KEMELMAJER DE CARLUCCI

# LA CLÁUSULA PENAL

SU RÉGIMEN JURÍDICO EN EL DERECHO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL, ADMINISTRATIVO, TRIBUTARIO, INTERNACIONAL Y PROCESAL

Depalma

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

# LA CLÁUSULA PENAL

SU RÉGIMEN JURÍDICO EN EL DERECHO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL, ADMINISTRATIVO, TRIBUTARIO, INTERNACIONAL Y PROCESAL

EDICIONES Depalma BUENOS AIRES
1981

Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Mendoza, aprobada con calificación "sobresaliente", recomendación de publicación y Premio "Facultad", por el tribunal académico integrado por los doctores Guillermo Borda, Héctor Corvalán Lima, Abel F. Boulin Zapata, Francisco Madrazo y José Luis Pérez Lasala.

©

EDICIONES Depalma BUENOS AIRES

Talcahuano 494

*Hecho el depósito de ley. Derechos reservados. Impreso en la Argentina.*

*Dedico esta obra a Nedo, mi esposo, que me infundió la fe y la esperanza necesarias para su realización.*

# PRÓLOGO

*Parece extraño que en nuestros días, vista la profunda modificación que el derecho privado sufre en virtud de los radicales cambios económicos, se destinen esfuerzos intelectuales a estudiar la cláusula penal. En apariencia se trata de una labor estéril, en tanto y en cuanto es un instituto suficientemente regulado por la legislación positiva, que no ha sufrido grandes trasformaciones y cuyos principios vienen repitiéndose desde antiguo.*

*Sin embargo, a poco que se ahonde en el tema se advertirá que él es complejo y de enorme actualidad. Cuando las relaciones jurídicas no son de ejecución inmediata, surge para los celebrantes un período de interinidad e incertidumbre que las partes tratan de cubrir mediante el establecimiento de garantías. Hoy, en que el hombre desafortunadamente ha debilitado el valor de la palabra empeñada, estos modos de garantía se han multiplicado por doquier. Existe entre los contratantes una manifiesta desconfianza, lo que motiva que rara vez no aparezcan cláusulas asegurativas estipuladas en las convenciones.*

*Una serie de monografías publicadas sobre el tema en el trascurso de los últimos quinquenios en países europeos y americanos, nos convencieron de la gran importancia práctica y teórica de la cuestión y cómo, principios que hasta entonces se mostraron inconmovibles, son modernamente ata-*

*cados haciendo tambalear sus estructuras. Hemos aceptado el desafío propuesto por la doctrina española contemporánea, y por ello nos hemos atrevido a dar a publicidad el resultado de nuestras investigaciones sobre la materia.*

LA AUTORA.

# ÍNDICE

PRÓLOGO ..... IX

PARTE PRIMERA

RÉGIMEN GENERAL DE LA CLÁUSULA PENAL

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES

§ 1. Concepto y funciones ..... 3
§ 2. Función compulsiva y aflictiva ..... 3
§ 3. Función indemnizatoria ..... 5
§ 4. Función ambivalente ..... 7
§ 5. Pautas de las que surge la función compulsoria ..... 8
§ 6. Pautas de las cuales surge la función indemnizatoria ..... 9
§ 7. Conclusiones sobre el punto ..... 10
§ 8. ¿Cumple también una función satisfactiva? .. 12
§ 9. Función de simplificación probatoria ..... 13
§ 10. ¿Tiene una función resolutoria? ..... 13
§ 11. La definición legal ..... 13
§ 12. Críticas a la definición legal ..... 14
§ 13. Aciertos de la definición legal ..... 17
§ 14. La definición propuesta ..... 17
§ 15. Fundamento de la aceptación de la cláusula penal por el ordenamiento positivo ..... 18
§ 16. Oportunidad en la cual puede pactarse ..... 18

§ 17. Normas generales de interpretación ..... 20
§ 18. Consecuencias del principio de interpretación restrictiva ..... 22
§ 19. Método del Código Civil argentino ..... 24

## CAPÍTULO II

## ELEMENTOS: LA CLÁUSULA PENAL COMO NEGOCIO JURÍDICO

§ 20. Generalidades ..... 27
§ 21. Los sujetos (capacidad) ..... 28
§ 22. Cláusulas pactadas por mandatarios ..... 29
§ 23. Obligados al pago ..... 31
§ 24. Beneficiarios ..... 33
§ 25. La expresión de la voluntad ..... 34
§ 26. El objeto ..... 35
§ 27. La licitud ..... 36
§ 28. ¿Debe ser diferente del objeto de la principal? 37
§ 29. Contenido del objeto ..... 38
§ 30. Cláusulas que tienen por objeto dar ..... 38
§ 31. Cláusulas que tienen por objeto prestaciones de hacer ..... 39
§ 32. Cláusulas que tienen por objeto prestaciones de no hacer ..... 40
§ 33. La estipulación que consiste en la pérdida de plazos acordados no es una cláusula penal .. 41
§ 34. La estipulación que consiste en la pérdida de derechos o en amonestaciones al deudor no es una cláusula penal ..... 42
§ 35. Variantes que puede presentar ..... 44
§ 36. Fuente ..... 44
§ 37. Actos jurídicos unilaterales ..... 45
§ 38. La gestión de negocios no puede ser fuente de una cláusula penal ..... 46
§ 39. La cláusula penal en el pago indebido ..... 47
§ 40. La cláusula penal en las obligaciones originadas en actos ilícitos ..... 47

§ 41. La ley ..... 49
§ 42. La sentencia judicial ..... 50
§ 43. La causa final ..... 51
§ 44. La forma ..... 52
§ 45. Los elementos accidentales ..... 56

## CAPÍTULO III

## CARACTERES

§ 46. Es accesoria ..... 59
§ 47. Validez y nulidad de la obligación principal .. 63
§ 48. Excepciones presuntas y reales al principio expuesto ..... 65
§ 49. Deudor que al momento de la concertación conocía la causal de invalidez .... 65
§ 50. Cláusulas penales estipuladas en contratos en los que se venden cosas ajenas o inexistentes ..... 66
§ 51. Estipulaciones en favor de terceros ... 69
§ 52. Contratos de prestaciones por terceros 71
§ 53. Los casos de culpa *in contrahendo* .... 73
§ 54. Supuestos de contratos que no llegan a perfeccionarse ..... 75
§ 55. Obligación principal nula por falta de capacidad del deudor ..... 77
§ 56. Incidencia de la validez y nulidad de la cláusula penal sobre la principal ..... 77
§ 57. Inexigibilidad de la obligación principal .... 78
§ 58. No juridicidad de la obligación principal .... 80
§ 59. Modalidades de la obligación principal ..... 82
§ 60. Cesión del crédito principal ..... 82
§ 61. Extinción de la principal ..... 83
§ 62. Garantías de la principal ..... 83
§ 63. Es condicional ..... 84
§ 64. Es preventiva ..... 86
§ 65. Es subsidiaria ..... 86

§ 66. Es de *inmutabilidad relativa* ..... 86
§ 67. I) Ejecución parcial o irregular de la obligación principal ..... 90
§ 68. Cumplimiento parcial o defectuoso .. 93
§ 69. Utilidad para el acreedor ..... 93
§ 70. Aceptación del acreedor ..... 94
§ 71. Tipo de cláusula penal ..... 96
§ 72. La época en que debe producirse el cumplimiento parcial ..... 98
§ 73. Falta de pacto expreso en contrario .. 98
§ 74. *Calidad del deudor incumpliente* .... 99
§ 75. Petición de parte ..... 100
§ 76. ¿Facultad o deber? ..... 101
§ 77. Pautas para la reducción ..... 102
§ 78. II) Cláusulas penales excesivas ..... 105
§ 79. El principio rector ..... 108
§ 80. Pautas para la determinación del exceso 110
§ 81. a) La gravedad de la "falta" sancionada ..... 110
§ 82. b) El valor de las prestaciones 112
§ 83. c) La naturaleza y origen de las prestaciones a las cuales accede ..... 117
§ 84. d) El abusivo aprovechamiento de la situación del deudor . 119
§ 85. e) La equidad ..... 122
§ 86. Naturaleza jurídica de la sanción legal 122
§ 87. a) No se trata de una nulidad parcial (art. 1039) ..... 124
§ 88. b) Tampoco es un caso de "conversión" del acto nulo .... 124
§ 89. c) También descartamos la categoría de nulidades efectuales ..... 125
§ 90. d) Tampoco es un caso de rescisión ..... 126
§ 91. e) *Conclusión* ..... 126
§ 92. Caracteres de la acción de modificación 127
§ 93. a) Requiere siempre petición de parte ..... 127
§ 94. b) Oportunidad de defensa ... 129

§ 95. c) Carga de la prueba ..... 130
§ 96. d) Carácter de la sentencia que ordena la modificación .... 130
§ 97. e) Vía por la cual puede ejercerse ..... 130
§ 98. f) Oportunidad en la cual puede plantearse ..... 130
§ 99. g) Renunciabilidad ..... 130
§ 100. h) Prescripción ..... 132
§ 101. A quién beneficia el pedido de reducción en las obligaciones con pluralidad de sujetos ..... 134
§ 102. Valoración crítica sobre la reforma .. 135
§ 103. III) Cláusulas penales insuficientes ..... 137
§ 104. El incumplimiento doloso ..... 140
§ 105. Las cláusulas penales ínfimas o irrisorias ..... 144
§ 106. a) Cláusulas penales inicialmente ínfimas ..... 145
§ 107. b) La incidencia de la depreciación monetaria ..... 146
§ 108. Los pactos contrarios a la inmutabilidad 156
§ 109. ¿Es aleatoria? ..... 157

