

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LA CLÁUSULA PENAL(*) (975)

Jorge MOSSET ITURRASPE

SUMARIO

1. Noción. A) La cláusula penal impura o irregular. B) ¿Cuál es la función esencial y cuál la eventual? C) Importancia teórica y práctica del debate. 2. Naturaleza jurídica. 3. Funciones. a) Punitoria. b) Reparadora. c) Resolutoria. 4. Ámbito de actuación. a) Incumplimiento de una obligación. b) Incumplimiento de un deber natural. 5. Objeto de la cláusula penal. a) El pago de una suma de dinero. b) Otras prestaciones. c) Pérdida o caducidad de un derecho. d) Sanción disciplinaria. 6. Caracteres. a) Accesorio. Excepciones: I) Obligación natural. II) Nulidad de la principal. III) Objeto inexistente. IV) Culpa in contrahendo. V) Contrato a favor de tercero. b) Subsidiaria. c) Condicional. d) Convencional. e) Definitiva. f) Divisible. g) Inmutable. h) De interpretación estricta. 7. Beneficiarios. a) Acreedor. b) Titular del deber. c) Tercero. 8. Requisitos. A) Licitud. B) Incumplimiento. C) Imputabilidad. I) Incumplimiento doloso o malicioso. D) Opción. 9. Diagnóstico diferencial. a) Obligación condicional. b) Obligación alternativa. c) Obligación facultativa. d) Con la cláusula limitativa de responsabilidad. e) Con la seña, señal o arras. f) Con los intereses punitivos. 10. Revisión de la cláusula penal. A) Derecho comparado. B) La Reforma de 1968. C) Reajuste de excepción. D) Petición de parte. E) Irrenunciabilidad anticipada. F) El valor de la pena y el de la prestación. G) ¿Nulidad o reajuste? H) Elementos: objetivo y subjetivo. I) Monto desproporcionado. J) Abusivo aprovechamiento. E) Pena voluntariamente satisfecha. L) Prueba. M) Decisión de equidad. 11. La cláusula penal y la inflación.

1. NOCIÓN

La cláusula penal, como su nombre lo señala, 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.

Como cláusula o estipulación, con base en la autonomía de la voluntad, configura un pacto, destinado a incorporar un elemento o efecto accesorio, de un negocio jurídico(1)(976).

Como "pena" o sanción retributiva, se dirige a castigar una conducta antijurídica, a la imposición de una carga o modalidad aflictiva, que infiera un perjuicio a su destinatario.

Es lo que claramente afirma nuestro artículo 652, inspirado en los Códigos francés y chileno: "La cláusula penal es 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". En

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el derecho romano la stipulatio poenae nació con una finalidad estrictamente conminatoria, como un medio de estimular o constreñir al deudor a cumplir su obligación, en consideración a la especial estructura del sistema obligacional de la época, que no acordaba la protección y el resguardo de la coacción pública sino a muy pocas relaciones; salvo las que tenían por objeto el pago de una suma de dinero, las restantes no disponían de coercibilidad, porque se consideraba que la facultad de los jueces no podía alcanzar hasta imponer por la fuerza el cumplimiento de un hecho que el deudor se negaba a ejecutar(2)(977).

A) La cláusula penal impura o irregular

La noción recordada es la pura o regular; en ella se destaca la función esencial de la institución, de la cual no puede prescindirse; para calificar una estipulación o pacto como cláusula penal debe atenderse al objetivo señalado: reforzar la relación o vínculo, asegurar o garantizar su cumplimiento(3)(978).

Empero, al lado de la especie pura nos encontramos con una variante o modalidad que, sin producir su desnaturalización - sigue siendo cláusula penal - incorpora una función diversa. Es la cláusula destinada a limitar el resarcimiento de los daños que pueden originarse en el incumplimiento del deber jurídico. Actúa como tope convencional y anticipado de los daños, como liquidación o determinación de su cuantía(4)(979).

B) ¿Cuál es la función esencial y cuál la eventual?

Es interesante observar que una fuerte corriente doctrinaria, tanto en la doctrina nacional(5)(980), como en la comparada(6)(981), invierte los roles que nosotros hemos puesto de resalto, en seguimiento del art. 652, y afirma que sólo la función de resarcimiento es esencial, mientras la función penal es meramente eventual o accesorio.

Esta línea de pensamiento parte, en nuestra opinión, de la consideración de las "penas privadas" o "penas civiles", por las cuales se infringe un mal, aunque sea patrimonial, con finalidad sancionatoria, punitiva o ejemplarizadora, como figuras ajenas al derecho privado; continúa con la calificación de tales penas como injustas(7)(982), y concluye con la identificación entre "pena" y "reparación".

Es, ni más ni menos, el proceso que observamos en el Capítulo precedente respecto de las astreintes, que un sector de la doctrina italiana denomina "pena judicial" y encuentra muy similar a la "cláusula penal"(8)(983). Pensamos que late en este repudio a la función pura o específica la ideología liberal; el temor a que por esta vía de las penas privadas se lesione o menoscabe la persona humana. Reiteramos la contradicción que vemos entre la defensa a ultranza de la autonomía de la voluntad y de la fuerza vinculatoria de las "convenciones", art. 1197, con el debilitamiento que importa negar las penas orientadas a una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

función compulsiva.

C) Importancia teórica y práctica del debate

Más allá de la toma de posición que la adopción de una u otra tesis significa, en punto al respecto a la norma jurídica de origen voluntaria a la eficacia de las relaciones jurídicas, al respeto a los deberes jurídicos libremente asumidos - y sin aprovechamiento de la necesidad, ligereza o inexperiencia - y la real protección al interés del titular del derecho subjetivo - ejercitado regular o funcionalmente, en atención al interés propio y sin desmedro del interés comunitario - encontramos que la finalidad compulsiva o reparadora se trasunta en una serie de cuestiones del máximo interés teórico - práctico:

a) Según la concepción para nosotros "pura", puede prescindirse de la función reparadora y apuntar exclusivamente al reforzamiento de la relación. Si así se hiciere se configuraría el pacto en estudio. Para el criterio opuesto, al menos en su postulación extrema, tal pacto no podría calificarse de cláusula penal, sería nulo como tal.

b) Para el criterio "puro", una cláusula destinada tan sólo a "establecer convencionalmente el importe de la reparación", de manera anticipada, no es cláusula penal, sino una cláusula de "limitación de la responsabilidad civil"(9)(984). Su calificación como cláusula penal es errada y debe el juez realizar su ubicación jurídica.

c) Ciertas "penas" que no apuntan a una reparación ni dineraria ni específica, son rechazadas por la concepción "impura" como contenido de la cláusula penal - por ejemplo la sanción que apunta a la caducidad de un derecho, o la que tiene contenido disciplinario -. Por el contrario, para la idea "pura" constituyen un contenido admisible.

d) La especie "reparadora" se orienta a la mutabilidad de la cláusula penal, a su reajuste judicial, atendiendo a pautas que destacan la cuantía de los perjuicios que puede acarrear el incumplimiento. La variedad para nosotros fundamental, aunque admitiendo que puedan adicionarse otros propósitos, comienza por destacar que la "pena" debe en su importancia superar manifiestamente a la cuantía del resarcimiento, pues de no ser así se vuelve ineficaz - no sirve como medio compulsivo -. Ysi bien adherimos a la revisión judicial, requerimos otros elementos además del "monto desproporcionado", aspecto objetivo; y dejamos de lado toda comparación con los posibles perjuicios(10)(985).

e) Quienes hacen hincapié en la función de resarcimiento, plantean como presupuesto la imputabilidad subjetiva del incumplimiento: la culpa, dolo o malicia. Para la posición contraria, incurre en la pena quien "no cumple la obligación en el tiempo convenido", no obstante que "por justas causas no hubiere podido verificarlo", art. 654(11)(986).

Estas y otras diferencias, que habremos de puntualizar en el correr de la exposición, nos destacan la importancia del tema y, a la vez, nos ayudan

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a completar la noción de cláusula penal.

