterior, pero sin el riesgo de que se modifique la cláusula penal. Tal daño ulterior deberá, desde luego, ser probado".

La fortaleza de estos argumentos parece irresistible, pues se soluciona el problema de la desnaturalización de la cláusula penal que al admitir la modificación de su monto, presentan los sistemas de mutabilidad absoluta e inmutabilidad relativa y, asimismo, se trata de aliviar con significativo éxito la iniquidad que conllevaría adoptar un sistema de inmutabilidad absoluta. No obstante, considero que si bien la fórmula adoptada por el acotado Proyecto

[148] OSTERLING PARODI, Felipe. *Óp. Cit., Las Obligaciones*, p. 228.

matiza de manera adecuada las funciones resarcitoria y compulsiva inherentes a la institución bajo análisis, se deja de lado la no menos importante función resolutoria que reviste la penalidad, lo cual podría generar graves perjuicios en contra del acreedor.

En efecto, en virtud de la función resolutoria, en los supuestos de incumplimiento total de la obligación, la penalidad cumple el rol de servir de reemplazo de la obligación principal inejecutada. En este sentido, la propuesta de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936 parece no haber tomado en cuenta tal función, al haber estipulado como monto máximo de la penalidad la mitad del valor de la obligación principal.

Las consecuencias negativas de esta regla son por demás trascendentes. Así, el deudor que no tenga interés en cumplir con su obligación se ve incentivado por esta norma, puesto que el cumplimiento del contrato le representa un sacrificio equivalente al íntegro de la obligación principal; mientras que el incumplimiento genera la obligación de pagar la penalidad, la cual en ningún supuesto podrá ser superior a la mitad del monto de la obligación. Los incentivos para incumplir los contratos que genera esta propuesta son harto persuasivos, pues al efectuar el análisis de su situación en el contrato, el deudor siempre tendrá en cuenta que si cumple con la obligación tendrá que pagar el íntegro de la prestación. Si incumple, en cambio, pagará solamente la mitad.

Esto conlleva que, a la pérdida de la función resolutoria de la cláusula penal, tenga que sumarse la pérdida de la función compulsiva que creía haberse ganado,

pues, como se ha señalado, lejos de intimidar al deudor para el cumplimiento, la regulación de la penalidad en el referido Proyecto incentiva la inejecución. De ahí que, a nuestro juicio, el monto máximo que pueda pactarse como penalidad bajo este sistema debería ser equivalente al monto de la prestación, como en el régimen brasileño y hasta quizás un poco más elevado. De este modo se pondría a buen recaudo la función compulsiva ya ganada, y se otorgaría a la penalidad la función resolutoria que soslaya el Proyecto de la Comisión Reformadora.

La Comisión Revisora desestimó la propuesta del Proyecto presentado por la Comisión Reformadora bajo el argumento de que la fórmula adoptada por el Código Civil de 1936 había venido operando adecuadamente. No obstante, cabe indicar que la Comisión Revisora aceptó que la reducción de la pena no operara de oficio como en el Código anterior, sino solamente a solicitud del deudor, dando origen a las normas actualmente vigentes.

Como hemos señalado, el sistema adoptado por el Código Civil de 1984 es el de inmutabilidad relativa; es decir, que permite la reducción de la cláusula penal a criterio de juez, pero no autoriza su incremento. De acuerdo a la regulación que se ha otorgado a la cláusula penal en nuestro país, los daños que sobrepasen el monto de la penalidad serán susceptibles de resarcimiento sólo si se hubiera pactado la indemnización del daño ulterior. Caso contrario, la penalidad cumple la función de limitar la responsabilidad del incumplidor.

En lo que respecta a los criterios que, de acuerdo al artículo 1346° del Código Civil, pueden adoptarse a efectos de reducir el monto de la penalidad, es

preciso indicar que la norma admite el empleo de criterios tanto objetivos como subjetivos.

En el primer supuesto, esto es, adoptando el criterio objetivo, el buen sentido nos indica que el órgano jurisdiccional no podrá negarse a reducir el monto de la penalidad, cuando el deudor demuestre de manera objetiva que el monto de los daños derivados de su incumplimiento se encuentra por debajo de la suma pactada en la cláusula penal.

No obstante la lógica de este argumento, cabría preguntarse si además de la prueba de los daños es preciso que el juez verifique que la penalidad es "manifiestamente excesiva". Dicho en otros términos, ¿sería posible la reducción de una penalidad que no es "manifiestamente excesiva" cuando el deudor haya demostrado que los daños efectivamente irrogados por el incumplimiento son menores?

Tal cuestionamiento resulta perfectamente válido, pues podría darse el caso en que la pena no sea "manifiestamente excesiva", sino que, por el contrario, se haya pactado una penalidad razonable –inclusive diminuta, si nos ponemos en un supuesto extremo-, pero que, no obstante, los daños irrogados por el incumplimiento estén por debajo del monto pactado o, inclusive, sean inexistentes, y así lo demuestre el incumplidor.

El análisis de estas interrogantes puede ser abordado desde dos perspectivas. En primer lugar, si nos atenemos al texto del dispositivo citado, en el ejemplo

referido no se habría verificado el supuesto de hecho que establece la norma, esto es, que la pena sea "manifiestamente excesiva", con lo cual, no sería procedente la reducción de su monto.