## CAPÍTULO IV

## CLASIFICACIÓN

§ 110. Advertencia inicial ..... 161
§ 111. Importancia de la clasificación ..... 163
§ 112. Pautas para la determinación ..... 164
§ 113. Diversos contenidos de las cláusulas penales ..... 167
§ 114. Pena estipulada en previsión de un "perjuicio" determinado o de todos los daños producidos . 167
§ 115. Pena estipulada en previsión de un "resultado" determinado ..... 170
§ 116. Pena estipulada en previsión de una "conducta" determinada ..... 171

§ 117. Pena estipulada en previsión del incumplimiento de "una obligación" o de la ejecución "global" de todas las prestaciones contenidas en la principal ..... 173

## CAPÍTULO V

## REQUISITOS PARA LA EXIGIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

§ 118. Incumplimiento total o cumplimiento parcial, defectuoso, fuera de tiempo o lugar ..... 175

§ 119. Imputabilidad ..... 176

§ 120. Incumplimiento debido a caso fortuito .... 177

§ 121. Fuente del art. 654 del C. Civil argentino ..... 177

§ 122. Su interpretación doctrinal y jurisprudencial ..... 179

§ 123. Fundamentos, respuestas y réplicas a la tesis mayoritaria ..... 182

§ 124. Posibles soluciones de armonización que descartamos ..... 183

§ 125. Nuestra posición ..... 189

§ 126. Incumplimiento producido por un hecho imprevisible que tornó excesivamente oneroso el cumplimiento de la principal ..... 191

§ 127. Incumplimiento producido por hechos imprevisibles cuando existe mora del deudor o pacto de garantía ..... 192

§ 128. Incumplimiento debido a culpa del acreedor 192

§ 129. Incumplimiento de la obligación asegurada debido a culpa de ambos ..... 194

§ 130. Incumplimiento de las obligaciones a cargo del acreedor ..... 195

§ 131. Constitución en mora ..... 196

§ 132. Antecedentes históricos ..... 196

§ 133. Doctrina nacional anterior a la ley 17.711 ..... 197

§ 134. Nuestra propuesta ..... 199

§ 135. a) Obligación principal con plazo esencial ..... 200
§ 136. b) Obligación principal sometida a plazo cierto ..... 201
§ 137. c) Obligación principal sometida a plazo incierto ..... 205
§ 138. d) Obligación principal sometida a plazo tácito ..... 206
§ 139. e) Obligación principal pura y simple ..... 206
§ 140. f) Obligación principal sometida a plazo indeterminado .. 209
§ 141. Validez de los pactos que eximen de la carga de interpelar ..... 209
§ 142. El problema en las obligaciones negativas .. 209
§ 143. El daño causado ..... 213

## CAPÍTULO VI

## EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL

### Parte primera – *Efectos en general*

§ 144. Derechos del acreedor ..... 215
§ 145. 1) A exigir el cumplimiento de la obligación principal ..... 215
§ 146. El pacto expreso en contrario ..... 217
§ 147. El derecho a exigir la principal en las obligaciones de hacer ..... 219
§ 148. El cúmulo en la cláusula penal moratoria ..... 220
§ 149. La opción y el cúmulo en la compensatoria ..... 220
§ 150. Fundamento de la regla de la no acumulación ..... 221
§ 151. Defensas procedentes cuando el acreedor reclama ambas prestaciones ..... 222
§ 152. Excepciones a la prohibición de acumular ..... 224
a) El pacto en contrario ..... 224

b) Cláusulas que acceden a convenciones transaccionales 226
§ 153. Oportunidad en que debe formularse la opción ..... 228
§ 154. Revocabilidad o irrevocabilidad de la opción ..... 229
§ 155. 2) A exigir el cumplimiento de la pena ..... 230
§ 156. Acumulación de cláusulas penales moratorias y compensatorias ..... 231
§ 157. Acumulación de pena y daños y perjuicios ..... 231
§ 158. Acumulación de pena e intereses ..... 234
§ 159. Pena e intereses moratorios no convenidos ..... 234
§ 160. Pena e intereses moratorios convenidos o punitorios ..... 235
§ 161. Pena e intereses lucrativos o compensatorios o retributivos .. 236
§ 162. Pena e intereses sancionatorios 236
§ 163. Acumulación de pena y *astreintes* .. 237
§ 164. Si la cláusula penal (o las *astreintes* impuestas) devengan intereses ..... 240
§ 165. Cláusula penal y depreciación monetaria ..... 246
§ 166. 3) A resolver el contrato ..... 253
§ 167. La estipulación de una cláusula penal no priva del derecho a resolver ..... 253
§ 168. La cláusula penal, ¿supone un pacto resolutorio? ..... 254
§ 169. Cómo deben liquidarse los daños y perjuicios cuando se produce la resolución del contrato si éste contiene una cláusula penal ..... 256
§ 170. Cómo deben liquidarse los daños y perjuicios cuando la cláusula penal se ha pactado para el supuesto de resolución y se solicita el cumplimiento ..... 264
§ 171. Derechos del deudor ..... 265
§ 172. Las obligaciones correlativas ..... 266

Parte segunda – *Sujetos plurales*

§ 173. Introducción ..... 266
§ 174. Metodología ..... 267
§ 175. 1) Pluralidad de deudores ..... 267
§ 176. Prestación principal y pena divisible .. 267
§ 177. Prestación principal indivisible y pena divisible ..... 268
§ 178. Prestación principal divisible y pena indivisible ..... 272
§ 179. Prestación principal divisible y pena solidaria ..... 275
§ 180. Prestación principal y pena indivisible 276
§ 181. Prestación principal indivisible y pena solidaria ..... 277
§ 182. Prestación principal solidaria y pena divisible ..... 278
§ 183. Prestación principal solidaria y pena indivisible ..... 278
§ 184. Prestación y pena solidaria ..... 279
§ 185. 2) Pluralidad de acreedores ..... 279
§ 186. Obligación principal y pena divisible 279
§ 187. Prestación principal indivisible y pena divisible ..... 280
§ 188. Prestación principal divisible y pena indivisible o solidaria ..... 281
§ 189. Prestación principal indivisible o solidaria y pena indivisible o solidaria .... 283
§ 190. Prestación principal solidaria y pena divisible ..... 283
§ 191. 3) Pluralidad de deudores y de acreedores .. 284
§ 192. Obligación principal y pena divisible . 284
§ 193. Obligación principal indivisible y pena divisible ..... 285
§ 194. Prestación principal divisible y pena indivisible o solidaria ..... 285
§ 195. Prestación indivisible y pena solidaria 286
§ 196. Obligación solidaria y pena divisible . 286
§ 197. Reducción de la cláusula penal en los supuestos de obligaciones con sujetos múltiples ..... 286

## CAPÍTULO VII

## EXTINCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

§ 198. Acepción de la palabra "extinción" ..... 287

§ 199. Principio general ..... 287

§ 200. Extinción de la cláusula penal por vía de consecuencia 288

§ 201. Pago ..... 289

§ 202. Pago por consignación ..... 293

§ 203. Pago por subrogación ..... 295

§ 204. La imputación del pago ..... 295

§ 205. Dación en pago ..... 298

§ 206. Novación ..... 299

§ 207. Compensación ..... 300

§ 208. Transacción ..... 301

§ 209. Confusión ..... 302

§ 210. Renuncia y remisión ..... 303

§ 211. Imposibilidad del pago ..... 304

§ 212. Mutuo disenso o rescisión del convenio principal 304

§ 213. Cumplimiento de la condición resolutoria .... 305

§ 214. Cumplimiento del plazo resolutorio ..... 306

§ 215. Prescripción ..... 307

§ 216. Extinción de la cláusula penal por vía principal .... 307

§ 217. Renuncia ..... 308

§ 218. a) Prórroga otorgada por el acreedor para el cumplimiento de la principal 309

§ 219. b) Cumplimiento de la principal sin reserva del accesorio ..... 310

§ 220. c) Actitud pasiva del acreedor ..... 310

§ 221. Prescripción ..... 312

§ 222. Imposibilidad del pago ..... 316

§ 223. Compensación ..... 318

§ 224. Muerte del deudor ..... 319

## CAPÍTULO VIII

## DIFERENCIA ENTRE LA CLÁUSULA PENAL Y OTRAS FIGURAS SEMEJANTES

§ 225. Diferencia con las obligaciones alternativas ..... 321
§ 226. Diferencia con las obligaciones facultativas ..... 324
§ 227. Diferencia con las obligaciones condicionales ..... 326
§ 228. Diferencia con la fianza ..... 329
§ 229. Diferencia con el seguro ..... 330
§ 230. Diferencia con la prenda ..... 331
§ 231. Diferencias con las cláusulas limitativas de responsabilidad ..... 334
§ 232. Diferencias con la indemnización ordinaria de daños y perjuicios fijados judicialmente ..... 339
§ 233. Diferencia con las sanciones conminatorias o *astreintes* 341
§ 234. Diferencia con las multas previstas en los compromisos arbitrales ..... 343
§ 235. 1) A quién corresponde la fijación de la multa 346
§ 236. 2) La necesidad de la multa arbitral y la accidentalidad de la cláusula penal ..... 346
§ 237. 3) El carácter compulsorio ..... 348
§ 238. 4) La finalidad indemnizatoria ..... 348
§ 239. 5) La no reducción de las multas exorbitantes 350
§ 240. 6) La acumulación de la multa a la prestación principal ..... 350
§ 241. Cláusula penal e intereses sancionatorios ..... 351
§ 242. Cláusula penal moratoria e intereses moratorios o punitorios establecidos convencionalmente ..... 353
§ 243. Diferencia con la señal o arras y con el pacto de displicencia o multa de arrepentimiento ..... 356
§ 244. 1) Por la conducta prevista ..... 358
§ 245. 2) Por los sujetos que pueden invocarla .... 360
§ 246. 3) Por el objeto ..... 361
§ 247. 4) Por la oportunidad en que operan ..... 361

