

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**DOCTRINA**

*LA INMUTABILIDAD RELATIVA DE LA CLÁUSULA PENAL (luego de la ley 17711)*

ATILIO ANÍBAL ALTERINI

**SUMARIO**

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

I. Planteamiento de la cuestión (Nos. 1/2): A) Función compulsiva de la cláusula penal(3); B) Función indemnizatoria (4/5). - II problema de la inmutabilidad (6/10). - III. Reducción de penas excesivas (11): A) 1er. presupuesto: La pena desproporcionada (12/16); B) 2º presupuesto: La lesión subjetiva (17/18); C) Desproporción sin que haya lesión subjetiva (19/20); D) La prudencia judicial (21); E) La sanción legal: caracteres (22/24); F) Irrenunciabilidad de la facultad de reclamar la reducción (25); G) Caso en que se pacta una seña penitencial (26/27); H) Relaciones con el pacto comisorio (28/30); I) Cláusula penal impropia (31); J) Caso de haber desventajas desproporcionadas (32); K) Cumplimiento irregular de la obligación (33/34). - IV. Ampliación de ciertas, cláusulas penales (35): A) Casos en que procede (36: Convención de partes. Daños distintos; 37/38: Pena ínfima; 39/40: Dolo del deudor); B) Casos en que no procede (41: Principio: La inmutabilidad; 42/44: Inaplicabilidad de la teoría de las obligaciones de valor). - V. Carácter singular del actual sistema argentino (45/46).

**I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN**

1. La cláusula penal es un instituto polivalente: proporciona un incentivo para la conducta debida del deudor, esto es el cumplimiento específico de su obligación (función compulsiva o estimulativa), y fija de antemano el monto indemnizatorio para el caso de incumplimiento (función indemnizatoria), sea este absoluto (cláusula penal compensatoria) o relativo (cláusula penal moratoria).

"Es - en los términos del art. 652 del Cód. Civil - aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación", y esta pena o multa "entra en lugar de la indemnización de perjuicios e intereses, cuando el deudor se hubiese constituido en mora" (art. 655, 1ª parte).

2. Su añeja tradición debe remontarse al antiguo Derecho romano, a través de la stipulatio poenae, que sirvió primeramente para compeler al deudor en obligaciones que se consideraban insusceptibles de ejecución forzada, y para pasar por alto el criterio que inhibía al juez de fijar el monto indemnizatorio cuando la prestación no consistiera en dar sumas de dinero(1)(710).

De los dos modos concebidos para la stipulatio poenae, solo uno equivalía a la cláusula penal del derecho moderno:

a) Podía funcionar como estipulación independiente (¿Si fundum non dederis, centum dare spondes?), lo que configuraba una pena independiente o cláusula penal impropia pues se trataba entonces de una obligación sujeta a condición suspensiva, exigible desde el cumplimiento del hecho condicionante, y con el alcance de que el

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

acreedor sólo podía reclamar la pena pues su deudor no estaba obligado a cumplir prestación principal alguna: la promesa de dar cien si no se entrega el fundo no significa que se haya asumido la obligación de entregarlo.

b) En sentido propio de cláusula penal la fórmula debía contener una estipulación principal, y una pena para el caso de incumplimiento: "si alguno estipula que se hará alguna cosa, deberá añadir: ¿si esto no se hace, respondes tú de darme diez sueldos de oro a título de pena?" (Instituta, III XV, 7)(2)(711).

**A) Función compulsiva de la cláusula penal .**

3. La función compulsiva o estimulativa de la cláusula penal surge claramente de la definición brindada por el art. 652 del Cód. Civil (supra, N° 1): está prevista para asegurar el cumplimiento. El primer deber del deudor frente a la obligación es cumplirla, y se desvanecería la finalidad ética de la cláusula penal al concebirla exclusivamente en su otra función indemnizatoria(3)(712).

Esta función compulsiva sobresale cuando la cuantía de la pena es mayor que la de la prestación principal debida, con lo que se incita al deudor a cumplir (v. N° 8, texto y nota 17). En ciertos casos tiene únicamente tal función, como cuando se contrae "para asegurar el cumplimiento de una obligación que no puede exigirse judicialmente" (art. 666 del Cód. Civil), por ser natural (arts. 515 y 518); o si accede a un deber de conducta que carece de contenido económico - y por ello no puede ser objeto de un contrato, art. 1169 del Cód. Civil -, pero la pena resulta igualmente exigible(4)(713).

**B) Función indemnizatoria.**

4. La cláusula penal tiene, además, una función indemnizatoria, que se superpone a la anterior o la desplaza, y rige aunque no haya perjuicio para el acreedor; así lo dispone el art. 656 del Cód. Civil ("para pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno"), que fue tomado del art. 993 del Esboço, y que mejoró el precedente francés(5)(714).

Cuando la cláusula penal se pacta a favor de un tercero (art. 653 in fine) subsiste la función indemnizatoria, pues si el acreedor desvía hacia ese tercero el pago de la indemnización tarifada al estipularse la pena, una vez satisfecha no hay ya daño subsistente que sea pasible de reparación. En este caso, cabe observar, es problemática la actitud que debe adoptar el tercero beneficiario: en principio ha de atenerse a lo que haga el acreedor de la obligación principal, que puede preferir el cumplimiento específico a la pena (art. 659, Cód. Civil)(6)(715), sin perjuicio de que si se la ha concebido como una estipulación a su favor (art. 504) tenga derecho para actuar directamente contra el

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

obligado(7)(716).