2. NATURALEZA JURÍDICA

Integran, para nosotros, la gran familia de los medios compulsivos. Es esa su verdadera naturaleza jurídica. Las demás funciones que puede desempeñar son eventuales.

No hay, en rigor, dos o tres cláusulas penales; hay sí, al decir de Trimarchi, "dos hipótesis, dos modos de manifestarse el mismo fenómeno". En la pura el contenido de la cláusula es debido a título de "pena", sólo y exclusivamente. En la segunda, es debido también a título de resarcimiento.

La constante conceptual del instituto es la función sancionatoria o punitiva - que pendiente el incumplimiento tiende a conminar o constreñir al sujeto pasivo -. Esta constante se da aún en la variante "impura", puesto que la liquidación anticipada de daños, que se hace, al decir de Planiol, "a pérdidas y ganancias", o à forfait, dado que no se sabe por anticipado cuál será el daño real(12)(987), apunta también a asegurar el cumplimiento(13)(988).

3. FUNCIONES

Dentro de la naturaleza unitaria del instituto, creación voluntaria de una sanción punitiva para la falta de observancia de un comportamiento debido, "caso de retardar o de no ejecutar la obligación" - art. 652, última parte - podemos destacar tres funciones - una constante y dos variables o eventuales -(14)(989).

a) Punitoria

Esta función, que era la cumplida en el derecho romano, vuelve a ser destacada, como específica o esencial por la doctrina moderna, pese al texto del art. 1126 del Cód. Civil francés, donde se dice que la cláusula sirve para asegurar la ejecución de las convenciones, aparece relegada por la doctrina francesa, con el argumento que "en el derecho moderno, por regla general, todas las convenciones son obligatorias por sí mismas y la ejecutabilidad de las obligaciones lícitas está asegurada por ley". Pensamos, con Savigny, que "constituye una nueva razón que constriñe al deudor"; con Windscheid, que "es una nueva incitación al cumplimiento ante el temor de la pena".

Es claro que para cumplir cabalmente esta función para ser en verdad "cláusula penal" su monto debe superar en mucho el valor de la prestación incumplida. Empero, no significa, en nuestra opinión, que la función compulsiva está subordinada a esta circunstancia, y que, por ende, pueda considerarse como "que no es un elemento esencial ni

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

necesario de la institución"(15)(990); equivale a sostener, muy por el contrario, que cuando se denomina "pena" a una sanción que equivale al valor de la prestación o a los posibles daños que acarrea su incumplimientos se hace una calificación equivocada; que aunque las partes la denominen "pena" no es tal, sino una cláusula limitativa de los daños(16)(991).

Afirmar la función esencial no importa negar otras funciones, que puede o no cumplir la cláusula penal. Sostenemos, empero, que tales funciones eventuales pueden ser excluidas de la cláusula penal por las partes(17)(992).

b) Reparadora

Esta segunda función que, como vimos, buena parte de la doctrina nacional y extranjera destaca como esencial, es, a nuestro juicio, solamente eventual. Las partes pueden dejarla de lado, sin que por ello la cláusula penal deje de ser tal: a) cuando por una estipulación expresa la excluyen y convienen el derecho del acreedor a exigir la pena y la resarcibilidad del "daño ulterior"(18)(993), se trata del retardo del deudor o del incumplimiento total o parcial; y b) cuando de la índole de la "pena" se desprende que no puede entrar en lugar de la indemnización de perjuicios e intereses(19)(994).

Empero, actúa como función natural. El art. 655 pone de resalto que "la pena o multa impuesta en la obligación, entra en lugar de la indemnización de perjuicios e intereses...". Y explicita muy claramente los caracteres de liquidación preventiva, convencional y a forfait, al decir que "el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente": y luego, en el art. 656, agrega: "...ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno".

En consecuencia, cuando la cláusula cumple esta función, la pena se debe como indemnización, haya o no perjuicios y cualquiera que sea el monto de los mismos. De donde, en nuestro criterio, es indiferente también que el incumplimiento sea imputable a culpa, dolo o malicia, y que en tal virtud pudieran, de no haber mediado la cláusula, reclamarse sólo las consecuencias inmediatas, art. 520, o también las mediatas, art. 521(20)(995).

Ahora bien, el incumplimiento que da pie a esta función es el imputable; lo dice el art. 655, al aclarar que la pena entra en lugar de la indemnización "cuando el deudor se hubiese constituido en mora". Vimos antes, en cambio, que cuando la cláusula es pura el deudor incurre en la pena estipulada "aunque por justas causas no hubiere podido verificarlo" (al cumplimiento), art. 654. El no haber distinguido una y otra función, la cláusula pura de la impura, es la razón de la perplejidad de un sector de la doctrina nacional, ante la diferencia apuntada(21)(996).

La función reparadora puede limitarse al incumplimiento total, o al parcial

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

o irritual, o al simple retardo; dejando en claro que por los supuestos de "incumplimiento" excluidos el acreedor puede reclamar una reparación integral de los daños(22)(997). Asimismo, las partes pueden precisar que la función reparadora sólo tiene cabida ante alguna hipótesis de imputabilidad subjetiva, ante la culpa o el dolo o la malicia, dejando fuera, con miras a poder reclamar los daños ulteriores, tal o cual factor(23)(998).

Para un sector de la doctrina, particularmente extranjera, la cláusula penal "es sustancialmente considerada como un pacto relativo a la carga de la prueba de los daños"(24)(999). Destaca que se trata de una regulación diferente a la normal, en cuanto favorece al acreedor, al liberarlo de la demostración de los perjuicios sufridos. Si bien es verdad que el art. 656, en su primera parte, nos dice que "para pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios", no se trata en rigor de una inversión de la carga de la prueba, sino de la consecuencia lógica de la función reparadora, con base, como hemos dicho y repetido, en una liquidación convencional, preventiva o anticipada y à forfait(25)(1000).

c) Resolutoria

Sin perjuicio de la facultad que acuerda el incumplimiento a la otra parte, en una situación contractual, a la denominada "cumpliente", de reclamar la resolución, art. 1204, implícita en todos los contratos con prestaciones recíprocas, se juzguen desde el punto de mira de su celebración, bilateralidad genética, o en consideración a su vida o cumplimiento, bilateralidad funcional, puede llegarse a la resolución por vía de la cláusula penal.

Esta 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 art. 659 nos dice que, "a su arbitrio", podrá pedir el cumplimiento de la obligación o la pena, "una de las dos cosas"; 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.

Esta es la regla, se trate de una cláusula pura, con fines exclusivamente compulsivos, o impura, donde conviven los fines compulsivos y los reparadores. Optando el acreedor o parte cumplidora por reclamar la pena, se extingue el negocio(26)(1001).

La excepción está dada por las situaciones donde puede acumularse la pena y la acción de cumplimiento. O bien por la opción a favor del Cumplimiento, dejando de lado la pena. El primer caso se interpreta configurado salvo disposición en contrario(27)(1002), cuando se ha "estipulado la pena por simple retardo"; también cuando "se haya estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal", art. 659, últ. parte(28)(1003).

Queda claro, en Consecuencia, que las partes pueden excluir la función

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

resolutoria de la cláusula penal, así como pueden convenir el no funcionamiento de la ley comisorias del art. 1204 del Cód. Civil(29)(1004).

4. ÁMBITO DE ACTUACIÓN

Vimos ya que la "cláusula penal" tiene un campo de actuación que excede el negocio jurídico contractual, a pesar de que su propia denominación, como cláusula(30)(1005), aparezca vinculada, las más de las veces, con la materia contractual(31)(1006).

Recordamos la tendencia actual favorable a considerarla más que como una pura y simple cláusula negocial, como un negocio autónomo, con elementos estructurales propios: sujeto(32)(1007), objeto(33)(1008) y causa(34)(1009). Sin perjuicio de aparecer inserta o relacionada con otro negocio, denominado principal, a cuyas prestaciones tiende a reforzar(35)(1010); y de ahí su carácter de "accesorio"(36)(1011).

a) Incumplimiento de una obligación

La cláusula penal puede reforzar una obligación civil, un deber jurídicamente exigible, provisto de coercibilidad.