§ 248. 5) Por las funciones que cumplen ..... 361
§ 249. 6) Por los derechos y obligaciones conferidos 362
§ 250. Diferencia con la seña confirmatoria ..... 364
§ 251. Diferencia con la indemnización prevista para el supuesto de sobreseimiento del juicio ejecutivo ..... 365
§ 252. Diferencias con las cláusulas de estabilización ..... 366

## PARTE SEGUNDA

# LA CLÁUSULA PENAL EN LAS RELACIONES JURÍDICAS PARTICULARES

### CAPÍTULO I

## LA CLÁUSULA PENAL ANTE LAS RELACIONES JURÍDICAS CIVILES

I. El derecho de las obligaciones ..... 373
§ 253. 1) La cláusula penal en las convenciones extintivas. Transacciones ..... 373
§ 254. Reducción de las penas excesivas .... 373
§ 255. Reducción o aumento de las penas en los supuestos de onerosidad sobreviniente ..... 375
§ 256. 2) La cláusula penal que asegura el cumplimiento de las rentas indemnizatorias ..... 377
II. El derecho de los contratos ..... 378
§ 257. 1) La cláusula penal en la compraventa .... 378
§ 258. 2) La cláusula penal en la cesión de créditos y en la permuta ..... 379
§ 259. 3) La cláusula penal en las relaciones locativas 380
§ 260. La constitución en mora ..... 380
§ 261. Las cláusulas que establecen indemnizaciones sobre la base de porcentuales sobre los alquileres ..... 383
§ 262. Pautas para la reducción ..... 386

§ 263. ¿Pueden acumularse alquileres y cláusulas penales? ..... 386
§ 264. Las cláusulas penales pactadas en los contratos de locación prorrogados por las leyes de emergencia ..... 387
§ 265. a) La inaplicabilidad de la cláusula penal ..... 388
§ 266. b) La cláusula penal en los casos en que el inquilino tenía derecho a permanecer en el inmueble peticionando la fijación de un nuevo canon . 389
§ 267. c) La validez de las penas estipuladas para el incumplimiento de otras obligaciones que no son las de restituír el inmueble ..... 390
§ 268. d) Monto a depositar para enervar la acción de desalojo por falta de pago ..... 390
§ 269. Las cláusulas penales pactadas en los subarriendos ..... 391
§ 270. Preferencia legal para el cobro de la cláusula penal ..... 392
§ 271. 4) La cláusula penal en las donaciones ..... 392
§ 272. 5) La cláusula penal en los contratos aleatorios; en el depósito y en el comodato .... 393
§ 273. 6) La cláusula penal en el mutuo ..... 393
III. Los derechos reales ..... 394
§ 274. 1) La cláusula penal en el pago de las expensas comunes derivadas del régimen de la propiedad horizontal ..... 394
§ 275. 2) La cláusula penal en los actos jurídicos que formalizan garantías hipotecarias ..... 396
§ 276. a) Intereses moratorios y cláusulas pactadas para los casos de ejecución judicial ..... 396
§ 277. b) Cláusulas que tienden al aseguramiento de una renta fija ..... 397

§ 278. c) Un requisito específico: la estimación en dinero ..... 399
§ 279. d) Los techos o topes monetarios en las hipotecas y las cláusulas penales . 399
§ 280. e) La preferencia para el cobro ..... 400
§ 281. 3) Las cláusulas penales en los actos jurídicos constitutivos de usufructo, uso, habitación y servidumbre. Penas que acceden a obligaciones *propter rem* ..... 400

IV. La cláusula penal en las obligaciones derivadas del derecho de familia ..... 405
§ 282. 1) Esponsales ..... 405
§ 283. 2) La cláusula penal en las convenciones prematrimoniales ..... 408
§ 284. 3) La cláusula penal en los convenios de liquidación de la sociedad conyugal ..... 409
§ 285. Las cláusulas penales son deudas personales o propias, y no comunes de los cónyuges ..... 410

§ 286. V. La cláusula penal ante el derecho sucesorio testamentario ..... 412

§ 287. VI. La cláusula penal ante la obra cinematográfica .. 417

## CAPÍTULO II

## LA CLÁUSULA PENAL ANTE EL DERECHO MERCANTIL Y AERONÁUTICO

§ 288. Carencia de normas específicas en la teoría general de los contratos comerciales ..... 419

§ 289. La cláusula penal y el contrato de trasporte comercial: cláusulas penales y cláusulas limitativas de la responsabilidad ..... 419
§ 290. La indemnización legalmente tarifada para los casos de retardo ..... 421
§ 291. Las cláusulas penales incorporadas al contrato de trasporte ..... 423

§ 292. La cláusula penal en el contrato de mandato comercial 427

§ 293. La cláusula penal en el contrato de comisión ..... 427
§ 294. La cláusula penal en el contrato de seguros ..... 428
§ 295. La cláusula penal en los contratos de mutuo, depósito, compraventa mercantil y cuenta corriente ..... 429
§ 296. La cláusula penal en las nuevas formas de contratación y en especial en el derecho financiero ..... 430
§ 297. I) *Leasing* ..... 431
§ 298. II) *Factoring* ..... 435
§ 299. III) Otras formas de contratación bancaria .. 436
§ 300. IV) Contratos de trasmisión de tecnología .. 436
§ 301. La cláusula penal en algunos títulos circulatorios .... 437
§ 302. I) La cláusula penal en el cheque ..... 437
§ 303. II) La cláusula penal en las letras de cambio, vales y pagarés ..... 438
§ 304. La cláusula penal en la Ley de Sociedades ..... 443
§ 305. Principios generales ..... 443
§ 306. Las cláusulas accesorias a la obligación de integrar los aportes ..... 443
§ 307. Las indemnizaciones tarifadas en favor del accionista perjudicado por la privación del derecho de suscripción preferente ..... 445
§ 308. Las cláusulas penales en las sociedades irregulares ..... 446
§ 309. Las sanciones previstas en el art. 302 de la ley 19.550 ..... 449
§ 310. Las cláusulas penales pactadas en los actos jurídicos que formalizan garantías prendarias sometidas al régimen de la ley 12.962 ..... 449
§ 311. Posibilidades de su concertación ..... 449
§ 312. Extensión del privilegio ..... 450
§ 313. Pautas para la reducción ..... 451
§ 314. La cláusula penal en la Ley de Navegación 20.094 . 451
§ 315. La posibilidad de pactar cláusulas penales .. 451
§ 316. Especial referencia a la limitación de responsabilidad del armador ..... 452
§ 317. La indemnización tarifada del locador del buque ..... 453

§ 318. La cláusula penal ante el derecho aeronáutico. Breves nociones ..... 454
§ 319. El contrato de construcción de aeronaves .... 454
§ 320. Los contratos de utilización de aeronaves .... 455
§ 321. El contrato de trasporte ..... 455

## CAPÍTULO III

## LA CLÁUSULA PENAL EN EL DERECHO CONCURSAL

§ 322. El incumplimiento de una cláusula penal como hecho revelador de la cesación de pagos ..... 457
§ 323. La necesidad de depositar las cláusulas penales para la procedencia del levantamiento sin trámite ..... 458
§ 324. El depósito en pago o en calidad de embargo "antes" de la declaración de la quiebra ..... 459
§ 325. Algunas sanciones civiles impuestas por la Ley de Concursos. Sus diferencias con las cláusulas penales ..... 460
§ 326. 1) La multa prevista para los acreedores que ejecutan en remate no judicial ..... 460
§ 327. 2) Las sanciones previstas a los cómplices del fallido ..... 461
§ 328. La suspensión del curso de las penas moratorias ante la presentación en concurso preventivo o la declaración de la quiebra o concurso civil .. 461
§ 329. Las penas "compensatorias" y la presentación en concurso preventivo o la declaración de la quiebra o concurso civil ..... 465
§ 330. 1) Incumplimiento producido "antes" de la presentación en concurso preventivo o declaración de la quiebra o concurso civil ..... 466
§ 331. 2) Deudor no moroso al momento de la presentación del concurso preventivo o de la declaración de la quiebra .. 466
§ 332. 3) Las penas compensatorias y la resolución del contrato en la quiebra .. 467

§ 333. Conversión de las penas que no tienen por objeto dar sumas de dinero ..... 469
§ 334. Las cláusulas penales constituídas por terceros y el concurso del deudor ..... 470