5. Esta función indemnizatoria permite comparar a la cláusula penal con otros institutos:

a) La pena convencional implica una suerte de seguro, proporcionado por el deudor o por un tercero que se asimila entonces al fiador. Pero ambos institutos difieren porque el seguro cubre exclusivamente el monto del daño (art. 61 de la ley 17418), cuestión que se independiza al pactarse una cláusula penal (arts. 655 y 656 del Cód. Civil); y en tanto el seguro absorbe las virtualidades del caso fortuito (arts. 1° y 2°, ley cit.), la cláusula penal rige ante el estado de mora del deudor (arts. 654 y 655, la parte, Cód. Civil), que descarta al caso fortuito pues la mora presupone su culpabilidad (art. 509, última parte y arg. art. 513 in fine del Cód. Civil).

b) La cláusula penal lleva, como una de sus finalidades, la de enjugar los daños y perjuicios. Sirve así a los intereses del acreedor pues, al presumirse la relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el monto tarifado para la pena, se le ahorra la prueba correspondiente; y sirve también a los intereses del deudor ya que, si aporta solamente culpa - y no dolo - en el incumplimiento, la pena pactada limita su deber resarcitorio al monto de la prestación prevista para ella (v. infra N° 3°).

Pero tal independencia respecto del desenvolvimiento de la relación causal jurídicamente relevante para la atribución del daño, y de la efectiva cuantía de los perjuicios sufridos por el acreedor, traduce diferencias con la teoría general de la responsabilidad por daños y perjuicios: cuando no se ha pactado una cláusula penal el acreedor tiene que probar cuáles daños están en relación causal significativa con el incumplimiento, y el deudor debe satisfacer todos los daños que se hallen en esta relación.

c) Los intereses moratorios estipulados en las obligaciones de dar sumas de dinero representan una cláusula penal moratoria y tienen carácter, entonces, de punitorios(8)(717). Con relación a la cláusula penal moratoria típica - que consiste en una suma fija e invariable, cualquiera sea el tiempo de demora - los intereses punitorios se distinguen en la proporción cuantitativa y en la proporción temporal: cuantitativamente porque éstos no se deben como prestación fija, computándose según una tasa porcentual en relación con el monto del capital; y en la proporción temporal porque los intereses se acrecientan gradualmente en tanto cuanto se demore el pago del capital debido(9)(718).

## **II. EL PROBLEMA DE LA INMUTABILIDAD**

6. Uno de los caracteres que definen a la cláusula penal es la inmutabilidad: en principio el acreedor no puede alegar que la pena es

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

insuficiente, ni el deudor puede liberarse de pagarla arguyendo que excede el efectivo daño irrogado por su incumplimiento. Este carácter responde adecuadamente a los intereses del acreedor y del deudor (v. ap. b del número anterior), y se explica porque la cláusula penal fija à forfait el monto indemnizatorio.

La regla de la inmutabilidad ha sido tratada de diversas maneras por la legislación comparada y, entre nosotros, a pesar de los términos severos en que la consagró Vélez Sársfield (arts. 522, texto antiguo, 655, 2ª parte, 656 texto antiguo, 1189), fue dejada de lado por un saludable criterio jurisprudencial cuyo sentido recogió la ley 17711 (art. 1º, inc. 42) al agregar un párrafo al art. 656 del Cód. Civil (Nº 10 y sigs.).

7. La inmutabilidad de la cláusula penal que inducía la literalidad de la versión originaria del código argentino deriva del código francés. El legislador galo volvió al criterio del Derecho romano, y dejó de lado la teoría elaborada por Pothier en seguimiento de Dumoulin(10)(719), al determinar el carácter inmutable de la pena en el art. 1152, con el que concuerda el art. 1231. En igual corriente de opinión enrolan los códigos uruguayo (art. 1347), español (arg. art. 1154), venezolano (art. 1276).

8. Otros sistemas admiten la mutación de la pena, y tienen remotos antecedentes normativos en el Código de Zurich(11)(720) y en el Código sardo (art. 1243, cit. por Vélez Sársfield en la nota al art. 522). Este sector de cuerpos legales, a su vez, se despliega en tres grupos:

a) El Código alemán prevé (art. 343) que si una pena es "extraordinariamente alta, puede ser reducida por sentencia a una suma adecuada, a petición del deudor" y, correlativamente (art. 340), que el acreedor puede "exigir la pena en que se ha incurrido como importe mínimo del daño", pues "no está excluido el hacer valer un daño mayor". Idénticamente decide la cuestión el Código suizo: "La pena estipulada no puede ser exigida si tiene por fin sancionar una obligación ilícita o inmoral" (art. 163, ap. 2º), "el juez debe reducir las penas que estime excesivas" (art. 163, ap. 3º), y "el acreedor cuyo daño sobrepase el monto de la pena no puede reclamar una indemnización superior salvo que pruebe culpa del deudor" (art. 161, ap. 2º)(12)(721). Ambos regímenes difieren en cuanto al mecanismo de disminución de la pena, pues en el Código alemán es menester la petición de parte en tanto en el sistema suizo el juez debe, en el caso, proceder de oficio(13)(722); pero tanto en uno como en otro código queda descartada la reducción de la cláusula penal cuando el deudor la ha hecho efectiva(14)(723).