La segunda posible solución al problema estaría en obviar la interpretación literal de la norma e indemnizar por los daños efectivamente irrogados, reduciendo de manera proporcional el monto de la pena. Sin perjuicio de las opciones propuestas desde el punto de vista objetivo, consideramos que, en el sistema a que se ha acogido el Código Civil peruano, la solución al problema planteado podría encontrarse en la adopción de un criterio subjetivo para determinar la reducción de la penalidad.

El fundamento de esta posición se encuentra en el requisito que establece la norma bajo análisis para la reducción de la penalidad. Pareciera que la referencia a la reducción equitativa de la pena "manifiestamente excesiva" denota la necesaria apreciación subjetiva del juez, pues no solamente se exige que la pena sea excesiva, esto es, que supere con creces el monto de los daños y perjuicios efectivamente irrogados, sino que, además, se requiere que esta desproporción sea manifiesta, es decir, abiertamente abusiva e, inclusive, grosera.

Bajo esta perspectiva, la verificación de que el supuesto de la norma se ha cumplido no le correspondería al deudor que solicita la reducción de la penalidad, sino al juez. Asimismo, el carácter abusivo de la penalidad tampoco es susceptible de verificarse en el terreno probatorio, pues no es mediante criterios objetivos,

sino subjetivos, que se tendrá que evaluar los supuestos en que el monto de la pena pactada es “manifiestamente excesivo”.

A la luz de estas consideraciones, pareciera que la probanza de los daños que corre por cuenta de las partes del contrato sólo podrá tener lugar una vez que el órgano jurisdiccional haya determinado que nos encontramos ante una cláusula penal que al ser “manifiestamente excesiva”, encaja dentro del supuesto de hecho de la norma y, por ende, es susceptible de ser reducida.

Cabe señalar que el artículo 1346° del Código Civil no es el único que otorga al juez la facultad de emplear su leal saber y entender para la evaluación del monto de los daños. Así, por ejemplo, el artículo 1332° del acotado Código establece el deber del juez de fijar con valoración equitativa el resarcimiento del daño que no pudiera ser probado en su monto preciso. Lo propio ocurre con el artículo 1407°, el cual deja al arbitrio de un tercero –que bien puede ser el juez- la determinación con criterio equitativo de la obligación que es objeto del contrato, entre otras normas.

Frente a estos argumentos, siempre podrá objetarse que la determinación de si una cláusula penal es “manifiestamente excesiva” sólo podrá hacerse una vez efectuada la probanza de los daños, pues sólo de este modo se podrá comprobar su desproporción con el monto de la pena, esto es, mediante criterios objetivos y no subjetivos. Sin embargo, ello no excluye la necesidad de efectuar una apreciación subjetiva, pues el hecho de que el monto de la penalidad supere a los daños efectivamente irrogados, aun cuando se pueda comprobar la desproporción, no

necesariamente significa que la pena es "excesiva" y mucho menos "manifiestamente excesiva". En este sentido, la apreciación subjetiva del juez parece ser imprescindible.

La presencia del criterio subjetivo del juez podría ser llevada a extremos en el supuesto en que el incumplidor solicite la reducción de la penalidad que, de acuerdo al sentido común, es sin lugar a dudas "manifiestamente excesiva", pero que, sin embargo, omita aportar pruebas conducentes a demostrar la inferioridad del monto del daño. En este supuesto, no parece ser lo más sensato declarar infundado el pedido del deudor por falta de pruebas. Por el contrario, el buen sentido nos indica que el juez deberá emplear su leal saber y entender a efectos de reducir prudencialmente y de manera equitativa el monto de la pena pactada.

Estas conclusiones –aunque siguiendo un razonamiento diferente- han sido consagradas por la jurisprudencia nacional. Así, entre los criterios que han seguido los tribunales nacionales a efectos de determinar la reducción de la penalidad, tenemos los siguientes:

- La Corte Suprema ha considerado que la reducción de la penalidad procede "con el único fin de fomentar el contenido ético de las relaciones contractuales. Referido a los pactos usurarios a que puede estar sometido el deudor al momento de la celebración del contrato". (Sentencia Casatoria N° 1753-97, del 24 de setiembre de 1998.)
- En el considerando Sexto de esta misma resolución la Corte Suprema señaló que, en el caso materia de casación, la reducción de la penalidad

obedecía “a una apreciación subjetiva del Magistrado”. Este criterio ha sentado precedente, pues se aplicó nuevamente mediante Sentencia de fecha 31 de julio de 2001, expedida por la Corte Superior de Justicia de Lima, Expediente N° 6653-2000.

- De otro lado, mediante sentencia de fecha 20 de mayo de 1998, la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia resolvió reducir equitativamente la penalidad atendiendo a que “el pago de US$ 50.00 por día, en caso de incumplimiento desde la entrega de la propiedad, es excesivo”. Caber señalar que de la lectura de la resolución se desprende que los magistrados arribaron a dicha conclusión sin que fuera necesario que el incumplidor probara que los daños producidos por el incumplimiento se encontraba por debajo del monto pactado como penalidad. De ahí que resulte plausible afirmar que en este caso la reducción de la pena se efectuó de acuerdo al criterio subjetivo y valoración equitativa de la Sala.
- Otro criterio no menos interesante seguido por nuestros tribunales a efectos de reducir el monto de la cláusula penal ha sido el de considerar que “la suma adeudada a la parte demandante está garantizada con la hipoteca sobre un inmueble de propiedad del demandado, lo que limita también los daños que pudieran sufrir los acreedores ante el incumplimiento del obligado, puesto que la obligación se encuentra debidamente garantizada”. (Sentencia superior de fecha 31 de julio de 1997, recaída sobre el Expediente N° 276-97)