La obligación principal a la que se incorpore puede tener infinitas modalidades y es indiferente su naturaleza. Pensamos que viene al caso el catálogo enunciativo del art. 1993, en tema de fianza. Por descontado que la obligación que refuerza debe ser válida: "La nulidad de la obligación principal causa la nulidad de la cláusula penal...", art. 663(37)(1012).

Puede admitirse, incluso, que se añada para garantizar la efectividad de un derecho real, como puede ser una servidumbre(38)(1013), o de un derecho intelectual. Extendiendo a otras relaciones jurídicas patrimoniales, lo dispuesto para la relación obligacional, por el art. 652.

Interesa destacar, asimismo, que la cláusula puede ser coetánea de la obligación principal, nacer al mismo tiempo e instrumentarse en el mismo documento(39)(1014); puede preceder a la obligación principal, reforzando entonces una obligación principal futura; y, finalmente, estipularse con posterioridad a la obligación que garantiza.

En cuanto a la causa fuente de la principal y de la pena, puede ser un negocio bilateral, con base en la coincidencia de voluntades, o uno unilateral(40)(1015); un negocio entre vivos o uno mortis causa(41)(1016). Parece sobreabundante señalar que así como nadie puede imponer a otro una obligación, volverlo deudor, tampoco puede convertirlo en deudor de la pena sin su aceptación; igualmente, el beneficio que entraña la pena no puede adjudicarse a un tercero sin su aceptación o conformidad.

b) Incumplimiento de un deber natural

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En nuestro derecho, a diferencia de otras legislaciones(42)(1017), está prevista la posibilidad de incorporar la cláusula penal para asegurar el cumplimiento de deberes no coercibles: "La cláusula penal tendrá efecto, aunque sea puesta para asegurar el cumplimiento de una obligación que no puede exigirse judicialmente, siempre que no sea reprobada por la ley, art 666. En concordancia con este texto, el art. 518 dispone que: "Las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales, constituidas por terceros para seguridad de las obligaciones naturales, son válidas, pudiendo pedirse el cumplimiento de estas obligaciones accesorias"; en el mismo sentido el art. 1993.

Si bien la "pena" aparece relacionada con la deuda principal, su carácter "accesorio" es mucho más discutible; siendo la única obligación exigible la que emana de la cláusula penal, se afirma que ésta es la principal"(43)(1018); en el caso en examen la "autonomía negocial" de la cláusula es bastante evidente.

5. OBJETO DE LA CLÁUSULA PENAL

En rigor queremos referirnos al contenido de la "pena"; ¿en qué puede consistir? Si a semejanza de la fianza se concreta siempre en una suma de dinero, art. 1992, o si puede consistir en un dar algo distinto que el dinero, o en un hacer o no hacer. Con claridad afirma Vélez que "puede tener por objeto el pago de una suma de dinero"; y, aunque parece limitar el contenido con el vocablo "sólo", agrega luego: "...o cualquier otra prestación que pueda ser objeto de las obligaciones...", art. 653.

a) El pago de una suma de dinero

La preferencia por el contenido dinerario de la cláusula penal debemos explicarla por la idea originada en el derecho romano, acerca de que estas deudas son las únicas susceptibles de ejecución forzada: incumplida la obligación principal, no dineraria, carece de sentido, para quienes así piensan, imponer otra deuda no dineraria, que a la postre conducirá a su conversión en una dineraria de pagar los perjuicio causados, a título de reparación. Por las razones expuestas y reiteradas, disintimos con semejante criterio.

Puede decirse, asimismo, que el dinero es el modo normal de reparar los perjuicios; empero, sabemos que ello no es así, puesto que la reparación debida en primer término es la específica o in natura; y, por lo demás, no se trata de reparar, función eventual o complementaria, sino de reforzar la obligación principal.

Es verdad, en cambio, que el dinero, común denominador de los valores, es útil como instrumento de presión o coerción psicológica, a fin de forzar al deudor renuente a cumplir. Lo vimos al considerar las astreintes. No obstante, en tiempos de pérdida constante del poder adquisitivo de la moneda, cabe pensar que ello ocurrirá con una cláusula penal de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contenido dinerario; que se planteará la discusión acerca de si constituye deuda de dinero o deuda de valor(44)(1019)susceptible de reajuste judicial(44bis)(1020); Si se puede hablar de una pérdida del equilibrio entre la "pena" y la obligación principal, equilibrio relativo como el que más, y , en consecuencia, de la revisión por "excesiva onerosidad sobreviniente"(45)(1021).

Reiteramos, para el contenido dinerario de la cláusula lo que ya expresamos en general: La necesidad de que el importe a pagar como pena sea evidentemente superior al valor de la prestación principal(46)(1022).

b) Otras prestaciones

La obligación penal debe tener un objeto que difiera del de la obligación principal por su naturaleza y cantidad; "no se podría estipular como pena por el no cumplimiento una cosa absolutamente idéntica a la ofrecida"(47)(1023).

El art. 653, luego de mencionar el dinero, alude a "cualquier otra prestación que pueda ser objeto de las obligaciones"; vale decir que la cláusula penal puede consistir en un dar, hacer o no hacer, art. 495 del Cód. Civil(48)(1024).

Ahora bien, ¿estos contenidos agotan las posibilidades punitivas de la cláusula en examen? ¿Puede la cláusula tener un objeto diferente del de la obligación?

La postura negativa proviene de dos vertientes: 1) Para un sector, que otorga a la cláusula una función esencialmente resarcitoria, están excluidos aquellos objetos o contenidos que no apuntan a reparar el daño causado por el incumplimiento(49)(1025); y, 2) Para otro sector, la razón de la no admisibilidad finca en que tales objetos "no tienen estructura obligacional" y de este modo "desnaturalizan" la cláusula, puesto que tal estructura "hace a su esencia"(50)(1026).

Disentimos con uno y otro criterio limitacionista. Vimos ya que al lado de la cláusula "pura", con fines exclusivamente o primariamente compulsivos, se ubica la "impura", en la cual aparece la función resarcitoria. De donde la exclusión de los objetos no reparadores sólo tiene sentido en esta última. En cuanto a la necesidad de que la cláusula participe de una estructura obligacional, no vemos razón suficiente para ello; de la definición del art. 652 sólo se desprende su carácter de "pena" o "multa"; su naturaleza, según se vio, es la de una "cláusula" comercial, con una fuerte autonomía; de donde el contenido de esta cláusula no tiene que ser fatalmente una obligación; cualquier efecto que puede serlo de un contrato puede atribuirse a la "penal". Y si bien es verdad que el contrato genera, por lo común, efectos obligacionales, nada obsta a que disponga como sanción la pérdida de cualquier derecho. La frase: "cualquier otra prestación que pueda ser objeto de las obligaciones", que incluye el art 653, es equivalente a la del art. 1169: "La prestación, objeto de un contrato...". Y así como el contrato, reiteramos, no restringe su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contenido a las prestaciones, la cláusula en general que es una parte de él, y la penal en particular, pueden receptor esa misma amplitud.

c) Pérdida o caducidad de un derecho

Nadie puede negar que en un contrato, por medio de una cláusula, se puede disponer la pérdida o caducidad de un derecho. Nada obsta, en consecuencia, a que la cláusula penal, sin desnaturalizarse, sin perder su esencia, sancione al deudor incumplidor con la pérdida de un derecho o de un bien, o con la caducidad de un beneficio o de un poder jurídico. La pena puede consistir incluso, sostiene Demogue(51)(1027), en el nacimiento de un derecho en favor de la contraparte.

d) Sanción disciplinaria

Las penas privadas, a las cuales pertenece la cláusula penal, tienen mucho que ver con las sanciones disciplinarias. Por lo demás; innegable el valor pecuniario de tales sanciones(52)(1028). De ahí que Demogue aluda expresamente a la posibilidad que la cláusula penal consista en el derecho que se reconozca a un contratante de infligir al otro contratante una sanción disciplinaria en el caso de violación de lo convenido. Las hipótesis muy numerosas, se muestran especialmente en los contratos de sociedad y de asociación, en los reglamentos de copropiedad, etc.(53)(1029).