b) El art. 1227 del Código peruano de 1936 dispone que "el juez reducirá equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva". El Código italiano de 1942 da lugar a la reducción de la pena si su monto "fuese manifiestamente excesivo" (art. 1384), pero no al incremento de la cuantía fijada en ella salvo convención expresa al respecto: la cláusula penal "tiene el efecto de limitar el resarcimiento a la prestación prometida, si no se hubiera convenido la resarcibilidad del daño ulterior"

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

(art. 1382)(15)(724). En igual corriente el Código portugués de 1967 admite la reducción equitativa de la pena convencional "manifiestamente excesiva" (art. 812, ap. 1), e impide el reclamo de indemnización por el daño excedente salvo convención de partes (art. 811).

c) Algunos códigos latinoamericanos limitan el monto de la pena estableciendo una relación con el valor de la obligación principal. El art. 920 del Código brasileño prohíbe que la cláusula penal exceda el valor de la obligación principal ("O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal"), criterio que se reitera en el art. 1843 del Cód. del Distrito Federal mexicano: "La cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal". El art. 1544 del Código chileno - cuya idea siguen los arts. 1601 del Código colombiano y 1534 del Código ecuatoriano - prohíbe que la cláusula penal anexa a un contrato con prestaciones equivalentes, que consiste en una cantidad determinada, exceda al duplo de la obligación principal "incluyéndose ésta en él"(16)(725). Tal criterio es objetable porque relaciona el monto de la pena con el de la obligación, y no con la cuantía del daño efectivo que es el objeto de la reparación; y puede despojar a la cláusula penal de su función estimulativa desde que desaparezca el incentivo para cumplir que deriva del mayor monto de la pena comparado con el de la obligación principal(17)(726).

9. De lo expuesto resulta que ciertos sistemas consagran la inmutabilidad absoluta de la cláusula penal (N° 7) por considerar que su concertación obliga a atenerse a los términos pactados. Otros, opuestamente, se inclinan por la mutabilidad absoluta (N° 8, ap. a)], con excesiva flexibilidad que conspira contra una de las razones de ser del instituto en análisis: la liquidación anticipada del monto indemnizatorio y la consiguiente independencia de la prueba del daño real.

De todos los regímenes expuestos son preferibles los que no se aferran ciegamente a los términos de la convención particular y autorizan el reajuste judicial de las cláusulas penales excesivas. Se trata de una inmutabilidad relativa pues si bien, en principio, ni le es admitida al acreedor la prueba de la insuficiencia del daño, ni al deudor la demostración de que la pena lo sobrepasa, los jueces pueden atenuar ciertas penas irritantes.

A ello también fue a parar el sistema argentino antes de la reforma de 1968 - que en este tema confirmó, en general, la solución común de la jurisprudencia(18)(727)-, pues la finura conceptual de Vélez Sársfield, y el sentido común de los jueces, dieron pie para que de la literal inmutabilidad absoluta de la cláusula penal se llegara a un régimen de inmutabilidad relativa.

Pero esto fue logro final de un prolongado desarrollo(19)(728).

10. La primera posición frente al texto expreso del Código Civil fue acatar rígidamente la inmutabilidad que consagraba(20)(729). Posteriormente se morigeró esa solución, considerándose inaceptables ciertas cláusulas

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

penales; el tema central de discusión, entonces, se trasladó a decidir si correspondía invalidar toda la cláusula penal(21)(730), o solo reducirla a sus justos límites. Esta solución se impuso, justificadamente, pues no se trata de la nulidad completa de la cláusula penal - que puede válidamente convenirse - sino de la imposibilidad jurídica de pactar semejante pena(22)(731).

### III. REDUCCIÓN DE PENAS EXCESIVAS

11. El párrafo agregado como 2ª parte del art. 656 del Cód. Civil por el art. 1º, inc. 42, de la ley 17711, establece: "Los jueces podrán, sin embargo, reducir las penas cuando (por) su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor".

La preposición "por", omitida en el texto legal y que aparece entre paréntesis, es indispensable para la comprensión del precepto(23)(732) que enrola nuestro sistema en el régimen de inmutabilidad relativa pues subsisten los arts. 655 y 656, texto antiguo, pero "sin embargo" los jueces pueden disponer la reducción de ciertas penas. Se trata, cabe agregar, de una atribución que se da a los tribunales, no de un facultamiento para que reduzcan o no, según su libre arbitrio, las penas excesivas: deben hacerlo inexcusablemente siempre que haya pedido de parte y en justicia corresponda.

Ese precepto, por su carácter imperativo, rige inclusive los contratos celebrados antes del 1º de julio de 1968 (art. 3º in fine del Cód. Civil, arg. "a contrario"), aunque en realidad - según se ha visto, Nº 9 - no innova sustancialmente la interpretación jurisprudencial que era corriente. Y aprehende las penas pactadas a favor del acreedor de la obligación principal, o de un tercero (Nº 4 in fine).