- En un contrato de arrendamiento cuya merced conductiva ascendía a US$ 480.00 mensuales, se había pactado una penalidad ascendente al 15% de dicho monto por cada día de atraso en que el arrendatario no cumpliera con la desocupación del inmueble a la finalización del contrato. Verificada la demora en la entrega del bien e iniciado el proceso orientado a cobrar la penalidad correspondiente, mediante Sentencia expedida por la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia con fecha 1 de octubre de 1999 se resolvió reducir el monto de la cláusula penal "en aplicación del artículo II del Título Preliminar del Código Civil". La norma invocada por el órgano jurisdiccional en este proceso está orientada a proscribir el abuso del derecho, supuesto que, a criterio de la Sala, se habría verificado al haberse estipulado la penalidad que el demandante reclamaba.
- Finalmente, la Corte Suprema decidió reducir el monto de la penalidad en atención a que el incumplimiento del deudor generaba, además del pago de la penalidad, la obligación de pago de intereses, los cuáles constituían el medio más idóneo para indemnizar la falta de pago de una suma de dinero en el plazo concertado . (Sentencia Casatoria N° 3192-98 expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia con fecha 1 de junio de 1999).

No es el propósito del presente trabajo comentar las resoluciones jurisprudenciales citadas; sin embargo, de su lectura se aprecia que en ninguna de

ellas se resuelve reducir el monto de la penalidad en atención a la evaluación objetiva de las pruebas que hubieran sido aportadas por las partes. En efecto, lejos de abocarse al análisis de los medios probatorios presentados por los litigantes, el órgano jurisdiccional peruano resuelve con criterio de conciencia, de acuerdo a lo que a su leal saber y entender constituye una pena "manifiestamente excesiva". En tal virtud, es posible determinar con claridad meridiana que, cuando menos en los fallos de nuestros tribunales, el criterio subjetivo de reducción de la pena es prevalente.

De otro lado, se critica el tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico brinda al tema, señalando que se desnaturaliza la cláusula penal. La desnaturalización de la cláusula penal se achaca como uno de los defectos de los sistemas que propugnan la modificación de su monto, a saber, el sistema de mutabilidad absoluta y el sistema de inmutabilidad relativa. En efecto, "si la cláusula penal tenía el propósito, justamente, de evitar la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía, parece claro que el artículo 1346° desnaturaliza la institución. No evita en modo alguno el debate. Es más, induce necesariamente a él, porque, ¿cómo podría un juez, sin la existencia de un litigio, decidir si la pena es 'manifiestamente excesiva?. Todo ello conduce, en definitiva, a lo que se trató de evitar: la controversia sobre la existencia de los daños y su monto. Y, en este orden de ideas, no se libera al acreedor de las dificultades que puede presentar la prueba del perjuicio o el arbitrio judicial en su estimación, ni la institución alcanza

a constituirse en un medio conminatorio eficaz para compeler al deudor a cumplir sus obligaciones"[149].

Ahora bien, el Código peruano ha adoptado el mismo fundamento que inspira a las demás regulaciones que se acogen al sistema inmutabilidad relativa, el cual parte de la premisa de que el deudor es la parte más débil del contrato y, en tal condición, se encuentra en posición de desventaja frente al acreedor. Esta premisa, como se ha señalado anteriormente, no es necesariamente válida. En efecto, la observación de la realidad de la contratación en el Perú nos permite advertir que existen numerosos supuestos en que el deudor, lejos de ser la parte más débil, detenta una posición ostensiblemente ventajosa respecto del deudor[150].

Asimismo, cabe advertir que el sistema de regulación que propugna la inmutabilidad relativa no necesariamente cumple con proteger al deudor que se encuentra en desventaja; pues, "al debilitar la fuerza de la pena, indirectamente se crean dificultades para el deudor, porque el acreedor, al verse privado de la garantía que representa la cláusula penal, será más exigente en otros puntos del convenio"[151].

En este sentido, resultaría ingenuo pensar que la posibilidad de reducir la cláusula penal brinda una protección completa al deudor frente a los abusos que pudiera cometer el acreedor mediante la estipulación de pactos draconianos. Por el contrario, la inseguridad que representa para el acreedor tener que desenvolverse

[149] Ibíd., p. 229.
[150] CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos (1988). *La Regla del Favor Debitoris y la Reforma del Libro VI del Código Civil*, Gaceta Jurídica, Lima, pp. 205-214.
[151] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Óp. cit., p. 89.

en un sistema legislativo en que las penalidades no cumplen las funciones compulsivas y resarcitorias que le son inherentes, le genera la necesidad de proteger sus intereses valiéndose del empleo de otros mecanismos. Así, la desnaturalización de la cláusula penal genera el aumento de los costos de transacción y el encarecimiento del crédito, lo que, de manera indirecta, contribuye al aumento de dificultades para crear y mantener operativas empresas en el Perú, con la consecuente disminución de oportunidades de empleo y desarrollo económico.

En efecto, el acreedor, consciente de que la cláusula penal que eventualmente se imponga al deudor no tiene el menor efecto en el cumplimiento de la obligación principal, optará por la constitución de mecanismos de garantía aún más severos, cláusulas draconianas en el contrato e, inclusive, ante la imposibilidad de idear un mecanismo que garantice su acreencia de manera adecuada y sin generar sobrecostos, el acreedor optará por negar el crédito a sus potenciales deudores.