6. CARACTERES

La doctrina señala, entre los caracteres de la cláusula penal, los siguientes: a) es accesoria; b) es subsidiaria; c) es inmutable; d) es condicional; e) es definitiva; y f) es de interpretación estricta(54)(1030).

a) Accesoria

De acuerdo con la noción del art. 523: "de dos obligaciones, una es principal y la otra accesoria, cuando la una es la razón de la existencia de la otra". La accesoriad es, en el caso, con relación al objeto; el texto citado ejemplifica precisamente con la cláusula en estudio: "las obligaciones son accesorias respecto del objeto de ellas, cuando son contraídas para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, como son las cláusulas penales". El carácter "subordinado" de la cláusula, con relación a la obligación principal "subordinante", es reiterado en los arts. 663, 1ª parte y 665. Dice el primero: "La nulidad de la obligación principal causa la nulidad de la cláusula penal"(55)(1031); y el segundo: "Si la obligación principal se extingue sin culpa del deudor queda también extinguida la cláusula penal. Una hipótesis controvertida es la relativa a la suerte de la cláusula penal impura cuando frente al

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

incumplimiento del deudor el acreedor opta por la resolución del contrato. ¿Sigue funcionando la cláusula penal como indemnización convencional, sustitutiva de los daños y perjuicios ordinarios? O bien, ¿su carácter accesorio hace que extinguido el contrato se destruya "la causa de la obligación principal" y, por ende, desaparezca la cláusula penal, que carece de vida propia? La cuestión divide a la doctrina francesa y a la argentina. En el sentido favorable a la limitación de los daños resarcibles aun en caso de resolución del contrato, se expiden Demogue(56)(1032) y Busso(57)(1033); en sentido negativo, entendiendo que la hipótesis de resolución excluye la limitación por extinción de la cláusula, se manifiestan Baudry - Lacantinerie y Barde(58)(1034), Laurent(59)(1035) y, entre otros, Llambías(60)(1036). Creemos que la solución acertada es la positiva, que mantiene el rol de la cláusula, pero sobre la base de ciertas precisiones: a) No puede distinguirse el incumplimiento de la obligación principal (denominada así porque lleva como accesorio la pena) del incumplimiento del contrato, entendido como un todo(61)(1037); vimos ya que la cláusula accede a un negocio jurídico, y no a una obligación aislada, y dentro de este negocio garantiza el cumplimiento de las obligaciones emergentes. b) No puede negarse el rol resolutorio de la cláusula penal; producido el incumplimiento el acreedor puede optar entre demandar la prestación principal o la pena; optar por la pena equivale a disolver la obligación y, por lo normal, el contrato que le sirve de causa fuente(62)(1038). c) Finalmente, si la resolución del contrato, se invoque o no el art. 1204(63)(1039), reconoce como razón fundante el incumplimiento de la obligación asegurada con cláusula penal (pena por el incumplimiento)(64)(1040), los daños que reclama el acreedor no pueden exceder los determinados en la pena; la cláusula penal impura mantiene su función reparadora(65)(1041).

Como excepciones a la accesoriedad de la cláusula penal se señalan:

I. Cuando la obligación principal es una obligación natural, art. 666: la virtualidad de la pena es aquí mayor que la de la deuda que "asegura", puesto que ésta no es exigible y aquélla sí. Ahora bien, como el deudor de la principal buscará no incurrir en la pena, ha de cumplir con el deber natural y, de este modo, la cláusula satisfará su función reforzadora.

II. Cuando la pena se estipula para el evento de nulidad de la obligación principal:

Los autores franceses sostienen que cuando se estipula una cláusula penal en previsión de los perjuicios que pueda ocasionar la nulidad del contrato principal, se produce también una excepción al principio según el cual aquélla acarrea, asimismo, la invalidez de la cláusula accesorio. Este planteamiento ha sido formulado con ocasión de la venta de cosa ajena, la cual es nula, por disposición del art. 1559 del Código de Napoleón; y que, por ser nula, da lugar a indemnización en favor del comprador que hubiere estado de buena fe(66)(1042). La doctrina nacional se hace eco de la hipótesis; Busso comenta que "la venta de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cosa ajena crea deberes indemnizatorios a cargo del vendedor" (art. 1329) y que no tienen trascendencia respecto de la cláusula "las razones determinantes de la nulidad de la convención"(67)(1043). Llambías formula un distingo según quién sea el que invoca la nulidad: si la invoca el vendedor a un tercero, afirma, puede el comprador "optar ya por la indemnización aludida (art. 1329, 2ª parte), ya por el importe de la pena compensatoria pactada"(68)(1044); si la nulidad del acto es aducida por el comprador, "ya no será posible la opción, y no podrá aquél pretender el pago de la pena (el vendedor): la nulidad del acto arrasará con la cláusula penal que esta en ese acto contenida"(69)(1045). No compartimos los criterios expuestos. Si la obligación principal es nula no puede hablarse de una cláusula penal destinada a garantizar o reforzar su cumplimiento, función esencial que está destinada a cumplir; de donde, aunque así se denomine, se tratará, en rigor, de una mera "cláusula limitativa de responsabilidad". Acerca del valor de esta cláusula debemos, ante el supuesto de venta de cosa ajena, válida en principio en nuestro derecho(70)(1046), formular una serie de distingos, sobre la base de la buena o mala fe de las partes, según que supieran o no que la cosa era ajena y la vendieran como tal o como propia. Recordamos la prohibición genérica de dispensa del dolo.

Ahora bien, cuando se vende el inmueble ajeno como ajeno, se configura la "promesa del hecho ajeno" y una de las variantes de la figura es la promesa en la cual se garantiza el resultado, es decir el hecho del tercero, art. 1177, 2ª parte; esta garantía puede asumir la forma de una cláusula penal. El promitente se obliga en su nombre a conseguir el hecho de un tercero - la ratificación del contrato o el cumplimiento de la prestación prevista - y tal obligación se refuerza con la cláusula penal; para el tercero no existe obligación alguna, ni válida ni nula. De ahí que no exista relación de accesoriedad entre la promesa garantizada del tercero y una supuesta obligación del dueño de la cosa. Es lo previsto en el art. 664 del Cód. Civil(71)(1047).

III. Contrato de objeto inexistente:

Es un supuesto que la doctrina reputa similar al anterior; cabe, en consecuencia, insistir en la imposibilidad de invocar la propia torpeza, en haber contratado a sabiendas sobre cosa inexistente, para acogerse a una limitación de los daños resarcibles. La cláusula, no penal sino de determinación convencional de daños, será válida en la medida de la buena fe de quien la invoca.

IV. Caso de la culpa in contrahendo:

Polacco señala también como excepción el caso de la cláusula penal vinculada a situaciones de las que pueda surgir la culpa in contrahendo. Así ocurriría, por ejemplo, al estipularse una sanción en previsión de los daños que el tratante o posible contratante pudiera causar al otro, con motivo del acuerdo que se está gestando, si éste no llega a perfeccionarse como consecuencia de un apartamiento abrupto o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

intempestivo o una retractación inmotivada de la oferta. Se postula que dicha cláusula es válida, no obstante la ausencia de una obligación principal(72)(1048).

La doctrina moderna, a su turno, destaca que las tratativas engendran para las partes o intervinientes, ciertos deberes: de comunicación, de explicación y de conservación, impuestos por la buena fe que preside ese momento, art. 1198 del Cód. Civil, y que nada impide que esas mismas partes pacten la cláusula penal para el supuesto de violación de tales deberes. Como refuerzo y limitación de los daños. Habría entonces dos deberes, uno principal y otro accesorio.