CAPÍTULO IV

LAS CLÁUSULAS PENALES EN EL CONTRATO DE TRABAJO

§ 335. La posibilidad de pactar cláusulas penales en los contratos de trabajo ..... 473
§ 336. 1) Cláusulas que prevén el incumplimiento de prestaciones a cargo de la patronal ..... 473
§ 337. 2) Cláusulas que prevén el incumplimiento de prestaciones a cargo del trabajador ..... 474
§ 338. La naturaleza jurídica del poder disciplinario de la patronal ..... 476
§ 339. Naturaleza jurídica de las indemnizaciones tarifadas legalmente ..... 481
§ 340. La sanción impuesta por la ley que regula el trabajo del personal de la industria de la construcción ..... 481

CAPÍTULO V

LA CLÁUSULA PENAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

§ 341. Algunas nociones previas sobre la contratación pública ..... 485
§ 342. La cláusula penal en las relaciones jurídico-administrativas ..... 486
§ 343. Sistemas de garantías jurídicas: contratación pública y privada ..... 487
§ 344. La cláusula penal en la contratación administrativa ..... 488

§ 345. Diferencias entre las "penas contractuales" civiles y administrativas ..... 489
§ 346. Creación extracontractual de sanciones administrativas ..... 492
§ 347. Multas y cláusula penal ..... 493
§ 348. Garantías y cláusula penal ..... 494
§ 349. Garantía provisional o precontractual: naturaleza y régimen jurídico ..... 495
§ 350. Garantía definitiva o contractual: naturaleza y y régimen jurídico ..... 497
§ 351. 1) ¿Es una prenda? ..... 497
§ 352. 2) ¿Es un depósito? ..... 499
§ 353. 3) ¿Es una convención innominada? . 501
§ 354. Garantía definitiva y cláusula penal. Diferencias 502
§ 355. a) Daños mínimos y superiores ..... 503
§ 356. b) Pacto expreso de liberación ..... 504
§ 357. c) Preferencias y privilegios ..... 504
§ 358. d) Presupuestos de exigibilidad. Caso fortuito y mora ..... 504
§ 359. Garantía y cláusula penal. Similitudes ..... 506
§ 360. Conclusiones ..... 506

## CAPÍTULO VI

## ALGUNAS CUESTIONES TRIBUTARIAS

§ 361. Advertencia inicial ..... 509
§ 362. El impuesto a las ganancias ..... 509
§ 363. 1) Contribuyentes en general ..... 511
§ 364. 2) Contribuyente-empresa ..... 515
§ 365. Impuesto sobre los ingresos brutos ..... 520
§ 366. El principio general ..... 520
§ 367. Casos particulares ..... 521
§ 368. Impuesto de sellos ..... 521
§ 369. Cláusula estipulada en el mismo instrumento que la principal ..... 522

§ 370. Cláusula penal estipulada en instrumentos separados ..... 525

§ 371. Tasa de justicia ..... 527

§ 372. El impuesto al valor agregado ..... 529

## CAPÍTULO VII

## LA CLÁUSULA PENAL EN LOS CONTRATOS EXTRANACIONALES

§ 373. Advertencia inicial ..... 531

§ 374. Ubicación dentro de las normas que rigen los contratos ..... 531

§ 375. Dificultades del tema ..... 532

§ 376. Contenido de la terminología utilizada ..... 532

§ 377. Estudio generalizado y no particularizado .. 533

§ 378. Estudio exclusivo del "derecho" aplicable .... 534

§ 379. El punto de partida ..... 534

§ 380. El método aplicable ..... 535

§ 381. La influencia de la autonomía de la voluntad ..... 536

§ 382. Los distintos supuestos ..... 541

§ 383. Eficacia general de la cláusula ..... 543

§ 384. Objeto de la cláusula ..... 544

§ 385. El principio de la inmutabilidad de la pena .. 545

§ 386. 1) La reducción por cumplimiento parcial ..... 545

§ 387. 2) La reducción de las cláusulas excesivas ..... 546

§ 388. Requisitos para la exigibilidad ..... 547

§ 389. Efectos de la cláusula ..... 547

## CAPÍTULO VIII

## LA CLÁUSULA PENAL EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES

§ 390. Nociones previas ..... 549
§ 391. Tratado ..... 549
§ 392. Tratados-normativos o tratados-leyes (*Vereinbarung, Traité-lois, law marking treaties*) y tratados-convenciones o tratados-contratos (*Rechtsgeschafte*) .... 550
§ 393. Determinación del tema propuesto ..... 554
§ 394. Principios que los rigen ..... 555
§ 395. La viabilidad del pacto de una cláusula penal 555
§ 396. El *"pacta sunt servanda"* ..... 555
§ 397. Los medios compulsivos en general ..... 556
§ 398. La licitud del objeto pactado ..... 559

## CAPÍTULO IX

## ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES

§ 399. El modo de proponer la demanda ..... 563
§ 400. Vía procesal ..... 564
§ 401. El contenido de la sentencia ..... 571
§ 402. La competencia en razón de la cuantía ..... 573
§ 403. Competencia en razón del lugar ..... 578
§ 404. Competencia en razón de la materia ..... 579
§ 405. El procedimiento arbitral cuando se reclaman cláusulas penales pactadas en contratos de sociedades ..... 579
§ 406. Recurso de apelación ..... 582
§ 407. Apelación ordinaria ante la Corte Suprema .. 583
§ 408. El recurso de inaplicabilidad de la ley o doctrina legal en el ordenamiento procesal de la provincia de Buenos Aires ..... 585
§ 409. Improcedencia del recurso extraordinario .... 585

§ 410. Improcedencia del recurso de casación cuando se resuelve sobre la reducción de la cláusula penal ..... 586
§ 411. Monto por el cual se ordenan medidas precautorias ..... 587
§ 412. Monto sobre el cual deben regularse los honorarios ..... 588
§ 413. Pronunciamiento sobre costas ..... 589

BIBLIOGRAFÍA ..... 591

# PARTE PRIMERA

# RÉGIMEN GENERAL DE LA CLÁUSULA PENAL

## Capítulo I

# NOCIONES GENERALES

### § 1. Concepto y funciones.

Juntamente con el concepto sobre cláusula penal es imprescindible resolver la problemática en torno de las funciones que ella cumple, porque ambas nociones se hallan estrechamente vinculadas.

§ 2. *Función compulsiva y aflictiva.* — Para un sector doctrinal esta estipulación sólo cumple una función compulsiva y aflictiva.

Como pena se dirige a castigar una conducta antijurídica asegurando de esta manera el cumplimiento de la obligación. Es aflictiva porque el deudor está constreñido psicológicamente al pago de la principal: sabe que si no cumple deberá afrontar graves consecuencias patrimoniales.

Éste parece haber sido el origen del instituto en estudio, que nació en Roma bajo el nombre de *stipulatio poenae*, como una necesidad dentro de la especial estructura del sistema obligacional de la época, que otorgaba acción sólo a escasas relaciones. En nuestros tiempos, recurrir al órgano jurisdiccional para hacer cumplir una obligación de hacer o no hacer y, en su defecto, que se fijen daños y perjuicios, es cosa de todos los días. En cambio, en el antiguo derecho romano, la potestad judicial no había sido es-

tablecida como instrumento compulsivo de los ciudadanos a efecto de obligar a éstos contra su voluntad a cumplir un hecho o abstenerse de él. Por eso nació la *stipulatio poenae*, porque las obligaciones de dar sumas de dinero eran sí ejecutables [1]. Al parecer, también tuvo este carácter en el antiguo derecho germánico.

Esta tendencia punitiva pasó al derecho español, no obstante que, a diferencia de lo que ocurría en el derecho romano, los convenios tenían fuerza obligatoria por sí mismos [2]. En tal sentido son ilustrativas las definiciones proporcionadas por tradicionales cuerpos legales españoles. Por ej., la Partida 5ª, título XI, ley XXXIV, expresa que es la "pena puesta a placer de ambas partes y que los hombres suelen ponerlas a veces en las promesas que hacen con el objeto de que ellas sean más firmes y mejor guardadas". La ascendencia del antiguo derecho español recogido por el derecho de Castilla subsiste en nuestros días en la moderna doctrina hispana, la cual, pese a la gran influencia francesa, no puede desprenderse de su tradición [3].

De esta posición pueden extraerse modernas definiciones de la cláusula penal: "Pena de origen convencional por la cual se somete al sujeto pasivo a un deber jurídico, con la finalidad de reforzar o garantir el cumplimiento de dicho deber" [4].

1 J. Arias Ramos, *Derecho romano*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 8ª ed., t. II, 1960, p. 660.

2 Una amplia referencia al antiguo derecho español puede compulsarse en Jorge Peirano Facio, *La cláusula penal*, Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Montevideo, 1964, nos. 20 y ss.

3 Conf.: D. E. Espín Cánovas, *La cláusula penal en las obligaciones contractuales*, en "Rev. de Derecho Privado", Madrid, t. 30, p. 146; R. García Valles, *Cláusulas referentes a incumplimiento de contratos*, en "Rev. Jurídica de Cataluña", abril-junio 1970, nº 2, p. 289; Jesús María Lobato de Blas, *La cláusula penal en el derecho español*, Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1974, ps. 47 y ss.