De este modo, lo que pareciera ser una buena intención por parte del legislador para proteger a los deudores en desventaja en la contratación, termina repercutiendo en perjuicio del propio deudor, pues serán ellos quienes tengan que asumir los pasivos del ambiente de inseguridad jurídica y falta de confianza en el cumplimiento de los contratos que el sistema de inmutabilidad relativa de la cláusula penal contribuye a configurar en nuestro país.

Ahora bien, cualquiera que sea el sistema que adopte una legislación, debe tenerse presente que los riesgos anotados se ciernen sobre toda la contratación; no obstante, "conceder con generosidad asideros legales para que el acreedor o el deudor violen lo que convinieron, es propiciar la impugnación del contrato siempre que las partes no vieran plenamente satisfechas sus expectativas.

El acreedor hablará, en estos casos, de una indemnización insuficiente, y el deudor, por su parte, de una indemnización excesiva. La legislación contractual debe utilizar fórmulas intermedias destinadas únicamente a restringir el principio absoluto de la autonomía de la voluntad, pero no a interferir en cada contrato permitiendo su revisión. Para cautelar a los contratantes se dictan otras normas de orden público relativas a la capacidad de las personas o a la libre manifestación de la voluntad"[152].

Las opciones que se presentan para la regulación del tema son múltiples. Así, tenemos el sistema de inmutabilidad absoluta, recogido por el Código Civil español. Dentro de este sistema, es posible adoptar la fórmula brasileña del Código de 1916, la cual postula una inmutabilidad absoluta, pero fijando un límite máximo al monto de la penalidad.

De otro lado, tenemos el sistema de mutabilidad absoluta, cuyo precursor es el Código Civil alemán de 1900 y el sistema de inmutabilidad relativa adoptado desde 1975 por el Código Civil francés los cuales admiten la posibilidad de modificar la pena, ya sea para reducirla o para aumentarla, o solamente para

[152] OSTERLING PARODI, Felipe (1988). *La Inmutabilidad de la Cláusula Penal*, Cultural Cuzco S.A., Lima, pp. 299-323.

reducirla. Finalmente, no debe descartarse la posibilidad de supresión de la pena que consagra el Proyecto de Ángel Ossorio, el cual resulta perfectamente coherente con el principio de revisión de la pena, pues ¿qué sentido tendría ordenar la indemnización cuando no se ha infringido ningún daño?

Se trata, en consecuencia, de uno de los tantos supuestos en que al interior de una institución jurídica se verifica un nuevo enfrentamiento entre la equidad y la seguridad jurídica que deben inspirar al derecho. La solución, ciertamente, no es sencilla. Lo único concreto parecer ser que no existe una solución perfecta que quede exenta de toda crítica.

Sin perjuicio de las consideraciones precedentes, estimo oportuno efectuar la siguiente observación al sistema de inmutabilidad relativa adoptado por el Código Civil peruano, pues parece haberse generado una incoherencia al permitir la reducción de la pena, pero no su aumento. De este modo, la equidad que propugna la posibilidad de disminuir las penalidades "manifiestamente excesivas", parece tornarse en iniquidad cuando no se admite el incremento de las penas "manifiestamente diminutas" que se pactaron en perjuicio del acreedor.

Este aspecto del análisis merece una reflexión aparte, respecto a la posibilidad de aumentar la pena. El ordenamiento jurídico peruano, al haberse acogido a sistema de inmutabilidad relativa de la cláusula penal, sólo permite su modificación para reducirla pero no para aumentarla, salvo que se hubiese pactado el daño ulterior. No obstante, la posibilidad de aumentar la indemnización en nuestro sistema jurídico cuando no se hubiera pactado el daño ulterior y la pena

resultara manifiestamente diminuta, podría encontrarse en los supuestos de incumplimiento por dolo o culpa inexcusable. En estos casos, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1321° del Código Civil, el deudor responde por todos los daños, inclusive aquellos que no hubiesen sido previsibles al momento de la celebración del contrato.

Esto indica que "la regla según la cual el acreedor no puede pretender otra indemnización aunque el daño sufrido por él sea mayor sufre excepción cuando el incumplimiento del deudor es doloso, pues no es admisible que invoque la cláusula penal para disminuir la responsabilidad de daño que él ha ocasionado con su inejecución a designio"[153].

Esta es la teoría propugnada por el Código Civil alemán, pues si como ocurre casi siempre, corresponde al acreedor una pretensión de indemnización por incumplimiento, puede exigir la pena como importe mínimo del daño y, si el interés de cumplimiento es superior a la pena, puede exigir este plus, puesto que la pretensión dirigida a la pena tiende a ser una facilidad, pero no una limitación de la pretensión de indemnización[154].

En efecto, "el dolo agrava la responsabilidad de deudor, y sería inmoral aceptar que por medio de una actitud dolosa se limite el resarcimiento de los

[153] BUSTAMANTE, Jorge. Óp. Cit., p. 203.
[154] ENNECCERUS, Ludwig. Óp. Cit., p. 188.

daños y perjuicios sufridos por el acreedor; aceptarlo sería permitir que se enarbole la ilicitud"[155].

A estas consideraciones debe añadirse el supuesto en que, si se hubiese pactado una pena ínfima, ésta tendría claramente la función de limitar la responsabilidad del deudor[156]. De acuerdo con el artículo 1328° del Código Civil, este pacto sería nulo siempre que el incumplimiento se haya producido por dolo o culpa inexcusable.

Así, el artículo 1328° del acotado Código establece lo siguiente: "Artículo 1328°.- Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.

También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público".