V. Caso de contrato a favor de tercero:

Con base en el criterio estrecho que el Código francés exhibe en la materia, arts. 1119 a 1121, muy diferente al amplio de nuestro texto, art. 504, se ha sostenido que pactada la pena ésta "da vida a la obligación principal en vez de recibirla de ella"(73)(1049). En nuestro derecho el beneficio nace de un "modo directo", del acuerdo entre promitente y estipulante, y de ahí que pueda convenirse la penal, por el promitente - quien debe cumplir con el beneficio - en favor del estipulante; se trata, cuanto más, de dos obligaciones "independientes y autónomas", puesto que si bien se contrata con el estipulante, es el tercero el acreedor beneficiario(74)(1050).

b) Subsidiaria

Quiere decir que la cláusula sólo es eficaz y produce sus efectos en sustitución de la obligación principal. Este carácter, al igual que el precedente, requiere algunas aclaraciones: a) Como la cláusula tiene una función aseguradora o compulsiva, puede muy bien acumularse a la obligación principal; ello ocurre cuando: "...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", art. 659, última parte. En tales casos no sustituye la "pena" a la deuda, sino que concurren una y otra, conjunta o acumulativamente; b) Cuando no sea posible "pedir el cumplimiento de la obligación y la pena", el acreedor tiene una "opción", que puede ejercer con toda libertad, "a su arbitrio", art. 659, 1ª parte, entre la deuda y la "pena"; esa opción queda abierta con el hecho del incumplimiento, sin requerir que la obligación principal se haya vuelto de cumplimiento imposible, ni nada semejante(75)(1051). La subsidiariedad se refleja, en consecuencia, en que sólo se abre el camino hacia la "pena" cuando se incumple la deuda; c) Como no está acordado el jus variandi o derecho a volver atrás luego de formulada la opción, entendemos que se aplica el adagio que veda esa variante, tanto si la opción ha sido por el cumplimiento específico como si fue por la "pena" convenida(76)(1052).

c) Condicional

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Para que se deba la pena es preciso el ocurrir de un hecho futuro e incierto: el incumplimiento. La eficacia de la cláusula está supeditada al mismo. Empero ello no significa de modo alguno que sea el deudor el titular de la opción: entre pagar la principal o la pena. "El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación, pagando la pena, sino en el caso en que expresamente se hubiere reservado ese derecho", art. 658. La pena, afirma Busso, está in facultate petitionis pero no in facultate solutionis. El derecho condicionado a pedirla le asiste al acreedor, con la particularidad de que el cumplimiento es, a la vez, un hecho suspensivo y coercitivo(77)(1053).

d) Convencional

En cuanto tiene su origen en el acuerdo de las partes; no nace de la ley ni la aplicación judicial - como acontece con las astreintes -.

e) Definitiva

Vimos en el capítulo precedente un medio compulsivo "provisional", en la medida en que podía ser reajustado para el futuro - las astreintes -; la cláusula una vez pactada queda determinada de una manera definitiva, y el acreedor tiene derecho a ella.

f) Divisible

La pena no se debe por entero mediando un cumplimiento parcial; la regla, claramente sentada en el art. 660, es que: "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 juez puede arbitrarla si las partes no se conviniesen"(78)(1054). Si la pena fuere indivisible, por la naturaleza de su contenido, se deberá íntegramente a pesar de mediar un cumplimiento parcial aceptado; lo mismo ocurrirá cuando las partes convengan la indivisibilidad. Aludiendo a estas hipótesis, pero para los casos de deudores múltiples o plurales y de muerte del deudor, el art. 662 dispone: "Si la obligación de la cláusula penal fuere indivisible, o si fuere solidaria aunque divisible, cada uno de los codeudores, o de los coherederos del deudor, queda obligado a satisfacer la pena entera"(79)(1055).

g) Inmutable

Este carácter es complemento del de pena definitiva. Si bien tiene que ver con la función reforzadora, hace especialmente a la reparadora: ni el acreedor tendrá derecho a otra indemnización, "aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente", art. 655, última parte, "ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

perjuicio alguno", art. 656, última parte.

Esta es la regla, que no reconocía excepciones, al menos explicitadas, en el Código de Vélez. La reforma de 1968, consciente de que la cláusula puede ser abusiva o leonina, tanto cuando la pena es excesiva como cuando es mínima(80)(1056), y desquiciar el equilibrio contractual, traduciendo el aprovechamiento de una parte sobre la otra, en especial en contratos que se celebran por adhesión, incluyó el agregado al art. 656(81)(1057), que completado con los restantes remedios: ejercicio regular de los derechos, buena fe contractual y lesión subjetiva - objetiva, permite corregir las iniquidades con base en dicha cláusula penal y retornar el negocio a la equidad.

h) De interpretación estricta

En virtud de su carácter de medio compulsivo, de pena privada que a la vez que constriñe tiende a sancionar al incumplidor. De ahí que no pueda extenderse a hipótesis no contempladas: la pena por retraso no se aplica frente al incumplimiento definitivo y a la inversa. Empero ello no significa afirmar, como hemos visto ya, que su estructura legal sea imperativa; lo cual posibilita la multiplicidad de funciones, su acumulación a la ejecución específica, su renuncia, etc., etc.(82)(1058).

7. BENEFICIARIOS

No es incompatible con la función compulsoria - y sí lo es con la reparadora - que el beneficiario de la pena sea el mismo acreedor de la obligación principal o una persona distinta.

a) Acreedor

Es lo normal, recuerda Busso, que la pena se prevea en beneficio del acreedor, pues es el titular del interés jurídico lesionado por el incumplimiento de la obligación.

b) Titular del deber

Es una hipótesis similar a la anterior, con la particularidad que puede lograrse compulsivamente el cumplimiento de la pena y no puede hacerse lo mismo con el "deber principal".

c) Tercero

El art. 653 admite, en su última parte, que el beneficio que se desprende de la pena sea estipulado a favor de un tercero. Se plantea la cuestión relativa a saber si el tercero beneficiario tiene acción para la percepción del beneficio desde el incumplimiento por el deudor de la obligación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

principal o si, por el contrario, ese beneficio está condicionado a la opción que el acreedor de esa obligación haga a favor de la pena(83)(1059). Si el acreedor opta por el cumplimiento específico desaparece el beneficio. Equivale a decir que la eficacia del mismo depende de la decisión del acreedor.

8. REQUISITOS

Si bien de lo hasta aquí expuesto se desprenden los requisitos para el funcionamiento de la cláusula, es conveniente que los sistematicemos de la siguiente manera:

A) Licitud

Nos parece muy oportuno el Proyecto de 1936 cuando exige para la validez de la cláusula penal lo dispuesto sobre el objeto de los actos jurídicos - art. 155 que remite al 600 -. En los términos del art. 953 vigente: "deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero". Los objetos no conformes con esta disposición acarrearán la nulidad de la cláusula penal, art. 663. Debemos agregar que, en virtud del nuevo espíritu incorporado por la reforma de 1968, la nulidad puede provenir de una cláusula que contraría los fines tenidos en vista por la ley al permitirlos; de una pena que importe mala fe contractual o que configure el desequilibrio aprovechador, del art. 954.

La ilicitud de la cláusula penal dio pie a los tribunales para resolver la nulidad en algunos casos - cuando se trataba de intereses punitivos convenidos como pena(84)(1060)- la reducción de dichos intereses o sea de la pena. Esta jurisprudencia, que aprobamos, partía - antes de 1968 - de la inmutabilidad de la cláusula y, para salvar ese escollo, afirmaba que lo ilícito no es el pacto de intereses sino el monto excesivo de los mismos. El agregado al art. 656 ha superado la cuestión y terminado con una interpretación "torturante" para los criterios exegético y dogmático: con base en la invocación de nulidad llegar a una reducción - art. 1050 del Cód Civil -.

Destacamos que la ilicitud debe distinguirse de la pena excesiva; de aquella que si bien es lícita puede ser impugnada por no guardar proporción o razonabilidad alguna. Una pena excesiva puede ser, a petición de parte interesada, reducida o invalidada. Es lo que se desprende de la concordancia del art. 656, últ. parte, con el 954, 2ª parte.