#### **A) 1er. presupuesto: La pena desproporcionada.**

12. El texto incorporado por la reforma de 1968 principia por exigir que la pena sea de "monto desproporcionado".

La desproporción debe, en los términos legales, ponderarse a tenor de estas pautas: a) la gravedad de la falta; b) el valor de las prestaciones; y c) las demás circunstancias del caso.

13. La gravedad de esta "falta" parece aludir - con impropio galicismo - a la faute francesa, esto es a la culpa, de lo que cabe extraer que se ha ponderado el sentido de la conducta(24)(733), el grado de reproche que merece el incumplidor que, para incurrir en la pena, debe ser culpable del incumplimiento de la obligación principal. La descripción de la culpa que el artículo 512 del Cód. Civil hace "en concreto" no obsta al cómputo de la gravedad de la culpa: predicar, como ese texto, que a cada

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

obligación corresponde cierto comportamiento cuya infracción denota culpa, no obsta a que se tome en consideración si el deudor obró con máxima o mínima imprudencia o negligencia, según haya hecho - respectivamente - más o menos de lo debido(25)(734). Claro está, siempre que no promedie incumplimiento deliberado, que configura dolo en la órbita contractual(26)(735) y que se proyecta con efectos diversos (N° 39).

Pero está también implicada la gravedad de la infracción del contrato: es distinto el caso del deudor que viola una obligación permanente alguna vez, de aquel que lo hace sistemáticamente(27)(736).

14. Debe considerarse además el "valor de las prestaciones".

Se trata de todo interés legítimo que tenga el acreedor en el cumplimiento de la obligación por el deudor, sea patrimonial o extrapatrimonial(28)(737). De allí, v. gr., que no pueda reputarse desproporcionada la cláusula penal que prevea el pago de fuerte suma de dinero para el caso de incumplirse un contrato estipulado para satisfacer intereses de afección del acreedor, cuyo cumplimiento puede asegurarse válidamente mediante la pena convencional (supra N° 3, texto y nota 4).

Ahora bien. Estos valores deben computarse al tiempo del pacto de la cláusula penal, y la desproporción - en su caso - debe subsistir en el momento de demandarse (arg. art. 954, 4° ap. del Cód. Civil), pues de otra manera habría desaparecido tal desproporción(29)(738). Pero ha de ponderarse el "valor" en sentido estricto - como un quid, no un quantum, v. N° 42 -, y, de esa manera, corresponde establecer la relación una vez descontada la incidencia de la inflación monetaria(30)(739), lo que puede determinar el equilibrio final de la preexistente desproporción; es decir, una pena 1000 convenida para asegurar una obligación X, en hipótesis desproporcionada al tiempo del contrato, puede no serlo ya al momento de la demanda si, por la pérdida del poder adquisitivo, la suma 1000 guarda entonces relación con el valor X. Esta solución se impone en primer lugar por la literalidad de la ley y, en segundo, porque se trata de una de las circunstancias del caso que el mismo precepto manda tener en cuenta (N° sig.).

15. Han de considerarse, asimismo, las "demás circunstancias del caso", dispositivo que implica notoriamente la noción de equidad. Cabe señalar, entre ellas, las ventajas que supone para el deudor el incumplimiento en que incurre, y hasta la situación económica y solvencia de las partes(31)(740), sobre todo la del deudor (arg. arts. 666 bis y 1069, 2ª parte, del Cód. Civil).

La ponderación de estas circunstancias del caso ha conducido a estimar justa la aplicación de la cláusula penal que previó una multa por día de retraso, si la cuantía resultante se debió a la conducta culpable del deudor que produjo la dilación en el proceso, máxime si aquél se benefició con su incumplimiento(32)(741), Pero, contrariamente a lo que

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

se ha resuelto(33)(742), el hecho de que la cláusula penal haya sido pactada en iguales términos para el caso de incumplimiento por una u otra parte, no debe inhibir a cualquiera de éstas para invocar su desproporción pues siempre se trata de un pacto modificable judicialmente a pesar de los términos en que se lo haya concebido, y no desmejora por sí la situación de quien lo pretende la circunstancia de que, eventualmente, hubiera podido ser beneficiario de igual pena.

16. La ley no trae directivas expresas en cuanto al monto del daño efectivamente irrogado por el incumplimiento, cuestión que es independiente de la pena en los términos del art. 656, 1ª. parte, del Cód. Civil. - Ni la "gravedad de la falta" (faute) alude al daño (dómmage), ni la ponderación del "valor de las prestaciones" de la obligación principal hace referencia a la cuantía del daño efectivo (ver N° 8, ap. c in fine). Pero la amplitud del precepto que manda tomar en consideración, genéricamente, las circunstancias del caso, autoriza a concluir que la desproporción puede surgir asimismo de la grosera diferencia entre el monto de la pena y el daño patrimonial causado por el incumplimiento. No se pierda de vista que la función estimulativa de la pena se desdibuja no sólo en este caso, sino siempre que se permite su reducción judicial, y que el deudor sólo aporta culpa - no dolo - en el incumplimiento, de manera que, admitida la procedencia del reajuste judicial, no cabe desentenderse totalmente del daño real (conf. par. 343 del Cód. alemán; art. 163, inc. 3° del Cód. suizo; art. 1227 del Cód. peruano, y sus conc.).