4 Jorge Mosset Iturraspe, *La cláusula penal*, en "Rev. del Notariado", nº 755, Bs. As., 1977, p. 1220, y en *Medios compulsivos en derecho privado*, Ediar, Bs. As., 1978, ps. 73 y ss.

Una consecuencia de esta actitud doctrinal es la de estudiar a la cláusula penal dentro de la gran familia de los medios compulsorios o sanciones civiles [5].

Modernísima doctrina italiana ha reverdecido la finalidad compulsoria. Incluso distingue entre cláusula penal *pura* y *no pura*. La primera es la que cumple *exclusivamente* función compulsoria; en cambio, la impura o irregular tiene función ambivalente. Es decir, la cláusula penal propiamente dicha no es sino un medio compulsivo; su causa final última reside en ser un medio de conminar o constreñir al sujeto pasivo [6].

Mosset Iturraspe ha adoptado esta posición en nuestro país, indicando las consecuencias prácticas que supone su aceptación, las que serán evaluadas a lo largo de nuestro trabajo. Más allá del reconocimiento al esfuerzo intelectual que esta teoría supone, entendemos con el propio Trimarchi que el jurista está obligado al análisis de la institución *dentro de su ordenamiento positivo*. Puede o no aceptarse la terminología propuesta (cláusulas penales puras e impuras), pero de lo que sí estamos seguros es que el derecho argentino ha regulado lo que la doctrina italiana llama "cláusula penal no pura o irregular".

§ 3. *Función indemnizatoria.* — Bajo la notable influencia de la doctrina francesa se reprueba desde hace más de un siglo la función compulsoria. Como el Estado moderno

[5] Ver Martín Bofill Soler, *Ensayo de ubicación de la cláusula penal entre las sanciones civiles*, en "Boletín del Instituto de Enseñanza Práctica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Bs. As.", t. 5, 1939, p. 21.

[6] Conf.: Michel Trimarchi, *La clausola penale*, ed. Giuffrè, Milano, 1954, ps. 7 y ss.; Andrea Magazzu, voz *Clausola penale*, en *Enciclopedia del diritto*, t. VII, Giuffrè, ed. 1960, ps. 186 y ss., nota 6; Alberto Trabucchi, *Instituciones de derecho civil*, trad. por Luis Martínez Calcerrada, t. II, ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1967, nº 266. Acepta la distinción de José Aguiar Dias, *Cláusula de ñao-indenizar*, ed. Forense, Río de Janeiro, 1976, p. 127, pero insiste en su excepcionalidad; Lobato de Blas, ob. cit., ps. 33 y 122.

otorga acción a todo tipo de obligaciones, se sostiene que la cláusula penal tiene en nuestros días sólo una función de prefijación o liquidación de los daños y perjuicios. Esta posición fue formulada con claridad por Marcadé, aunque quizá nadie fue más explícito que Laurent [7]. Su desarrollo llegó a tal grado que Lacaze sostuvo que el carácter penal sólo tiene un interés puramente histórico [8]. En este sentido se ha definido a la cláusula penal como "la convención accesoria que determina de antemano los daños e intereses que el deudor deberá pagar, sea por falta de ejecución de la obligación principal, sea por el simple retardo [9]. Para esta posición, entonces, la cláusula penal está destinada exclusivamente a limitar el resarcimiento de los daños que pueden originarse en el incumplimiento de la obligación. Opera a la manera de tope convencional y anticipado de los daños, como liquidación de su cuantía. Es decir, la cláusula no sería sino un "procedimiento de liquidación" caracterizado:

*a*) por la época en que se realiza: es siempre preventivo. Sin embargo, debemos señalar que al menos desde un punto de vista lógico, la terminología usada es imperfecta, pues mientras los daños no se producen, la palabra *liquidación* resulta insatisfactoria. En el lenguaje jurídico corriente, ella va unida a un momento posterior a la produc-

[7] Ver: Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Civil*, 7ª ed., ed. Delamotte, Paris, 1873, t. IV, nº 649; F. Laurent, *Principes de droit civil français*, 5ª ed., ed. Bruyland, Bruxelles, t. 17, 1893, nº 424. Conf.: A. Colin y H. Capitant, *Curso elemental de derecho civil*, trad. por Demófilo de Buen, Reus, Madrid, 1943, t. III, p. 50; Georges Ripert y Jean Boulanger, *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, trad. por Delia García Daireaux, t. IV, La Ley, Bs. As., 1964, nº 837; Henri De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, 1936, t. III, nº 119; G. Marty, *Derecho civil. Teoría general de las obligaciones*, trad. por José M. Cajica Jr., t. II, ed. Cajica, Puebla, 1952, p. 59; Jorge Suárez Videla, *El daño moral y su reparación civil*, "J.A.", sec. Doct., t. 35, ps. 60 y 61.

[8] Lacaze, *De la nature de la stipulatio de peine en droit romain*, Paris, 1889, citado por Peirano Facio, ob. cit., nº 74.

[9] Conf.: Frédéric Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code Civil*, t. II, ed. Garnier, Paris, 1885, nº 1302; Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, ed. Antigua Librería Robredo, México, 1965, t. V, vol. II, p. 267.

ción del daño. Por eso, pareciera preferible referirse a "estimación" o "evaluación" de los posibles perjuicios.

*b*) por el medio: siempre arbitrario; es decir que no es necesario que guarde equivalencia con los verdaderos perjuicios a producirse;

*c*) por el resultado: normalmente él es superior al daño previsible o resarcible.

§ 4. *Función ambivalente.* — Es hoy criterio predominante otorgar a la cláusula penal ambas funciones: la de ser conminatoria y además indemnizatoria. Esta tesis intermedia fue brillantemente expuesta por Hugueney, siguiendo el pensamiento de Cosack y Crome, e incluso es sostenida por ilustres romanistas [10]. Pero se advierten en esa posición varias tendencias. Para algunos, ambas funciones son igualmente importantes, en tanto que otros hacen prevalecer una sobre otra, y no faltan quienes advierten que las diversas funciones aparecen en distintos momentos. Por ej., para Chironi [11] el carácter resarcitorio no se manifiesta en la concertación, sino sólo cuando la obligación principal se incumple o se cumple tardíamente. En cambio, la función compulsiva, por ser *preventiva* del incumplimiento, se muestra *ab initio.*

[10] Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Paris, 1904, citado por Peirano Facio, ob. cit., nº 76. Aunque destacan la finalidad compulsoria admiten la indemnizatoria romanistas de talla. Tal, por ej., Juan Iglesias, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, 5ª ed., Ariel, Barcelona, 1965, p. 482, quien se apoya en las institutas 3, 15, 7: "optium erit poenam subicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit ac necesse sit actori probare quid eius intersit". Conf.: Eugène Petit, *Tratado elemental de derecho romano*, trad. por Fernández Gonsales, Albatros, Bs. As., 1958, nº 474. Se ha señalado que si la obligación principal era de buena fe (o sea que la prestación consistía en algo indeterminado o *incertum*), la pena convencional jugaba una función compulsoria; en cambio, si era de estricto derecho (o sea, aquellas en que la prestación consistía en algo determinado o *certum*) o una obligación civil, en la mayoría de los casos operaba como predeterminación de daños (Lobato de Blas, ob. cit., p. 45).

[11] G. P. Chironi, *La culpa en el derecho civil moderno. Culpa contractual*, trad. por A. Posadas, Reus, Madrid, 1907, p. 160.

§ 5. *Pautas de las que surge la función compulsoria.* — Para algunos españoles, italianos y argentinos contemporáneos (por ej., Puig Peña, Ruiz Vadillo, De Cupis, Cáceres, Mordeglia, etc. [12]), la cláusula es fundamentalmente indemnizatoria. Sin embargo, se reconoce que aunque ésta es la función principal, el carácter compulsorio aparece claro de las siguientes circunstancias:

*a*) Que puede pactarse la acumulación de la cláusula penal compensatoria y el cumplimiento de la principal (art. 659 del C. Civil argentino, 1153 del C. Civil español, 1229 del C. Civil francés, 1383 del C. Civil italiano, etc.). En estos casos, es evidente que la pena se paga aunque no se haya sufrido perjuicio alguno por cuanto también se ha cumplido con la prestación principal.

*b*) Que la cláusula se debe no obstante que el deudor acredite que el acreedor no sufrió daño alguno (art. 656 del C. Civil argentino, 1542 del C. Civil chileno, etc.).

*c*) Que puede acceder a obligaciones naturales (arts. 666 y 518 del C. Civil argentino). En el caso se asemeja a la primitiva *stipulatio poenae* del derecho romano; no existe acción para exigir el cumplimiento de la principal, pero mediante la cláusula penal se compele al deudor a su realización. Claro está que no se logra —en definitiva— el cumplimiento de la principal sino sólo el de la accesoria [13].

[12] Federico Puig Peña, *Tratado de derecho civil español*, ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1946, t. IV, vol. I, p. 79; Enrique Ruiz Vadillo, *Algunas consideraciones sobre la cláusula penal*, "Rev. de Derecho Privado", Madrid, t. LIX, ps. 374 y ss.; Adriano De Cupis, *Il danno*, ed. Giuffrè, Milano, 1946, ps. 226 y 227; Horacio Cáceres, *La cláusula penal en las obligaciones contractuales en homenaje a Pedro León*, Córdoba, 1976, p. 132; Eugenio Mordeglia, *Inmutabilidad de la indemnización pactada en la llamada cláusula penal*, en *Estudios en homenaje a don Dalmacio Vélez Sarsfield*, ed. of., Univ. Nac. de Córdoba, Córdoba, 1950, ps. 471 y ss. Es la posición de algunos brasileños; ver Orosimbo Nonato, *Curso de obrigações*, ed. Forense, Río de Janeiro, 1959, vol. II, p. 304.