B) Incumplimiento

El hecho material u objetivo del incumplimiento es otro de los requisitos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Vimos ya que la expresión involucra el retardo o atraso en el cumplimiento, para el cual se prevé la pena moratoria; y también el cumplimiento parcial, que comprende el irregular o irritual, el viciado o el que falla en la integralidad o identidad de lo debido - que puede conducir a una reducción de la pena estipulada -; y, por último, el incumplimiento total, el no cumplir en medida alguna, que da pie a la pena compensatoria.

Como la pena tiende a asegurar el cumplimiento, quien satisface la acreencia, el derecho del sujeto activo, no incurre en ella. El supuesto fáctico que la desencadena, aunque no fatalmente, es el no pago.

C) Imputabilidad

El incumplimiento debe ser imputable, vale decir, atribuible a algunos de los factores que el derecho menciona. La cuestión relativa a saber cuál es ese factor en nuestro ordenamiento, al menos como extremo exigido por el legislador en una norma dispositiva, divide a la doctrina⁽⁸⁵⁾(1061). Dos son los textos que se destacan: a) el art. 654, que alude al deudor que "no cumple" y agrega: "aunque por justas causas no hubiese podido verificarlo"; y b) el art. 657, que dispone: "El deudor incurre en la pena, en las obligaciones de no hacer, desde el momento que ejecute el acto del cual se obligó a abstenerse".

La doctrina mayoritaria, pese a la claridad de los textos⁽⁸⁶⁾(1062), hace hincapié en la imputación a título de culpa o dolo, imputabilidad subjetiva, por entender que no hay responsabilidad sin culpabilidad⁽⁸⁷⁾(1063). Pensamos que la imputación dispuesta es a título de riesgo creado; el deudor garantiza o asegura el cumplimiento - es otra función de la cláusula penal - y asume los supuestos de imposibilidad material por caso fortuito y la imposibilidad por el hecho de un tercero⁽⁸⁸⁾(1064).

Y si bien el art. 654 se aparta de lo dispuesto en los arts. 506, 508, 511, 513, 1067 y concordantes, en la medida en que esos textos fundan la responsabilidad en una falta o sea en la culpabilidad, no debemos olvidar su carácter de institución autónoma. Por lo demás, el art. 513 admite que el deudor tome a su cargo los hechos extraños que puedan obstar al cumplimiento, no hay en ello nada de inmoral o abusivo; el art. 2118 hace responsable al vendedor por evicción y obliga a restituir el precio, aunque la cosa se haya deteriorado por caso fortuito; la obligación de sanear los vicios, entre comprador y vendedor, existe aunque el vendedor ignore los vicios o defectos ocultos, art. 2173. Asimismo, en el tema de los daños causados "por un animal feroz", art. 1129, la responsabilidad existe aun cuando no hubiere "culpa de los que lo guardaban"; y lo mismo ocurre respecto de las cosas riesgosas y viciosas, art. 1113.

Creemos que la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria han desvirtuado el sentido y alcance del art. 654, sea por subsumir la cláusula penal dentro de un contexto de responsabilidad basado en la falta o el pecado, sea por desconocer su autonomía y la peculiaridad de sus requisitos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Reconocemos, asimismo, que esta corriente se encuentra fuertemente arraigada, luego de muchos años de admisión pacífica. Empero, nos parece muy conveniente que quienes pacten la cláusula penal expliciten si su aplicación se ha de producir por el mero incumplimiento o por un incumplimiento imputable a culpa, dolo o malicia; lo mismo puede decirse acerca de la prueba de dicho incumplimiento: si correrá con ella el deudor o el acreedor.

En nuestra opinión, reiteramos, la regla del 654 se encuentra ratificada por lo dispuesto en el 657, respecto de las obligaciones de "no hacer". Se consagra allí un supuesto de mora ex re, que descarta expresamente la necesidad de la interpelación. Esta regla debe considerarse extendida a toda otra obligación con cláusula penal, sea de dar o de hacer. Incurrir en la pena el deudor que no cumple "en el tiempo convenido". La mora surge del mero incumplimiento en el término convenido o en el que fije el juez a falta del mismo(89)(1065); sea el plazo expreso o tácito(90)(1066). Y vimos ya que la no imputabilidad de la mora no exime al deudor de las responsabilidades derivadas de ella(91)(1067).

La armonización entre el art. 654 y el 655, cuya aparente contradicción es el único argumento que nos parece valedero, de los invocados por los partidarios de la supresión del primero de los textos, debe buscarse recurriendo a Acevedo, que es la fuente inmediata. El criterio de este jurista, receptada por el art. 1369, 2ª parte, del Cód. del Uruguay, consiste en considerar como supuesto de excepción, que se aparta de la regla del 654 - pena sin culpabilidad -, el del perecimiento de la cosa cierta por caso fortuito. Dice la última parte del artículo citado: "Sin embargo, si la obligación principal es de entregar una cosa determinada y ésta perece, no tiene lugar la pena en los casos en que el deudor no sea responsable de la obligación principal"(92)(1068).

En síntesis, la cláusula penal ha sido estructurada por la ley para asegurar o garantizar el cumplimiento de la obligación principal, en el tiempo debido y frente a todo evento; sin que causa alguna, sea cual fuere su origen - salvo el hecho propio del acreedor - y la justicia que la misma encierra, pueda justificar al deudor y liberarlo de la pena. Ello importa la asunción por el deudor de los riesgos y peligros. La excepción está dada por la extinción de la obligación principal, cuando ella sea de dar una cosa cierta y la misma perezca por caso fortuito.

Reiteramos que las partes pueden moderar el rigor de esta cláusula y convenir que sólo juegue frente a un incumplimiento culposo, doloso o malicioso. Se tratará entonces de un pacto que vendrá a modificar un elemento no estructural o esencial.

1) Incumplimiento doloso o malicioso:

Para un sector de la doctrina, según vimos ya cuando el incumplimiento de la obligación principal sea debido al dolo del deudor, el acreedor podrá exigir íntegramente el importe de los daños, aunque superen la pena convenida(93)(1069).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Este criterio, fundado en la imposibilidad de dispensar el dolo del deudor, art. 507, y en que dicho dolo, cuando es calificado por la perversa intención de perjudicar al acreedor - malicia - obliga a reparar las consecuencias mediatas, art. 521, no nos parece compatible con la función esencial de la cláusula y la norma del art. 655, últ. parte.

La cláusula cumple una función reforzadora del vínculo obligacional, en la medida en que la "pena" es tal, o sea de un monto que tiene entidad suficiente como para disuadir al deudor de toda actitud de incumplimiento. Esa es la diferencia entre "pena" y cláusula limitativa de responsabilidad; en esta última es natural y lógico que mediando intención de incumplir y dañar, pueda reclamarse el daño que es consecuencia mediata. No perdamos de vista que el acreedor puede optar por exigir el cumplimiento específico de la prestación debida...; ahora bien, si el deudor con su comportamiento crea un obstáculo insuperable a ese cumplimiento, la situación varía. La opción que la norma reserva al sujeto activo pierde todo sentido y el pasivo es árbitro exclusivo y como tal fuerza u obliga a reclamar la pena, como posibilidad única. Pensamos que en esa hipótesis - prestación que se vuelve imposible por hecho del deudor incumplidor - queda abierta la acción por mayores daños. Esta reparación complementaria nace de un hecho nuevo, posterior a la cláusula y distinto del mero incumplimiento: la imposibilidad imputable(94)(1070).

D) Opción

La cláusula penal ha sido instituida en beneficio exclusivo del acreedor y, en consecuencia, su estipulación en ningún caso puede privarle o trarle el ejercicio de los derechos que normalmente le corresponden; solicitar a su arbitrio el cumplimiento forzado de la prestación, que equivale a la ejecución compulsiva del contrato (cuando ésta es la fuente), o demandar la resolución del contrato.