**B) 2° supuesto: La lesión subjetiva.**

17. La desproporción del monto de la pena no basta por sí para justificar su reducción judicial. Debe, asimismo, configurar "un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor".

Este modus operandi tiene obvios contactos con la figura de la lesión subjetiva descrita como vicio del acto jurídico en el texto reformulado del art. 954 del Cód. Civil, con criterio paralelo al que se habían atendido la doctrina y la jurisprudencia dominantes para reducir cláusulas penales antes de la reforma de 1968(34)(743). En los términos del 2° ap. del mencionado art. 954 hay lesión cuando la parte acreedora, "explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra", obtiene "una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación".

En el caso de la cláusula penal está descartada la nulidad total (infra, N° 21) y, consiguientemente, no hay ocasión de que el acreedor ofrezca transformar la acción de nulidad en otra de reajuste.

18. El art. 954, 3er. apartado, "presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones"(35)(744). La circunstancia objetiva de la desproporción de la pena (N° 12 y sigs.) genera también la presunción juris tantum del abusivo aprovechamiento por parte del acreedor, pues se trata de una

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

situación análoga; dicha presunción facilita la prueba de este presupuesto del reajuste de la cláusula penal y hace más fecunda la virtualidad del art. 656, 2° apartado.

**C) Desproporción sin que haya lesión subjetiva.**

19. La idea de lesión subjetiva que nutre el nuevo apartado del art. 656 del Cód. Civil presupone - según se ha visto - la explotación de la debilidad o necesidad ajenas.

No hay explotación, sin embargo, cuando el deudor no está en esa situación subordinada respecto del acreedor y le es indiferente el monto exorbitante de la cláusula penal porque, de buena fe, piensa cumplir la obligación principal. Si en ese supuesto igualmente incumple, la carencia de efectivo aprovechamiento por parte del acreedor no puede obstar al reajuste de la pena(36)(745). Por un lado porque tal desproporción hace presumir el aprovechamiento (N° anterior) y, por otro, porque en todo caso subsiste la inmoralidad o la ilicitud del objeto de la cláusula penal excesiva (art. 653 que admite como objeto de la pena "el que pueda ser objeto de las obligaciones", art. 953 y preceptos afines que implica).

20. Esto es particularmente aplicable a los intereses punitivos (N° 5, ap. c)), que comprometen de modo directo el problema de la usura, y que serán reducibles a su justa tasa, haya o no efectivamente lesión. Más aún - cabe agregar - en los regímenes legales que fijan cierto tope a la tasa del interés moratorio, o que legislan específicamente sobre la usura(37)(746).

**D) La prudencia judicial .**

21. Los cartabones precedentemente señalados (N° 11 y sigs.) para la reducción judicial de las cláusulas penales deben usarse con suma prudencia(38)(747) está en compromiso la libertad contractual, que también es un principio en nuestro Derecho (art. 1197, Cód. Civil).

Precisamente este criterio ha hecho decidir a los tribunales - p. ej. - que son válidas cláusulas punitivas del 3 % mensual previstas para asegurar el pago de las expensas comunes en el régimen de propiedad horizontal(39)(748); que en las operaciones de mutuo es admisible un interés total (compensatorio y moratorio) del 24 % anual, a pesar de la contención relativa de la espiral inflacionaria(40)(749); etc.

**E) La sanción legal: caracteres.**

22. La reforma estructura la lesión como un vicio del acto jurídico, y la reducibilidad de la cláusula penal como un caso de lesión. Consiguientemente la sanción que corresponde es la nulidad, pues se trata de un vicio que incide en la formación del acto.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

La nulidad de la cláusula penal es sólo parcial, en la medida del exceso. La ley 17711 al facultar a los jueces para reducir ciertas penas convencionales se ha alineado en la línea de opinión correcta (supra N° 10, texto y nota 22).

23. Desde otro miraje la nulidad es relativa, porque el Derecho no puede proteger más ampliamente a la víctima de un aprovechamiento ajeno que a quien sufre dolo o violencia, extremos que provocan una nulidad meramente relativa, y porque - de otro modo - la intervención oficiosa del juez (art. 1047, 1ª parte del Cód. Civil) implicaría la indefensión del acreedor que se vería privado de una parte del monto de la pena sin poder justificar, tal vez por las circunstancias del caso, su pretensión a la totalidad de ella(41)(750).

El carácter relativo de la nulidad determina que sólo sea declarable "a pedimento de parte" (art. 1048)(42)(751), y que el acto pueda ser expurgado del vicio a través de la confirmación (arts. 1058,1159,1059 y sigs.). Hay confirmación tácita cuando el deudor paga voluntariamente y sin reservas, total o parcialmente, la pena excesiva (art. 1063), de manera que no cabe su reclamo ulterior; es lo previsto por el par. 343 del Código alemán, y lo preconizado en derecho suizo(43)(752).

El deudor puede plantear la reducción de la pena por vía de acción o como excepción ante el reclamo que se le dirija (art. 1058 bis del Código Civil)(44)(753).