[13] Eduardo B. Busso, *Código Civil anotado*, Ediar, Bs. As., 1958, t. IV, comentario al art. 652, nº 69. Michele Giorgianni, *La obligación*, trad. por Verdera y Tuells, Bosch, Barcelona, 1958, p. 44, en cambio, sostiene que en este

*d*) Para algunos, también surge el carácter compulsorio de la circunstancia que puede ser establecida en favor de un tercero (art. 653). En este caso la función indemnizatoria aparece muy desdibujada, por cuanto el deudor es quien sufre el daño; en cambio, el tercero es quien percibe la supuesta indemnización. Claro está que esta función siempre estará latente si existen relaciones jurídicas previas entre el acreedor de la principal y el tercero beneficiario de la cláusula. Estos argumentos demuestran la falta de *identidad* entre cláusula penal y daños y perjuicios. Es decir, que si bien la cláusula tiene función indemnizatoria, no se identifica —de modo alguno— con la obligación de reparar daños y perjuicios.

*e*) Ha afirmado Mucio Continentino [14] que las cláusulas penales que acceden a los compromisos arbitrales o a las transacciones y que vedan la facultad de apelar, tienen exclusivamente función compulsoria, pues no puede afirmarse que el acto de recurrir sea un hecho dañoso, consistiendo su única finalidad en asegurar lo pactado. No compartimos este criterio. Si bien es cierto que el recurrente hace uso de un derecho legalmente amparado, de hecho es que su ejercicio produce daños ciertos derivados de la dilación del proceso. Consideramos que en este supuesto también cumple función indemnizatoria.

§ 6. *Pautas de las cuales surge la función indemnizatoria.* — Otros autores, en cambio, inclinan la balanza en favor de la función compulsiva, argumentando, precisamente, con los casos precedentemente indicados [15]. Sin embar-

---

caso no se ha perdido función indemnizatoria; no se trata de que en el caso no había contenido patrimonial y que él se logró mediante la cláusula penal, sino que la obligación, de por sí patrimonial, se hizo jurídica. Ver *infra*, § 57 y 58.

[14] Mucio Continentino, *Da clausula penal no direito brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 1926, p. 32, nº 6.

[15] José Puig Brutau, *Fundamentos de derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1959, t. I, vol. II, p. 472; Luis De Gásperi, *Tratado de las obligaciones*, De-

go, se reconocen disposiciones de las cuales aparece con claridad la función indemnizatoria:

*a*) En la mayoría de los códigos civiles rigen disposiciones semejantes a nuestro art. 655, por el cual la pena entra en lugar de la indemnización de perjuicios e intereses (1382 del C. Civil italiano, 1229 del C. Civil francés, 1543 del C. Civil chileno, 994 del Proyecto de Freitas, 1081 del Proyecto de García Goyena, etc.).

*b*) Para algunos la posibilidad de reducir la cláusula cuando se ha operado el cumplimiento parcial (art. 660 del C. Civil argentino, 1213 del C. Civil francés, 1370 del C. Civil uruguayo, 1435 del Proyecto Acevedo para el Uruguay, 1085 de García Goyena, etc.) es también un efecto de su carácter indemnizatorio.

*c*) Muchas veces la cláusula se torna insuficiente y es entonces evidente que no cumple ninguna presión psicológica sobre el deudor.

§ 7. *Conclusiones sobre el punto.* — Los argumentos expuestos por una y otra tesis son suficientemente demostrativos de que la cláusula penal, al menos en nuestro ordenamiento legal, cumple una función ambivalente, teniendo ambos caracteres importancia equivalente [16].

---

palma, Bs. As., 1945, vol. I, nº 465; Luis De Gásperi y Augusto M. Morello, *Tratado de derecho civil. De las obligaciones*, Tea, Bs. As., 1964, t. III, nº 1525.

[16] Conf.: Guillermo Borda, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1967, 2ª ed., t. I, nº 182; Raymundo Salvat, anotado por Galli, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, Tea, Bs. As., 1952, t. I, nº 193; Alfredo Colmo, *De las obligaciones en general*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1961, nº 165; Luis María Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, Depalma, Bs. As., 1966, 9ª ed., t. I, p. 245; Luis M. Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones*, Astrea, Bs. As., 1973, t. II, nº 584; Jorge J. Llambías, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Perrot, Bs. As., t. I, 1967, nº 316; Pedro Cazeaux y Félix A. Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, ed. Platense, La Plata, 1969, p. 266; Atilio Alterini, *La inmutabilidad relativa de la cláusula penal*, en "Revista del Notariado", separata del nº 712, ps. 4 y ss. Esta posición ha sido adoptada por constante jurisprudencia: S. C. Bs. As., 16/3/71, "Celulosa Carhué c. Pie", en "L.L.", 146-410; Cám.

No ignoramos la crítica que desde un punto de vista de la lógica formal ha efectuado Peirano Facio de la posición sustentada, indicando que el concepto de indemnización es antagónico al de la pena: la indemnización es el resarcimiento del daño que se ocasiona e implica, por tanto, la satisfacción pecuniaria con la cual se trata de compensar el perjuicio ocasionado; supone la función de *equivalencia* entre el daño causado y la indemnización pagada. En la pena, en cambio, lo esencial es la idea de *presión psicológica sobre el deudor* —antes del incumplimiento— *y castigo* —cuando éste se ha operado—; la idea de pena no cabe entonces en la de indemnización porque supone siempre una prestación que, por su valor, se halla situada por encima de la indemnización normal de los perjuicios; es decir, la pena supone siempre *algo más* que la indemnización. Sin embargo, el propio profesor uruguayo reconoce que el planteo efectuado no responde a la estructura *de lege lata*, porque tanto en el ordenamiento uruguayo como en el argentino, del contexto general de sus disposiciones surge que la cláusula cumple las dos funciones. Ello no obsta para que concluya el tema con el siguiente lamen-

---

Nac. Fed., Sala 1ª Civ. y Com., 31/12/70, "Peláez c. Gas del Estado", en "L.L.", 145-389, y "J.A.", 10-1971-201; Cám. Nac. Paz, Sala IV, 28/12/70, "Roffi c. Costas", en "L.L.", 145-371; Cám. Nac. Civ., Sala A, 6/7/72, "Inmobiliaria Brasilia c. Gorkin", en "L.L.", 149-218, y "J.A.", 16-1972-32; ídem, 22/11/66, "Salas c. Di Giorgio", "E.D.", 19-74; Sala E, 9/2/79, "L.L.", 1979-B-166; Cám. Esp. Civ. y Com. de la Capital, Sala VI, 5/12/72, "García de Medina c. Galiano", en "J.A.", 17-1973-498. En el derecho comparado puede verse, entre otros: C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Paris, 1880, t. III, nº 635; Luiz Da Cunha Gonçalves, *Tratado de direito civil*, 2ª ed., vol. IV, t. II, anotado por Jaime Landim, ed. Max Limonad, São Paulo, nº 531; Louis Josserand, *Derecho civil*, ed. Bosch, Bs. As., 1951, t. II, vol. I, nº 646; Ramón Meza Barros, *Manual de derecho civil. De las obligaciones*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1974, 5ª ed., nº 426; Washington De Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, t. IV, *Direito das obrigações*, Saraiva, São Paulo, 13ª ed., 1977, 1ª parte, p. 197; Juan Gómez Calero, *Contratos mercantiles con cláusula penal*, Cívitas, Madrid, 1980, p. 29. Para este último autor, si sólo se persigue un fin indemnizatorio se está en presencia de una "cláusula de indemnización". Sólo cuando existen las dos funciones hay cláusula penal.

to: "la insuficiencia de la híbrida solución que combatimos deja su triste rastro en la confusión existente en los textos legales que casi sin excepción formulan en esta materia declaraciones de principios que luego están en oposición con los regímenes que adoptan y en la doctrina de los autores que deambulan por la más lamentable incertidumbre jurídica" [17].

Nos parece que el problema no es tan grave como se lo describe. Al contrario, más de 100 años de vigencia de nuestro Código Civil demuestran que, salvo en algunas circunstancias excepcionales, la cláusula penal, tal como ha sido reglada, ha resultado eficaz en el mundo de los negocios jurídicos y que las tan mentadas confusiones no han impedido, de modo alguno, hacer justicia en los casos particulares.

§ 8. *¿Cumple también una función satisfactiva?* — Muchos autores señalan como una tercera función autónoma su finalidad *satisfactiva*. Se dice que pudiendo acceder a relaciones no patrimoniales, la cláusula penal produce la conversión de un simple deber moral en una obligación civil [18]. La cuestión aparece con más claridad en aquellos ordenamientos positivos que no sancionan la reparación del daño moral *ex lege* y en los que toda indemnización de éste sólo puede lograrse mediante la convención.