El análisis de esta norma debe tener presente que la cláusula penal cumple una función resarcitoria, esto es, la de servir como liquidación convencional anticipada de los daños resultantes de la inejecución. En este sentido, cabría preguntarse si es posible pactar que la cláusula penal prevea entre los daños que está destinada a indemnizar, aquellos derivados del incumplimiento doloso y, de ser así, si la penalidad sería inmutable.

[155] FERREIRÓS, Estela. Óp. Cit., p. 132.
[156] ALTERINI, Atilio. Óp. Cit., p. 303.

Sobre el particular, el buen sentido nos indica que si bien es factible pactar una cláusula penal que contemple el incumplimiento doloso, ella será inmutable en tanto y en cuanto no sea inferior a la indemnización que correspondería de haber sido fijada judicial o legalmente. Una solución contraría afectaría el orden público, habida cuenta que si bien se puede permitir que el incumplimiento del contrato debido a fuerzas exteriores o incluso a culpa leve del deudor no produzca responsabilidad o la genere disminuida, suprimirla o disminuirla por dolo es directamente eliminar el contrato, que constituye uno de los pilares básicos de la sociedad moderna[157].

A criterio de Osterling[158], el principio está plenamente justificado, "pues si el deudor, en los casos de dolo, responde no sólo de los daños y perjuicios previstos o que hayan podido preverse al tiempo de constituirse la obligación, sino de todos aquellos otros que se deriven de la falta de cumplimiento, es lógico que el acreedor tenga derecho a exigir una reparación superior a la pactada. En estos casos el acreedor sólo pudo estipular la reparación de los daños y perjuicios previstos. Pero el deudor responde, además, de los daños y perjuicios imprevistos". Recordemos que la valuación anticipada de los daños no quiere decir limitación de responsabilidad, sino que tiene por finalidad ponderar previamente los daños para evitar la prueba.

Sin embargo, no se trata de un tema pacífico, pues podrían existir razones para considerar que el artículo 1328° del Código Civil no resulta aplicable a la

[157] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Óp. cit., pp. 144-145.
[158] OSTERLING PARODI, Felipe. *Óp. Cit., La Inmutabilidad de la Cláusula Penal*, p. 26

cláusula penal. Así, a criterio de García Amigo[159], cuando el daño es superior al monto de la pena, la cláusula penal puede asumir la función de cláusula limitativa de responsabilidad. No obstante, la diferencia entre estas dos instituciones radica en lo siguiente:

- ✓ La cláusula limitativa de responsabilidad nace para proteger al deudor; mientras que la penalidad generalmente se pacta a favor del acreedor.
- ✓ Asimismo, mientras la cláusula limitativa de responsabilidad se refiere al daño, la cláusula penal presupone el incumplimiento, independientemente del daño.

Sin perjuicio de la validez de los argumentos expuestos por el autor citado, consideramos que aun cuando puedan existir diferencias conceptuales entre la cláusula penal y las cláusulas limitativas de responsabilidad, la función que cumplen las penalidades diminutas es idéntica: limitar la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento. De ahí que sea válido afirmar que la norma bajo análisis resulta plenamente aplicable para los supuestos de cláusulas penales irrisorias en que no se hubiese pactado la posibilidad de indemnizar el daño ulterior.

Finalmente, la consecuencia que se deriva de la aplicación de la norma bajo análisis es la nulidad de la cláusula penal, cuando ésta tenga por finalidad la limitación de la responsabilidad del deudor que incumple por dolo o culpa inexcusable. Bajo este criterio, el órgano jurisdiccional deberá ordenar al

[159] ESPÍN ALBA, Isabel (1997). *La Cláusula Penal*, Marcial Pons, Madrid, p. 111-112.

incumplidor el pago de la indemnización de los daños efectivamente irrogados y por el monto de los perjuicios que el acreedor consiga demostrar. Una interpretación contraria de las normas analizadas podría contribuir a enarbolar la renuncia al derecho a ser indemnizado en nuestro país.

5.3. Corroboración de hipótesis

La hipótesis planteada fue que: *"Las posibles causas que originarían la no efectivización de la penalidad establecida en los contratos suscritos entre el Gobierno Regional Ancash y los consorcios, serían su naturaleza contractual y la corrupción de funcionarios del Gobierno Regional de Ancash en los años 2010 a 2011"*; la misma que ha sido CORROBORADA POSITIVAMENTE en base a los siguientes fundamentos:

a) El espíritu de la Ley y Reglamento de las Contrataciones Estatales es incentivar a una participación masiva de postores en procesos de contratación pública; esté hecho constituye un serio error supeditar el perfeccionamiento de la promesa de consorcio al consentimiento de la buena pro y la suscripción de un contrato, en razón de que dicha disposición coloca en una suerte de informalidad la trascendencia jurídica de la admisión de una propuesta hecha vía consorcio. Esta informalidad, permite en muchas oportunidades que las empresas materialicen un ejercicio abusivo de éste derecho o institución jurídica, máxime si la normativa no establece el número máximo de empresas que puedan consorciarse y de que modelos societarios.

b) El ejercicio abusivo del Derecho de promesa de consorcio reconocido a las personas jurídicas en la Ley y el Reglamento de las contrataciones, por su informalidad, hace peligrar intereses legítimos del Estado y del consorciado de buena fe, exponiéndolos ante un fraude de la Ley, asimismo permite el riesgo de simulación.