24. También hay nulidad relativa en el pacto de intereses punitivos excesivos(45)(754). Este punto de vista resulta claramente de la concepción de la pena desproporcionada como un modo de lesión subjetiva (N° 17), y es extensivo - por analogía de situación o, más aún, a fortiori - al caso de penas objetivamente desproporcionadas pero en las que no promedia aprovechamiento de la situación del deudor (supra N° 19). Claro está, en tanto cuanto no haya una incriminación de los intereses desmedidos a través de la represión legal de la usura, pues, entonces, la infición del objeto dará lugar a la nulidad absoluta y el pago, que no tendrá efecto confirmatorio según lo dispuesto por el art. 1047 in fine del Cód. Civil, será repetible en la medida del exceso (arts. 792 y 794).

**F) Irrenunciabilidad de la facultad de reclamar la reducción.**

25. El derecho de reclamar la reducción judicial de la pena excesiva no puede renunciarse de antemano, aunque cuadra - en atención al carácter relativo de la nulidad - la renuncia ulterior al incumplimiento: entonces sobresale el interés individual (art. 872 del Cód. Civil), lo que también da lugar a la confirmabilidad del acto (supra N° 23) que, en todo caso, presupone que haya cesado la situación subordinante del acreedor (arg. art. 1060 del Cód. Civil).

La improcedencia de la renuncia anticipada se explica por analogía con

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

el criterio que no admite renunciar válidamente a la articulación de los vicios de la voluntad(46)(755).

**G) Caso en que se pacta una seña penitencial .**

26. En los términos del art. 1202 del Cód. Civil la seña es penitencial porque faculta el arrepentimiento de las partes. Tiene, en consecuencia, función resolutoria del contrato, y el monto de ella sirve como contraprestación por el ejercicio del derecho de arrepentirse(47)(756); pero la pérdida de la seña, o la devolución con otro tanto - según sea el caso -, no tienen causa en la atribución de culpa, a diferencia del pacto comisorio(48)(757).

Consiguientemente no corresponde limitar la indemnización al monto de la seña si el contrato no se resuelve por arrepentimiento sino por culpa del deudor. Sin embargo, aún en este caso, el monto de las arras marca el mínimo de la indemnización: si se debe el valor de la seña cuando se ejercita el derecho de arrepentirse (lo que excluye la culpa de quien se arrepiente), lógicamente el monto de la indemnización ha de ser por lo menos el importe de la seña si el contrato se resuelve por culpa del deudor(49)(758)

27. De esa manera la seña puede servir para determinar un mínimo indemnizatorio, y en dicha función se aproxima a la cláusula penal(50)(759). En tal caso, los desarrollos atinentes a la reducibilidad de las penas excesivas son aplicables a la seña.

**H) Relaciones con el pacto comisorio.**

28. De conformidad con el art. 659 del Cód. Civil el acreedor puede pedir "a su arbitrio" el cumplimiento de la obligación principal o la pena compensatoria. Consiguientemente el pacto de tal cláusula penal lo autoriza a prescindir del cumplimiento específico de la obligación principal, y reclamar directamente la indemnización tarifada de antemano. Si bien es cierto que una de las funciones de la cláusula penal es asegurar el cumplimiento (supra N° 3), la facultad que tiene el acreedor de elegir directamente el cobro de la pena la aproxima al pacto comisorio, que es aquél por el cual el contratante se reserva "la facultad de no cumplir el contrato por su parte, si la otra no lo cumpliere" (art. 1203 del Cód. Civil). Por ello "la cláusula penal encierra un pacto comisorio, sin perjuicio de ser algo más que un simple pacto comisorio"(51)(760)

29. En ciertos casos el pacto comisorio expreso se anexa a una cláusula penal, como en las ventas de inmuebles en que se estipula el pago en cuotas y se conviene un pacto comisorio a favor del vendedor, quien además - como pena - puede quedarse con las sumas ya abonadas por el comprador. Es precisamente el modus operandi que describe, en la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

órbita de su vigencia, la ley 14005 (arts. 1° y 8°); y los desarrollos anteriores son aplicables a semejante pena.

30. El nuevo art. 1204 del Cód. Civil prevé el pacto comisorio (cláusula resolutoria) tácito "en los contratos con prestaciones recíprocas": sin perjuicio de la facultad resolutoria que, en su medida, consagra la cláusula penal (supra N° 28), el contrato puede disolverse por virtualidad de aquella cláusula tácita.

Cuando ésta opera por imperio del art. 1204, y simultáneamente existe pactada una cláusula penal, el acreedor no puede pretender sujetar su reclamo al cobro de los daños y perjuicios descartando por sí el tarifamiento hecho mediante la pena, pues a ello se opone el principio según el cual la novación objetiva exige la conformidad del deudor (art. 812. Cód. Civil)(52)(761).

**I) Cláusula penal impropia.**

31. Si se trata de una cláusula penal impropia (supra N° 2, ap. a) los desarrollos atinentes a las penas excesivas deben considerarse aplicables, pues, de otra manera, se permitiría la burla de la norma imperativa del art. 656, 2ª parte del Cód. Civil, mediante el simple expediente de prever una pena sujeta al hecho condicionante del incumplimiento sin haber estipulado como debido ningún cumplimiento(53)(762).

En el caso de la cláusula penal estipulada en contratos por terceros se da el supuesto de pena impropia(53bis)(763)y, al respecto, determina el art. 664 del Cód. Civil: "Subsistirá, sin embargo, la obligación de la cláusula penal, aunque la obligación no tenga efecto, si ella se ha contraído por otra persona, para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido".