En el primer caso, opción por la ejecución forzada, le está vedado reclamar también la pena; lo dice expresamente el art. 659 "Pero el acreedor no podrá pedir el cumplimiento de la obligación y la pena...". Y como la pena, en la cláusula impura "entra en lugar de la indemnización de perjuicios e intereses", la elección por la ejecución obsta, como regla, a cualquier petición de daños. Ahora bien, ¿la prohibición de "acumular" alcanza también a los "gastos" propios de toda ejecución forzada? Si la respuesta fuera afirmativa, la cláusula lejos de beneficiar al acreedor vendría a perjudicarlo, a hacerle perder un derecho que tendría de no existir la "pena"(95)(1071). Por lo demás, la idea es evitar que el acreedor exija "dos veces el cumplimiento de una misma obligación", que cobre por partida doble y con el agravante de una "pena" que, por lo normal, supera a los daños reales. De ahí que compartamos el criterio que sostiene que no existe acumulación cuando el acreedor opta por la obligación principal, renunciando a la penal, y exige, a la vez, el reembolso de los gastos que le ocasione el procurarse la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ejecución(96)(1072).

Si opta por la ejecución forzada, renuncia a la "pena"...: empero el acreedor debe advertir que el cumplimiento específico contra la voluntad del deudor puede verse frustrado por dificultades de hecho o de derecho, imputables o no al deudor. Para no sufrir las consecuencias de una opción que puede no llegar a concretarse por razones extrañas al incumplidor, es aconsejable peticionar en subsidio y para esa hipótesis, la pena pactada(97)(1073). Si el deudor volviera imposible la ejecución forzada por hechos propios, queda obligado a reparar los daños que esa frustración, que es un plus con respecto al incumplimiento, causa al acreedor(98)(1074).

Finalmente, la regla de la opción y, por ende, de la no acumulación, reconoce las excepciones que el propio texto recuerda: "...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 entiende extinguida la obligación principal", art. 659, últ. parte. Vimos ya que la pena moratoria no debe confundirse con la pena compensatoria; una prevé el retardo, la segunda el incumplimiento, imputables o no a culpa o dolo. Si la pena es por el retardo nada obsta a la acumulación de la misma con la petición de ejecución específica o con la resolución seguida de la indemnización por incumplimiento(99)(1075).

9. DIAGNÓSTICO DIFERENCIAL

Las semejanzas y diferencias de la cláusula penal con otros medioscompulsivos, por una parte, unida a las relaciones existentes entre pena, como accesorio, y la obligación principal, y a la innegable complejidad de la figura, vuelve oportuno el presente diagnóstico diferencial.

a) Obligación condicional

No nos ocupamos de la obligación principal, que puede ser pura y simple o estar sujeta a modalidades, en conformidad a las reglas generales. Comparamos la cláusula penal con la obligación condicional, puesto que en ambas media un hecho futuro e incierto que suspende los efectos; ese hecho es en la cláusula el incumplimiento total, el cumplimiento tardío o defectuoso. Empero, mientras en la obligación sujeta a condición suspensiva, el hecho que subordina la eficacia no es debido ni tampoco es debida su evitación, en la cláusula es debido el hecho del cumplimiento y por ende, es debida la evitación del hecho del incumplimiento. De ahí se siguen consecuencias que alejan una y otra figura, pronunciando sus diferencias.

b) Obligación al ternativa

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La principal asegurada con la penal puede ser alternativa: existir dos o más prestaciones con un solo vínculo, de la que sólo se deberá una y con el pago de esa sola prestación se extinguirá la obligación. Ahora bien, nuestra comparación se establece entre la obligación que se refuerza y la pena que está destinada a cumplir esa función: ¿hay entre ellas alternatividad? En rigor, el deudor debe una prestación única, la principal; y la accesoria o sea la penal, se realiza tan sólo en el supuesto, que entra en la zona de la patología obligacional jurídica, de incumplimiento de la primera. De donde, el deudor no puede ofrecer la pena en sustitución de la prestación única, ni el acreedor puede pedir la pena mientras no se haya producido el incumplimiento. Extinguido uno de los objetos sobre los que se proyectaba la prestación, el deudor debe el otro, en la alternativa; en la penal, la extinción de la principal, cuando no es imputable y se trata de dar cosa cierta, libera al deudor(100)(1076).

c) Obligación facultativa

En ellas se debe un solo objeto, existe una sola prestación, empero se concede al deudor la posibilidad de entregar un objeto distinto, una prestación accesoria. La existencia de una única deuda principal, aproxima la obligación con cláusula penal a la obligación facultativa. La diferencia radica en que en las obligaciones garantizadas con cláusula penal el deudor no puede, a su arbitrio, pagar la pena en vez de cumplir la obligación. Sin embargo, la posibilidad de pactar la liberación con el pago de la pena, art. 658, identifica la cláusula penal con la denominada obligación facultativa. Señalamos ya que, en nuestro parecer, tal variante desnaturaliza la cláusula, al hacer desaparecer su función aseguradora o reforzadora.

d) Con la cláusula limitativa de responsabilidad

La confusión puede provenir de la función resarcitoria que la cláusula puede cumplir eventualmente: limitando convencional y anticipadamente los daños resarcibles. Empero, hemos señalado desde el comienzo de la exposición que la cláusula es básicamente compulsiva; de ahí que su importancia económica pueda superar el mero equivalente de los daños. Por lo demás el régimen de la cláusula se aparta, en aspectos que hemos puesto de resalto, del régimen de la responsabilidad por daños.

e) Con la seña, señal o arras

El estudio de esta institución, como medio compulsivo, es el tema del próximo capítulo. Anticipemos que la seña, señal o arras, se perfecciona con la entrega de su contenido; mientras la cláusula es consensual, existe por el mero acuerdo de las partes. La seña admite dos especies muy distintas entre sí: la penitencial y la confirmatoria. La primera, es una pena o multa de arrepentimiento, que permite a cualquiera de las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

partes desistir libremente del negocio; la segunda, que nos ha de interesar más, refuerza el contrato celebrado, apunta a asegurar su cumplimiento, y en caso de incumplimiento se pierde. La analogía entre la cláusula penal y las arras confirmatorias es evidente.

f) Con los intereses punitivos

Los intereses, cualquiera sea su especie, son frutos civiles de un capital. Equivale a decir que su importe o cuantía no es discrecional, sino proveniente de una tasa o porcentaje que se calcula con referencia a una suma determinada. Vimos que la pena puede tener contenidos muy variados, consistir en un dar, hacer o no hacer, en el nacimiento o extinción de un derecho, en una sanción disciplinaria, etc., etc. Ahora bien, la aproximación entre la especie punitiva, tema del capítulo subsiguiente, y la pena es innegable, muy en especial cuando la pena se fija en una suma de dinero(101)(1077). Han declarado nuestros tribunales: "Si la cláusula penal fue estipulada en miras a asegurar el cumplimiento de obligaciones cuyo objeto consistía en la dación de sumas de dinero, la pena aparece como sustitutiva de los intereses moratorios, debidos como consecuencia de la mora en que incurriera el deudor"(102)(1078). Y partiendo de esta analogía se concluye: "No puede acumularse pena moratoria e intereses moratorios, en razón de que la multa entra en lugar de éstos y la acumulación resulta improcedente como corolario del principio de inmutabilidad"(103)(1079).

10. REVISIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

Es este el tema que más preocupa a la jurisprudencia, en razón de la cantidad de acciones originadas en cláusulas penales usurarias, cuyo contenido encierra una sanción exorbitante, de iniquidad manifiesta, en la cual aparece claro que no se ha buscado "asegurar" o "reforzar" la obligación principal, sino aprovechar de la situación del deudor.