c) En nuestra normativa, los contratos asociativos se encuentran clasificados como contratos de consorcio y de asociación en participación, por lo que el artículo 438º de la Ley Nº 26887, Ley General de Sociedades. **No** genera una persona jurídica nueva, debe constar por escrito y no está sujeto a inscripción en los Registros Públicos. Sin embargo, a nivel doctrinario se ha negado la naturaleza contractual del contrato asociativo por consorcio; prueba de ello basta con leer a Messineo para el que sólo hay contrato cuando, de modo antagónico, sólo existen deudor y acreedor.

d) Las penalidades tienen dos objetivos: por un lado, garantizar a la Entidad pública el cumplimiento de la prestación y, por el otro, estimular al acreedor el cumplimiento de lo acordado, pues el pago de penalidades solo hará que la prestación a su cargo se vuelva más onerosa para él. La penalidad, como criterio general, la relacionamos con la demora o el retraso en el cumplimiento de la prestación por parte del contratista. De esta manera se configura la denominada penalidad por mora.

e) La Entidad tiene la facultad de fijar penalidades distintas a la prevista en la Ley y en su Reglamento; sin embargo, debe tenerse presente que ello no faculta a establecer parámetros excesivos en relación con la materia cuyo cumplimiento se pretende asegurar. En el mismo sentido, los supuestos que darán lugar a la aplicación de las citadas penalidades deberán encontrarse claramente definidos, con el objeto que los contratistas puedan conocerlos y evitar incurrir en ellos. Pero resulta que pese a tener esa facultad la entidad, no las fija por que existe acuerdos entre los empresarios y funcionarios, tal como se observa el cuadro y gráfico N° 12, a la pregunta ¿Considera Ud. que hay corrupción en los procesos de selección?, de los 30 encuestados, 29 de ellos señalaron que sí existe corrupción que representa el 94%.

f) Entre los fundamentos que amparan esta regla de inmutabilidad de la pena se encuentra aquellos que sostienen que con la cláusula penal se busca evitar en el futuro toda discusión sobre la existencia de daños y sus montos; asimismo que el respeto de la voluntad de las partes libremente expresadas en el momento de pactar la penalidad, conforme al principio de libertad contractual, partiendo de esta premisa se obtuvo que la entidad y los empresarios el 100% indicaron haber negociado los términos de la cláusula penal, conforme se observa del cuadro y gráfico N° 04, pero ello no vienen ejecutando.

g) Las penalidad libremente pactadas en los contratos paritarios o negociados deben respetarse y deben cumplirse cuando el deudor

incumpla con sus obligaciones, por lo cual no compartimos de la tesis de una revisión judicial o arbitral de las penas convencionales, ni a pedido del deudor ni realizadas de oficio por el Juez.

VI. CONCLUSIONES

1. Según la Ley y Reglamento de Contrataciones estatales, se dispone de manera general que, para que un consorcio intervenga en un proceso de selección no se requiere un contrato de consorcio elevado a escritura pública e inscrito en Registros Públicos, sino basta con una promesa formal de consorcio, la que deberá ser formalizada luego del otorgamiento de la Buena Pro y antes de la suscripción del contrato, por lo que está ésta disposición Genérica acarrea tal informalidad que puede ocasionar daños a promitentes de buena fe y a la entidad.
2. La penalidad contemplada en el artículo 165º del reglamento no cumple las funciones típicas de una cláusula penal, en tanto del contenido de dicho articulado no se desprende que dicha penalidad tenga un carácter indemnizatorio a favor de la entidad, es decir, carece expresamente de función liquidatoria, por lo que la naturaleza más próxima de esta penalidad es la de una multa.
3. La fórmula adoptada por el artículo 1346° del Código Civil de 1984 para acoger el sistema de inmutabilidad relativa dentro de nuestro ordenamiento jurídico, es inconveniente para la eficacia y utilidad social de la Cláusula Penal. Porque es ambigua e imprecisa, hace de la Cláusula Penal un instrumento jurídico inseguro e ineficaz para el reforzamiento de obligaciones. Y no ha logrado cumplir la finalidad que le dio origen, es decir, no facilita la realización la justicia social.

4. La sociedad moderna necesita instrumentos jurídicos dinámicos que puedan ser utilizados para la satisfacción de un mayor número de intereses de las partes de una relación obligacional. En ese sentido el contenido de la Cláusula Penal será válido en la medida que represente intereses legítimos, razonables y dignos de tutela jurídica que se encuentren plenamente permitidos por el orden público.
5. A efectos de asegurar el cabal cumplimiento del servicio, la Entidad tiene la facultad de establecer penalidades distintas a las contempladas en el Reglamento, tal facultad debe obedecer a criterios de razonabilidad, congruencia, proporcionalidad y objetividad de manera que no afecte injustificadamente el equilibrio que debe existir entre las partes del contrato. Sin perjuicio de lo expuesto, es imperativo precisar que aun cuando el monto depende de la misma Entidad, este no deberá ser excesivo, siendo aconsejable que exista criterio de cuantificación previo al inicio del proceso de selección, a efectos de determinar el monto exacto en las Bases administrativas.
6. Las causas que originan que se efectivice la penalidad establecida en los contratos suscritos entre el Gobierno Regional Ancash y los consorcios, en los años 2010 a 2011, a través de las conciliaciones, laudos arbitrales y sentencias judiciales en la Corte Superior de Justicia de Ancash, están establecidas en la ley de Contrataciones y adquisiciones con el Estado y el abuso del poder estatal de sus funcionarios, por la propia naturaleza de los contratos administrativos que se dan en la práctica.