**J) Caso de haber desventajas desproporcionadas.**

32. A veces no se prevé una cláusula penal típica sino una desventaja excesiva, como en el caso del llamado "precio condicional": se establece, v. gr., un precio para cierta obra, y una bonificación por cada día de atraso respecto de la fecha convenida para la entrega(54)(764).

Las mismas razones que fundamentan la reducción de la pena excesiva autorizan, en su caso, la revisión de estas desventajas, concebidas como modalidad de la prestación principal(55)(765).

**K) Cumplimiento irregular de la obligación.**

33. Finalmente hay que detenerse en el dispositivo del art. 660 del Cód. Civil: "Si el deudor cumple sólo una parte de la obligación, o la cumple de un modo irregular, o fuera del lugar o del tiempo a que se obligó, y el acreedor la acepta, la pena debe disminuirse proporcionalmente, y el

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

juez puede arbitrarla si las partes no se conviniesen". La disminución debe efectuarse, imperativamente, a diferencia del modelo francés (art. 1231), que implica una facultad que el juez ejercita o no según su criterio.

Se trata del caso en que el acreedor, ante un pago parcial (art. 742 del Cód. Civil), o irregular (arg. art. 779), lo acepta voluntariamente. No puede, entonces, pretender el pago íntegro de la pena y corresponde su disminución proporcional(56)(766), salvo que el cumplimiento parcial o irregular carezca de toda utilidad para el acreedor como, p. ej., si un pintor deja inconcluso un retrato que se le había encargado(57)(767).

34. La reducción queda descartada si se ha pactado que se debe la pena íntegramente aunque haya incumplimiento parcial o irregular, pero en estas situaciones también corresponde reajustar las penas excesivas según criterio que se ha desplegado anteriormente(58)(768).

#### IV. AMPLIACIÓN DE CIERTAS CLÁUSULAS PENALES

35. Corresponde ahora, para completar el análisis de la inmutabilidad relativa de la cláusula penal, ocuparse del supuesto inverso al que se acaba de examinar: el de la posibilidad de obtener una indemnización suplementaria, más allá de la pena.

La ley 17711 no ha perturbado el desarrollo correspondiente a esta cuestión, que permite distinguir casos en los cuales esa ampliación procede (Nos. 36/40), y otros en los que no corresponde darle lugar (Nos. 41/44).

##### **A) Casos en que procede.**

36. Convención de partes. Daños distintos. La indemnización suplementaria es admisible si las partes lo han convenido así, o si se producen daños distintos de los contemplados al fijar la pena.

Ello procede cuando, por acuerdo de partes (art. 1197 del Cód. Civil), se atribuye a la pena carácter de suma "a cuenta" del monto efectivo de la indemnización (así, art. 1382 del Cód. italiano y art. 811 del Cód. portugués, v. supra N° 8 y nota 15); o cuando las partes han "estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal" (art. 659 in fine del Cód. Civil), lo que implica la posibilidad de reclamar, aparte de la cláusula penal compensatoria, los daños por el incumplimiento de aquélla(59)(769).

También si la pena ha tarifado determinados daños o cierto modo de incumplimiento(60)(770), lo que es particularmente claro en la cláusula penal moratoria, que autoriza al acreedor para reclamar su pago además de la obligación principal (art. 659: pena estipulada "por el simple retardo")(61)(771)y, en su caso, la pena compensatoria que se haya establecido(62)(772).

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

37. Pena ínfima. Las cláusulas de irresponsabilidad por dolo o por culpa son inadmisibles(63)(773), aunque se discute sobre la proyección de la nulidad que les corresponde(64)(774). Indudablemente SI el deudor, que estableció una de esas cláusulas en su favor, da comienzo a la ejecución del contrato, tal actitud debe estimarse como una renuncia al derecho de prevalerse de ella con el efecto de dejar incólume el contrato, expurgado de esa cláusula(65)(775); pero aún en la etapa anterior al principio de ejecución corresponde tan sólo la nulidad de la cláusula de irresponsabilidad, pues de otro modo se llegaría precisamente al resultado querido por el deudor al incluirla, que es desentenderse del cumplimiento de su obligación(66)(776).

38. La cláusula penal tiene función limitativa de la responsabilidad (infra, N° 41(67)(777), de manera que la pena ínfima está sometida a igual régimen que la cláusula de irresponsabilidad. Consiguientemente la nulidad de la pena convencional ínfima deja incólume la facultad del acreedor para reclamar la reparación de los daños que están en relación causal jurídicamente relevante con el incumplimiento, prescindiendo del monto tarifado por aquélla.