En realidad, esta función satisfactiva puede ser incluída dentro de la compulsoria; son como las dos caras de una misma moneda; para el acreedor, gracias a la pena entran en su patrimonio bienes que de otro modo no hubiesen ingresado, satisfaciendo así su interés extrapatrimonial; para el deudor, ella significa un modo de coercibilidad que no

[17] Peirano Facio, ob. cit., nº 84.

[18] Gino Gorla, *El contrato*, Bosch, Barcelona, trad. de José Ferrandis Vilella, 1959, t. I, p. 291; Orosimbo Nonato, ob. cit., vol. II, p. 317.

hubiese ejercido presión sobre él de no existir la cláusula penal.

§ 9. *Función de simplificación probatoria.* — Para algunos autores la función preeminente de la cláusula penal reside en la simplificación probatoria; es decir, el acreedor puede exigir el cumplimiento de la cláusula penal sin probar el daño y no se debe si el deudor prueba que no se ha producido perjuicio alguno. De este modo no es sino un pacto relativo a la carga de la prueba del daño [19].

Tal como se explicará, en el derecho argentino la cláusula penal hace presumir el elemento daño. Sin embargo, no puede admitirse sin reservas la función de simplificación probatoria, porque el deudor *no* puede liberarse acreditando que este daño no se ha producido, de conformidad con lo dispuesto por el art. 656 del C. Civil.

§ 10. *¿Tiene una función resolutoria?* — No influyendo la cuestión propuesta en el concepto de cláusula penal, trataremos tan delicada cuestión bajo el acápite "Cláusula penal y resolución" (§ 168).

§ 11. *La definición legal.* — Con las nociones previamente expuestas, estamos en condiciones de afrontar el estudio de la definición proporcionada por nuestro ordenamiento positivo. Dice el art. 652 del C. Civil: "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". Esta definición nace con muy leves variantes en el Código de Napoleón (art. 1226) y es seguida, con algunas modificaciones intrascendentes, por innumerables códigos civiles: 1340 de Holanda, 1535 de Chile, 1368 del Uruguay, 1316 del Código

[19] Ghiron, *Della clausola penal e della caparra*, cit. por Lobato de Blas, ob. cit., p. 21.

sardo, 1257 de Venezuela, 1578 del Ecuador, 1592 de Colombia, 1406 de El Salvador, 1427 del proyecto de Acevedo para el Uruguay, etc.

§ 12. *Críticas a la definición legal.* — El concepto dado ha sido objeto de críticas, algunas formales, otras sustanciales.

*a*) Terminología: para algunos, la palabra "cláusula" es impropia, siendo preferible "estipulación", porque la primera denominación supone que ella está inserta en el negocio principal; se verá, en cambio, que ella puede ser pactada con anterioridad o posterioridad a la convención. En esos casos, entonces, la terminología sería notablemente deficiente. No faltan quienes distinguen terminológicamente entre *cláusula penal* (que es la convención accesoria que se pacta junto a la principal), *obligación con cláusula penal* (la obligación principal garantida) y *pena convencional* (la convención accesoria pactada en instrumento separado)[20].

Incidentalmente recordemos que el instituto en estudio ha sido conocido, en el curso del tiempo, con diversas denominaciones: *stipulatio poenae, poena legales vel canonica, prostium*, multa, pena civil, pena privada, etc.

La crítica parece demasiado puntillosa; si bien es cierto que la palabra "cláusula" da la idea de una disposición inserta en una convención, no es óbice para que se pueda aplicar, por extensión, a los acuerdos por separado, de los que ideológicamente formará parte.

En cuanto a la terminología se critica también la utilización de la palabra "penal". Se afirma que ésta es una supervivencia del derecho romano, en el cual la *stipulatio poenae*, como se ha visto, cumplía la función de dar eficacia a obligaciones desprovistas de sanción legal. Se completa el

[20] Ver: Sergio Gatica Pacheco, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1959, nº 226; Lobato de Blas, ob. cit., ps. 17 y 18.

pensamiento sosteniendo que esta palabra es ajena al derecho civil, siendo más apropiada para las ramas estrictamente punitivas, como lo es el derecho penal; que el sustantivo es equívoco y hasta "antipático", por lo que se propone la de "pacto sancionador" [21].

La crítica se vincula también a las funciones que cumple la cláusula: ya hemos expuesto que es indiscutible, al menos en nuestro ordenamiento, su finalidad compulsoria. Por lo demás, la palabra "pena" ha adquirido carta de ciudadanía en el derecho privado, siendo usada por prestigiosos autores. Recuerda Trimarchi que la voz "pena civil" es utilizada para referirse a ciertas sanciones, como son la pérdida de la patria potestad, la indignidad hereditaria, la revocación de las donaciones por ingratitud, etc. [22].

*b*) Nuestra definición, siguiendo sus precedentes, afirma que una persona se sujeta a una pena "para asegurar" el cumplimiento de la obligación. Quienes afirman el carácter puramente indemnizatorio de la cláusula entienden que el verbo usado es incorrecto, porque, a diferencia de lo que ocurría en el derecho romano, la eficacia jurídica económica de la prestación principal no varía por el hecho de contener esta prestación accesoria; es decir, no es la cláusula penal sino el Estado quien "asegura" el cumplimiento de las obligaciones.

Cuando se trata de explicar por qué, en un sistema típicamente indemnizatorio como es el francés, se admite una definición semejante, se acude a los antecedentes históricos de la norma. Se dice que Dumoulin (cuya obra fue

[21] Ruiz Vadillo, ob. cit., p. 377, nota 12.

[22] Trimarchi, ob. cit., p. 143, nota 4. En el derecho nacional ver: Pedro León, *Recopilaciones de clases. Derecho civil II. Obligaciones*, Tapas, Córdoba, 1969, p. 212. Algunos juristas han llegado a sostener que la cláusula penal es la única sanción civil de carácter general en materia de obligaciones. Ver: Espinar Lafuente, *Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas*, en *Estudios de derecho civil en homenaje a Castán Tobeñas*, t. II, p. 160.

recogida por Pothier) comprendió mal el alcance de ciertos principios romanos, lo que motivó que se quebrara la trayectoria histórica del instituto al ponerse el acento sobre la faz indemnizatoria. Sin embargo, conservó la definición legada por el derecho romano, la cual, a través de la obra de Pothier, es reproducida en el Código de Napoleón [23] y reiterada con leves variantes por los clásicos galos [24].

Si Vélez hubiese tomado la institución estrictamente de las fuentes francesas le serían atribuíbles las mismas imputaciones, pero tal como se analizará al estudiar los distintos aspectos, nuestro legislador adoptó muchos principios de la tradición española, por lo que la crítica no es certera. Claro está que hubiese sido preferible decir que la cláusula "refuerza" o, mejor aún, "precisa" la sanción, o que constituye "una nueva razón" que constriñe al deudor, una "nueva incitación al cumplimiento por temor a la pena" [25]. Pero ello aparece como una mera cuestión terminológica, sin incidencias prácticas ni conceptuales.

*c*) Finalmente se ha señalado que, siendo las definiciones impropias de un código, Vélez Sarsfield debió seguir aquí su propia opinión vertida en la nota del art. 495 y no proporcionar definición alguna. Sin embargo, enseña bien Alegría que "las leyes no deben definir mal, pero que si contribuyen con su enunciado a la caracterización jurídica clara de una institución, no sólo pueden sino que deben hacerlo" [26]. Indican los Mazeaud que la inserción de una defini-

[23] Conf.: Peirano Facio, ob. cit., nº 33.

[24] Entre otras, ver las definiciones de Aubry y Rau, *Cours de droit civil français*, ed. Marchal et Billard, Paris, 1871, 4ª ed., t. IV; en el derecho italiano, Cesare Baldi, *Manuale pratico di diritto civile*, U. Tip. Ed. Torinese, Torino, 1918, vol. I, p. 548.

[25] Conf.: Henri Mazeaud y Léon y André Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Ejea, Bs. As., trad. de Alcalá Zamora, t. III, vol. II, 1963, nº 2627; Théophile Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, ed. Pichon, Paris, 1894, t. VII, nº 488; D. E. Espín Cánovas, ob. cit., "Rev. Derecho Privado", t. 30, p. 146.

[26] Héctor Alegría, prólogo a nuestra obra *Los privilegios en el proceso concursal*, Astrea, Bs. As., 1975, p. 12.

ción en el cuerpo legal tiene su razón de ser en tornar indubitable la validez de tal tipo de estipulaciones [27]. Pero no parece ser éste el caso de la cláusula penal, porque aun sin la definición, la específica regulación recibida en el ordenamiento positivo argentino aleja toda duda sobre su recepción.

§ 13. *Aciertos de la definición legal.* — Es también función importante del intérprete la de marcar los aciertos de la ley. La definición señala que *"una persona"* se sujeta a la multa: queda así aclarado que no sólo puede estipularla el deudor, sino igualmente un tercero; además, contiene la clasificación tradicional de la pena en moratoria y compensatoria y, finalmente, omite la frase incidental de sus antecedentes inmediatos (los códigos civiles francés y chileno), en el sentido de que el objeto de la obligación consiste en dar o hacer algo. De esta manera no ha "ahorcado" el contenido, permitiendo una conceptualización amplia sobre él.

§ 14. *La definición propuesta.* — De los principios señalados podríamos afirmar que en el derecho argentino la cláusula penal *es un negocio jurídico o una convención o estipulación accesoria por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente* [28].