A) Derecho comparado

En el derecho comparado se observan tres sistemas: a) Los Códigos que consagran la inmutabilidad de la cláusula penal y, en consecuencia, prohíben al juez la moderación de la misma. Así el Cód. Civil francés, art. 1230. Era la solución de nuestro Código, implícita en el art. 656. Se fundamenta en la autonomía de las convenciones y en la fuerza vinculatoria de las mismas. Además en la seguridad jurídica. Para las hipótesis de cláusulas inmorales o contrarias al orden público, el remedio, se afirma, es la nulidad; la reducción, se sostiene, "funciona como fuente de innumerables pleitos engorrosos"(104)(1080). En rigor, pensamos nosotros, es el temor al arbitrio judicial; no se quiere acordar a los jueces la posibilidad de revisar la cláusula para reducirla a la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

equidad; de ahí que se prefiere el remedio drástico, la nulidad. Pensamos que la nulidad no es o no debe ser la única salida; que en numerosas hipótesis el juzgador se inclinará por la moderación, si la ley le acuerda la posibilidad, pero se negará a declarar la invalidez. De donde, la sanción mayor, como remedio único coadyuvará al mantenimiento de cláusulas inicuas. Este sistema ha sido criticado, calificándose de "excesivamente lógico e individualista"(105)(1081).

b) Los Códigos que guardan silencio sobre el tema; así el español, que sólo se ocupa de la moderación en caso de cumplimiento parcial, art. 1154.

c) Los Códigos que en seguimiento del alemán, admiten la mutabilidad de las penas, art. 343. El B.G.B. admite tanto la reductibilidad de las penas excesivas, como la posibilidad de aumentar las penas que sean inferiores a los reales perjuicios sufridos por el acreedor. Dice el art. 343: "Si una pena en que se ha incurrido es extraordinariamente alta, puede ser reducida por sentencia a una suma adecuada, a petición del deudor. En el juicio de adecuación ha de tomarse en consideración todo interés legítimo del acreedor, no sólo el interés patrimonial. Después del pago de la pena, la reducción está excluida". Y el art. 340, en su última parte, dispone: "Si corresponde al acreedor una pretensión de indemnización de daños a causa del no cumplimiento, puede exigir la pena en que se ha incurrido como importe mínimo del daño. No está excluido el hacer valer un daño mayor". En seguimiento de este Código, aunque limitando la mutabilidad al caso de pena excesiva, se han pronunciado los Códigos Federal Suizo de las Obligaciones, art. 163; italiano, art. 1384, última parte(106)(1082); portugués, art. 812(107)(1083); boliviano, art. 535(108)(1084); etc.

d) Los Códigos que expresan para la cláusula penal un determinado valor o cuantía; así el Código de México, art. 1843(109)(1085), el Anteproyecto del Brasil, art. 408 y el Código de Chile.

B) La reforma de 1968

Pese a la solución legal, los tribunales "declararon que cuando ella excedía los límites de lo razonable o era manifiestamente abusiva, podía ser prudentemente reducida por los jueces"(110)(1086).

El agregado al artículo 656 expresa: "Los jueces podrán, sin embargo, reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor".

C) Reajuste de excepción

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La regla, luego de la reforma, sigue siendo la inmutabilidad de la cláusula; no se ha perdido de vista que las partes quieren con la incorporación de la pena, una sanción a la vez que un medio compulsivo, ágil y eficaz, que les evite el incumplimiento y las consecuencias en orden a la estimación de los daños(111)(1087).

D) Petición de parte

Nos parece indudable, pese a los pronunciamientos en sentido contrario(111bis)(1088), que el juez no puede proceder a la reducción sin un pedido de parte interesada, de la víctima(112)(1089). Es su interés el que está en juego.

E) Irrenunciabilidad anticipada

No obstante ello, interés particular, estando de por medio un orden público de protección, es inadmisibles la renuncia por anticipado, expresada por lo común en el mismo contrato que incorpora la cláusula, a la alegación del "monto desproporcionado".

F) El valor de la pena y el de la prestación

Hemos anticipado nuestra discrepancia con los Códigos - como el de México y Anteproyecto del Brasil - y con la corriente doctrinaria que parten de la consideración de la pena, en su cuantía, como equivalente de la prestación principal. La pena, para ser tal, para reforzar o constreñir, debe superar de manera notoria el valor de la obligación garantizada. Esta idea debe iluminar al juez en su tarea de revisión.

G) ¿Nulidad o reajuste?

Pensamos que los jueces pueden resolver, al igual que en los supuestos de lesión, art. 954, "la nulidad o la modificación" de la cláusula excesiva y aprovechadora. Puede interpretarse que la "reducción" no es sino una "nulidad parcial"; en numerosas hipótesis la índole o naturaleza de la "pena" no admitirá reducción - adecuada para las penas dinerarias - y con base en esa "indivisibilidad" el juez decidirá la nulidad total(113)(1090).

H) Elementos: objetivo y subjetivo

Aparece muy claro en el texto incorporado la presencia de dos elementos: a) el objetivo, constituido por el "monto desproporcionado" de la pena; y, b) el subjetivo, configurado por el "abusivo aprovechamiento".

I) Monto desproporcionado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Vimos ya que no puede hablarse de monto desproporcionado partiendo de la comparación con la prestación principal. El parangón debe efectuarse, como lo indica la norma, con todas "las circunstancias del caso", entre las cuales ubicamos el "valor de la prestación" y todo "interés del acreedor en el cumplimiento", constituya o no un derecho subjetivo, siempre que sea legítimo(113bis)(1091).

J) Abusivo aprovechamiento

Este elemento nos parece, en razón de la naturaleza compulsiva de la cláusula, de suma importancia; se adecua, además, al sentido de protección que inspira el nuevo derecho. El acreedor puede abusar de la "necesidad, ligereza e inexperiencia" del deudor, al incorporar tamaña cláusula, o bien de otras limitaciones propias de su "situación". Este aspecto subjetivo aproxima la cláusula penal a la lesión subjetiva - objetiva del art. 954. Y como respecto de aquélla, pensamos que la enumeración de los estados del deudor no es limitativa(114)(1092).

K) Pena voluntariamente satisfecha

Estamos de acuerdo que si la pena fue pagada por el deudor, sin vicios - error, violencia moral o física, etc. - no podrá luego ser objeto de reducción. Empero cabe estar prevenido frente a una política de "hechos consumados", cuando media en la ejecución el mismo aprovechamiento abusivo que dio origen a la inclusión de la cláusula.

L) Prueba

Rigen los principios que para la prueba impone el art. 954; vale decir que si bien el deudor deberá demostrar "desproporción" y "aprovechamiento", se presume que existe la explotación del deudor por el acreedor, salvo prueba en contrario, "en caso de notable desproporción" de la pena con relación a la prestación y demás circunstancias.

M) Decisión de equidad

El juez no "deberá" reducir la pena cuando el supuesto se ajuste a la previsión de la norma - criterio silogístico -, sino que "podrá" o no hacerlo, cuando a su sano juicio, sobre la base de la pauta que emerge del "logos de lo razonable", tal medida aparezca como equitativa. No se trata de una solución "genérica y abstracta" dispuesta por el legislador todopoderoso; sino de una para el caso particularizado, atendiendo a sus peculiares circunstancias, en el deseo de lograr una "dichosa corrección de la justicia". La decisión de equidad(115)(1093).

11. LA CLÁUSULA PENAL Y LA INFLACIÓN

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En rigor debemos distinguir entre los hechos que producen una excesiva onerosidad sobreviniente, hechos extraordinarios e imprevisibles, art. 1198, 2ª parte, sea que vuelvan la pena demasiado onerosa, sea que la vuelvan mínima y, por tanto, le quitan toda razón o sentido, y, por otra parte, el complejo económico - financiero denominado inflación que al quitar poder adquisitivo a la moneda, valor de cambio, vuelve irrisoria una pena dineraria. La cláusula penal debe reajustarse, a pedido de parte, cuando hechos imprevisibles, se trate o no de la inflación (ejemplo de inflación imprevisible es la desencadenada por el "rodrigazo"), vienen a alterar la relación entre "prestación" y "pena"(116)(1094).

Es aconsejable, empero, que las partes incorporen cláusulas de estabilización o garantía destinadas a mantener a la pena automática y permanentemente reajustada. De este modo, a la vez que asegurar su función compulsiva - y también la eventual función reparadora - se evitan las dificultades propias del reajuste por "excesiva onerosidad sobreviniente"(117)(1095).