39. Dolo del deudor. Hay dolo en el incumplimiento de la obligación cuando el deudor quiere no cumplir, pudiendo hacerlo; esa noción pervive luego de la reforma de 1968(68)(778). Cuando el incumplimiento es doloso deja de regir el impedimento consagrado por el art. 655 del Cód. Civil al reclamo de un daño superior al fijado en la cláusula penal. Esta solución es congruente con la indispensabilidad del dolo que establece el art. 507, pues admitir que la evaluación convencional de los perjuicios realizada al pactar la cláusula impidiera al acreedor - víctima del incumplimiento doloso - reclamar el daño mayor sería tanto como pasar por alto aquella terminante prohibición. Asimismo el criterio expuesto adecua al art. 521 del Cód. Civil, que agrava la responsabilidad del doloso. Y, por lo demás, facultar al deudor para que se atenga al monto fijado en la cláusula penal cuando deliberadamente incumple su obligación, es como someter su cumplimiento a una condición puramente potestativa que el Código, también de manera expresa, repudia en el art. 542: ninguna condigna amenaza de sanción patrimonial pesaría sobre él, que pagaría si quisiera y sólo si quisiera, desentendido del daño real que esa reprobable actitud provocara efectivamente al acreedor(69)(779).

40. La solución es idéntica cuando se han pactado intereses punitivos, que representan una cláusula penal (N° 5, ap. c]). Promedian iguales razones, y no es obstáculo la anodina previsión del agregado hecho al art. 622 por la ley 17711 que, en todo caso, brinda un nuevo argumento de sostén para concluir que nuestro sistema legal agrava la responsabilidad del doloso, extendiendo las consecuencias que debe

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

reparar(70)(780).

**B) Casos en que no procede.**

41. Principio: la inmutabilidad. Los extremos en los cuales procede prescindir de la cuantía de la cláusula penal, y cabe reparar al acreedor los daños efectivamente sufridos con independencia de ese tarifamiento, son excepcionales. La regla es la inmutabilidad de la pena, pues "el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente" (art. 655, última parte, del Cód. Civil).

Esto se explica porque la cláusula penal integra un contrato y, en principio, corresponde atenerse a los términos convenidos (art. 1197 del Cód. Civil), y porque la pena convencional también satisface los intereses del deudor, como se ha visto (supra, N° 5, ap. b]).

42. Inaplicabilidad de la teoría de las obligaciones de valor. Si se debe un quid la obligación es de valor; si sólo se debe un quantum la obligación es dineraria. En la obligación de valor se atiende in obligatione a una determinada porción patrimonial, y el dinero puede hallarse in solutione; en cambio en la obligación pecuniaria o propiamente dicha de dar sumas de dinero, éste actúa in obligatione e in solutione, se debe dinero y se paga dinero(71)(781).

Últimamente se ha discutido si la cláusula penal importa una obligación de valor, esto es si puede pasarse por alto la inmutabilidad de la pena y reajustar, según las oscilaciones del poder adquisitivo de la moneda, la cantidad tarifada como indemnización convencional.

43. El pacto de una cláusula penal cuantificada en dinero impide la aplicabilidad de la teoría de las deudas de valor, habida cuenta que se trata de una deuda pecuniaria regida por el art. 619 del Cód. Civil: debe pagarse dando "la especie (de moneda) designada, u otra especie de moneda nacional al cambio que corra en el lugar el día del vencimiento de la obligación", esto es por su valor nominal.

Ello surge del recordado dispositivo del art. 655 in fine del Código Civil(72)(782), pues el pacto de la pena independiza la finalidad indemnizatoria del objeto de esa cláusula accesoria que, por hipótesis, es una suma de dinero, y para que pudiera mutarse este objeto por un quid debería contarse con la conformidad del deudor (art. 812 del Cód. Civil) que - también por hipótesis - está excluida(73)(783).

44. Cuestión distinta es la introducción de dispositivos de estabilización en la cláusula penal como - p. ej. - los que contemplan las oscilaciones del dólar respecto de la moneda argentina(74)(784), pues en tales casos los términos del pacto descartan la noción de obligaciones pecuniarias stricto sensu.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**V. CARÁCTER SINGULAR DEL ACTUAL SISTEMA ARGENTINO**

45. La ley 17711 enrola el sistema argentino en un régimen singular en la legislación comparada.

La reducción de ciertas cláusulas penales procede, como en los Códigos alemán, suizo, peruano, italiano y portugués (N° 8, aps. a] y b]), y se prescinde de la literal inmutabilidad prevista en el modelo francés (N° 7). Pero - a diferencia de aquéllos - tal reducibilidad es ubicada en el terreno de la lesión subjetiva, ya que no se pondera exclusivamente la cuantía excesiva de la prestación prevista como pena (Nos. 18/18), aunque en definitiva sea de máxima relevancia tal exceso (Nos. 19/20); y no se adopta el equivocado criterio de algunos códigos latinoamericanos (N° 8, ap. c]) que establecen relaciones rígidas con el monto de la prestación principal.

Además, a la manera del Código alemán, la reducción de la pena no puede resolverse de oficio sino a pedido de parte, y queda descartada cuando el deudor la hace efectiva (Nos. 22/24).

Por otro lado la cláusula penal no ha sido flexibilizada como en los Códigos alemán y suizo, que siempre dan lugar al reclamo de los daños que sobrepasan su cuantía, pues la sobreindemnización sólo procede en ciertos supuestos excepcionales (Nos. 36/40).

46. En suma: luego de la reforma de 1968 el Código Civil argentino consagra *expressis verbis* la facultad judicial de reducir las penas desproporcionadas alusivas. Mas de todo su contexto fluye el criterio de la inmutabilidad relativa, pues la cláusula penal sigue siendo, en principio, inmutable.