7. Las deficiencias que se encuentran en los contratos suscritos entre el Gobierno Regional Ancash y los consorcios, en los años 2010 a 2011; son el desequilibrio contractual, la falta de negociación respecto a la cláusula penal y el monto de ésta, precisando que ello no resulta principalmente del desconocimiento de la norma específica sobre el tema de contrataciones estatales por parte de los consorciado operante sino por el resultado positivo a su favor de la evaluación costo-beneficio que realizan los consorcios, por lo que el 66,7% empresarios encuestados, indicaron que conocen el contenido de la cláusula penal y sus implicancias.
8. Los contratos pre constituidos o denominados "contratos formato" transgreden la definición legal – doctrinaria del contrato, por no existir negociación que arribe un acuerdo respecto del contenido y monto de las clausulas penales.
9. Existe la política que el Estado suscriba contratos privados a fin de generar mayor inversión, pero sigue operativo el contrato administrativo.
10. Los contratos suscritos por el Gobierno Regional de Ancash no cumplen con el principio de continuidad de los contratos administrativos.

VII. RECOMENDACIONES

1. Urge una reforma legislativa del artículo 1341° y la derogatoria del artículo 1346° del Código Civil de 1984, en el sentido de precisar la función de la cláusula penal y de otro lado garantizar la libertad de contratación dotando de plena eficacia a los acuerdos contractuales y especialmente, en este caso, a las penalidades libremente pactadas.
2. Modificar el artículo 165º del reglamento de la ley de Contrataciones, en la que se amplíe sus alcances y naturaleza jurídica propia de una clausula penal, es decir que tenga un carácter indemnizatorio a favor de la entidad y tenga la función liquidatoria y así diferenciarlo de una multa.
3. La promesa de consorcio debe materializarse notarialmente por mandato expreso de la norma. Siendo así para su firma debe exigirse bajo sanción de nulidad el acuerdo de la Junta General de Socios de las personas jurídicas comprometidas dentro de sus alcances; con dicha medida se protegerá fehacientemente al Estado como al consorciado de buena fe, ante el fraude deliberado y doloso de representantes legales de empresas consorciadas antelada y maliciosamente, para determinado fin, entre ellos eliminar del camino a potenciales rivales.
4. El Organismo Superior de Contrataciones con el Estado (OSCE) debe establecer un formato base para la presentación de promesas de consorcio, en donde se detallen fehacientemente aspectos relacionados a las obligaciones de cada uno de los prometedores; todo ello en pro de evitar un fraude a la ley o la colusión indebida entre postores dentro de un

proceso licitario; solo así podría determinarse céleremente de manera individual, proporcional, legal y razonable las responsabilidades administrativas derivadas de infracciones cometidas por postores que presentaron promesa de consorcio durante su participación en el proceso de selección.

5. Promover mayor investigación doctrinaria en materia de Contratación del Estado y las instituciones que la contiene.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ÁLVAREZ CARRANZA, César (2000). *Algunos Criterios Respecto a los Contratos de Colaboración Empresarial en el Ordenamiento Jurídico Peruano*, Gaceta Jurídica, Lima.
2. AMATO, D. V (1984). *Associazioni e tutela dei singoli. Una ricerca comparata*, Editore Napoli, Jovene.
3. AULETTA, G. G. (1937). "Il contratto di società commerciale. Requisiti. Conclusione. Vizi", Dott. A Giuffrè Editore, Milano.
4. BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo (2002). *Comentarios a la Ley General de Sociedades*, Gaceta Jurídica, Lima.
5. BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo (2002). *El contrato de Asociación en participación*, Editora Rao S.R.L. y Jurídica, Lima.
6. BORDA, Guillermo A. (1983). *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones I,* 5ta ed., Editorial Perrot, Buenos Aires.
7. CABALLERO LOZANO, José M. (1992). *La Mora del Acreedor*, Bosch editor S.A., Barcelona.
8. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo (1994). *Derecho Societario, Parte General: La personalidad jurídica Societaria*, Heliasta, Buenos Aires.
9. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo (1994). *Diccionario Jurídico Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II,* 24° Ed., Editorial Helisasta, Buenos Aires.

10. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos (1988). *La Regla del Favor Debitoris y la Reforma del Libro VI del Código Civil*, Gaceta Jurídica, Lima.

11. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos (1994). *Estudios de Derecho Privado I*, Ediciones Jurídicas, Lima.

12. CÁRDENAS QUIROZ, Carlos (2002). *Las Garantías del Derecho de Crédito y la Reforma del Código Civil de 1984.*

13. CARNELUTTI, F. "Occhio ai concetti!", Rivista del Diritto Commerciale, 1950-I.

14. CHARRASQUER CLARI, Maria Luisa (2002). *El problema del fraude a la ley en el derecho tributario*, Tirant lo Blanch, Valencia.

15. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (1991). *El Contrato en General*, Tomo I, Fondo Editorial de la U. Católica, Lima.

16. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (1988). La Responsabilidad Extracontractual, 2da ed., Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

17. DIEZ-PICAZO, Luis (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II: Las relaciones obligatorias, 5ta ed., Editorial Civitas S.A., Madrid.

18. DOBSON ALVAREZ, Juan M. (1985). *El abuso de la personalidad Jurídica*, Depalma, Buenos Aires.

19. DROMI, Roberto (1995). *Licitación Pública*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires.

20. ELIAS LAROZA, Enrique (1999). *Derecho Societario Peruano, Tomo III*. Editora Normas Legales S.A., Trujillo.

21. ELIAS LAROZA, Enrique (2001). *Derecho Societario Peruano*, Normas Legales S.A., Trujillo.

22. ENNECCERUS, Ludwig (1954). *Derecho de Obligaciones*, Vol. I. Traducción de 35ª ed. alemana por BLAS PÉREZ, Gonzáles y ALGUER, José, Casa Editorial Bosch, Barcelona.

23. ESPIN ALBA, Isabel (1997). La Cláusula Penal, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid.

24. ESPÍN ALBA, Isabel (1997). *La Cláusula Penal*, Marcial Pons, Madrid.

25. ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2005). *El Ejercicio Abusivo del Derecho en las Decisiones de las Juntas de Acreedores dentro del Procedimiento Concursal*, 2da ed., Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

26. FARINA, Juan (1991). *Contratos Comerciales y Modernos*, Astrea, Buenos Aires.

27. FERRERO COSTA, Raúl (2004). *Curso de Derecho de Obligaciones*, 3ra ed., Editorial Jurídica Grijley, Lima.

28. FERRERO DIEZ CANSECO, Eduardo (2010). *Algunos apuntes sobre los contratos asociativos y su tratamiento en la Ley General de Sociedades Peruanas*, en: Revista IUS et Veritas, Año IX, N° 18, Lima.

29. FLORES POLO, Pedro (2002). *Diccionario Jurídico Fundamental*, Editorial Grijley, Lima.

30. GARCIA TOMA, Víctor (1986). *Introducción al Derecho*. Lima.

31. GARRIDO FALLA, Fernando y otros (2005). *Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I*, Editorial Tecnos, Madrid.

32. GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter (1999). *El Contrato de Consorcio*. En Estudios Societarios & Ley General de Sociedades, Gaceta Jurídica Editores, Lima.

33. HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2010). *Metodología de la Investigación*, Editorial McGrawHill, México.

34. JOSSERAND, Louis (1950). *Derecho Civil*, Tomo II, Vol. I. Traducción de CUNCHILLOS, Santiago y MANTEROLA, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía Editores, Buenos Aires.

35. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (1981). *La cláusula penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires.

36. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo (1995). *El Negocio Jurídico*, 2da Edición, Grijley, Lima.

37. LOPEZ SANTA MARÍA, Jorge (1978). *Obligaciones y contratos frente a la inflación.* 2da ed., Editorial Jurídica de Chile, Chile.

38. MARTORELL, Ernesto (1998). *Tratado de Contratos de Empresas*, Tomo ll, Depalma, Buenos Aires.

39. MESSINEO, Francesco (1979). *Manual de Derecho Civil y Comercial*, *Tomo IV*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

40. MESSINEO, Francesco (1986). *Doctrina General del Contrato,* Tomo I, Traducción de FONTANARROSA, SENTÍS y VOLTERRA, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

41. MONTOYA MANFREDI, Ulises (1999). *Derecho Comercial, Tomo ll,* Editorial Grijley, Lima.

42. MOSSET ITURRASPE, Jorge (1978). *Medios compulsivos en Derecho privado,* EDIAR Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires.

43. OSORIO, Manuel (1981). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales,* Editorial Heliasta, Buenos Aires.

44. OSTERLING PARODI, Felipe (1988). *La Inmutabilidad de la Cláusula Penal,* Cultural Cuzco S.A., Lima.

45. OSTERLING PARODI, Felipe (1988). *Las Obligaciones*, 2da Ed., Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

46. OSTERLING PARODI, Felipe (1998). Obligaciones con cláusula penal, En *Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez,* Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima.

47. OSTERLING PARODI, Felipe (1999). *Las Obligaciones*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

48. PALACIOS MARTÍNEZ, Eric y NUÑEZ SAENZ, Ysmael (2004). *Teoría General de las obligaciones,* Jurista Editores E.I.R.L., Lima.

49. PEDROZA ÁLVAREZ, Alejandro (2008). *Comentarios a la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado,* Editorial Marketing Consultores, Lima.

50. PEIRANO FACIO, Jorge (1982). *La cláusula penal,* 2da ed., Editorial Temis Librería, Bogotá.

51. PINO RICCI, Jorge (2005). *Régimen Jurídico de los Contratos Estatales,* Editorial Cordillera S.A.C., Colombia.

52. POTHIER, R. J. (1978). *Tratado de las Obligaciones.* Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires.

53. PUIG BRUTAU, José (1959). *Fundamentos de Derecho Civil. Derecho de las obligaciones.* Tomo I, Vol. II. Bosch Casa Editorial, Barcelona.

54. QUIROGA PERICHE, Enrique (2004). *El Uso abusivo de la Responsabilidad Limitada. Protección de los acreedores de una Sociedad Anónima frente al uso abusivo de la Responsabilidad Limitada de los socios, sin afectar la subjetividad jurídica de la sociedad*, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo.

55. RETAMOZO LINARES, Alberto (2001). *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control*, Editorial San Marcos, Lima.

56. ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*, Editorial Fecat, Lima.

57. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime O. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV,* Editorial Cordillera S.A.C., Colombia.

58. SIERRALTA RÍOS, Aníbal (1996). *Joint venture lnternacional*, Depalma, Buenos Aires.

59. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*, Editora Fecat, Lima.

60. TRANCHINI, Marcela (1997). *Clasificación de los contratos*, Ediciones Depalma, Buenos Aires.

61. ZELAYARAN DURAND, Mauro (2000). M*etodología de la investigación jurídica*, Ediciones Jurídicas, Lima.