27 Mazeaud-Tunc, ob. cit., t. III, vol. 2, nº 2627.

28 Nos adherimos así, con algunas variantes, a la definición proporcionada por Llambías, ob. cit., t. I, nº 315. Conf.: Cazeaux y Trigo Represas, ob. cit., t. I, p. 265. El informe del secretario general de la UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) del 25/4/78 la define como "toda cláusula de un contrato que prevea que si el promitente no cumple la obligación principal será obligado a pagar una suma de dinero por vía de pena o de indemnización".

De esta manera salvamos las imprecisiones terminológicas señaladas, ajustándonos al régimen jurídico positivo. Esta definición será explicada a medida que se desarrolle la temática propuesta.

### § 15. FUNDAMENTO DE LA ACEPTACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL POR EL ORDENAMIENTO POSITIVO.

Los autores coinciden en que la posibilidad de pactar una cláusula penal deriva directamente del principio de que los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma (art. 1197 de nuestro Código), y por ello la modalidad pactada sólo tendrá como límite "la imaginación o la fantasía de sus creadores, sin otras restricciones que las amplísimas fronteras que a la autonomía de la voluntad ponen los principios ordenadores del Código Civil" [29].

En consecuencia, siempre que su objeto sea lícito, deberá acatarse la voluntad contractual. Por eso a nadie se le ha ocurrido discutir la validez de estos pactos: "si no repugna a la ley que el deudor acepte las consecuencias del caso fortuito, ¿qué inconveniente moral hay en que convenga una pena?" [30].

### § 16. OPORTUNIDAD EN LA CUAL PUEDE PACTARSE.

En razón del carácter accesorio de la cláusula, lo común es que ella nazca en forma concomitante con la convención principal a la cual accede. Sin embargo, no existe inconveniente en que la *preceda*, porque del mismo modo que la

[29] Ruiz Vadillo, ob. cit., p. 376.

[30] Pascual Marín Pérez, en *Código Civil de Quintus Mucius Scaevola*, Reus, Madrid, 1957, 2ª ed., t. XIX, p. 917. Conf.: Fausto Moreno, voz *Cláusula penal*, en *Nueva enciclopedia jurídica*, ed. Seix, Barcelona, 1952, t. IV, p. 194; Gatica Pacheco, ob. cit., nº 227.

fianza, puede garantizarse el cumplimiento de una obligación *futura* (art. 1993)[31].

Tampoco existe impedimento legal en que se estipule con *posterioridad*. La solución es expresa en algunos ordenamientos extranjeros. Por ej., el art. 916 del Código del Brasil dispone: "la cláusula penal puede ser estipulada juntamente con la obligación o en un acto posterior". Con expresiones similares da la misma solución el art. 1223 del C. Civil peruano y el art. 532 del Proyecto de Código de Derecho Privado para Colombia de 1980. Algunos autores, como se ha dicho, utilizan distintas terminologías según el momento en que se pacte, reservando la palabra "cláusula" para aquella que se establece en el acto constitutivo de la principal y "pena" para la que se fija con posterioridad [32]. Sin embargo, es menester destacar dos aspectos fundamentales:

1º) Si bien es admisible la estipulación *posterior*, es menester que ello ocurra *antes* de llegado el incumplimiento; es evidente que el pacto posterior a la producción del daño no puede ser una cláusula penal en tanto y en cuanto no cumple ni función compulsiva, ni tampoco es una liquidación *previa* o *anticipada*. Si el incumplimiento ya se produjo, la estipulación será o una transacción (si se tratara de derechos litigiosos o dudosos y las partes se hicieran concesiones recíprocas) o simplemente un pacto de fijación de daños y perjuicios ya producidos [33].

La distinción es importante: si los convenios son posteriores al incumplimiento, el régimen de rescindibilidad, anulación y reducción a aplicar no es el típico de la cláusula

31 Mosset Iturraspe, ob. cit., p. 1229; Trimarchi, ob. cit., p. 35. Conf.: Cám. 1ª Civ. Com. y Minas de San Juan, 31/8/66, "Barelari c. Fasoli", en "Rep. L.L.", t. XXVIII, A-I, p. 497, nº 108.

32 Manoel Ignacio Carvalho de Mendonça, *Doutrina e pratica das obrigações*, Río de Janeiro, 2ª ed., vol. I, nº 196. Se trata —al decir de Continentino— de una cuestión puramente formal, sin repercusiones prácticas: Mucio Continentino, ob. cit., nº 1.

33 Conf.: Puig Peña, ob. cit., t. IV, vol. I, p. 79; Fausto Moreno, ob. cit., t. IV, p. 197; De Page, ob. cit., nº 120.

penal (art. 656) sino el de las transacciones (arts. 857 y ss.), o el de los actos jurídicos en general cuando no se reúnen los requisitos de la transacción (arts. 1037 y ss.)[34]. En efecto, estos convenios carecen de finalidad compulsoria, son meros acuerdos de voluntades sobre determinación de daños ya producidos; no existe razón alguna para presumir que una de las partes pueda haber aprovechado la inexperiencia, ligereza o necesidad de la otra. Por las razones expuestas nos adherimos plenamente al criterio de la Corte de la Provincia de Mendoza cuando resolvió: "El art. 656, 2ª parte, del C. Civil no tiene por supuesto una indemnización por daños estipulada *ex post facto*, luego de un proceso judicial, sino la pactada con anterioridad al incumplimiento" [35].

2º) Que pactándose en un acto posterior, es menester analizar la voluntad de las partes a fin de establecer si se ha producido o no una novación de la principal; la cuestión es sumamente importante, porque si las partes se han limitado a imponer una pena para el caso de no cumplirse con la principal, subsistirán todas las fianzas, hipotecas, privilegios, prendas, etc., que garantizan la primera. En cambio, si se estipula que el incumplimiento sólo hará exigible la pena objeto de la nueva convención, al parecer existe una novación, y por ende, salvo pacto expreso, se han extinguido todas las garantías que accedían a la primera (arts. 803, 2047 y ss. del C. Civil).

## § 17. NORMAS GENERALES DE INTERPRETACIÓN.

La cláusula penal, como todas las convenciones, debe ser *interpretada* de buena fe y según lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con

[34] Laurent, ob. cit., t. 17, nº 47.

[35] S. C. Mendoza, 31/10/75, *in re* "Campoy Serpa, Manuel", L. S. 140, f. 408, inédito. Conf.: Lobato de Blas, ob. cit., p. 143.

cuidado y previsión (art. 1198), y deben *cumplirse* de la manera que las partes verosímilmente quisieron y debieron entender que había de cumplirse (art. 533 por analogía) [36]. En tal sentido se ha fallado que la cláusula penal debe "interpretarse con arreglo a las modalidades del caso y a la clara voluntad de las partes" [37] y que el principio de la buena fe debe aplicarse cuando sea dudoso el sentido de la declaración de voluntad, interpretándola como lo harían las personas correctas; por ello, cuando se trata de establecer el significado de cláusulas penales o que conduzcan a la pérdida de un derecho, la cuestión debe decidirse contra quien ha redactado el contrato. A tal efecto es indiferente que haya o no proceder doloso, es decir, que una de las partes haya inducido a la otra a contratar mediante engaño, pues en tal caso la incorrección consiste en emplear expresiones oscuras [38].

Existe además mayoría doctrinal y jurisprudencial en que es de interpretación restrictiva; según algunos, este modo de interpretación se funda en que la cláusula penal es una modificación al derecho común [39]; para otros se deriva del carácter sancionador y del viejo principio que "*odiosa sunt restringenda*" [40]. Recordemos, sin embargo, que Ruiz Vadillo se ha pronunciado en contra del principio, argu-

[36] Conf.: Busso, ob. cit., comentario al art. 652, nº 137.

[37] Cám. 1ª Civ. y Com. de Bahía Blanca, 18/6/68, "Cía. Financiera del Sur c. Conforti", en "E.D.", 23-617.

[38] Cám. Ap. Rosario, 23/3/45, "Strambi c. Angeleri", en "J.A.", 1945-IV-66. Conf. para los contratos de adhesión, Gómez Calero, ob. cit., p. 128.

[39] Conf.: Mazeaud-Tunc, ob. cit., t. III, vol. 2, nº 2636; E. Danz, *La interpretación de los negocios jurídicos*, trad. por Bonet Ramos, 3ª ed., ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1955, nº 28, ps. 299 y 230; Borda, ob. cit., t. I, nº 190.

[40] Conf.: Luis Diez Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1970, nº 675; Puig Peña, ob. cit., t. IV, vol. I, p. 80. Ambos citan importante jurisprudencia del Superior Tribunal de España; Mosset Iturraspe, ob. cit., p. 1230. Conf.: Cám. Fed. Cap., 10/7/40, "L.L.", 19-64, y "J.A.", 71-67; ídem, 17/3/37, "Krug c. FF.CC. del Estado", "J.A.", 57-652, y "L.L.", 6-669; Cám. 2ª C. C. La Plata, Sala 2ª, 27/9/57, "D.J.B.A.", 52-653.

mentando que no existe disposición legal que lo avale, y que la cláusula, en consecuencia, debe estar sometida a los principios generales vigentes en materia de interpretación de actos jurídicos [41].

§ 18. *Consecuencias del principio de interpretación restrictiva.* — Las consecuencias del principio mayoritariamente aceptado son:

*a*) quien alega la cláusula penal debe probarla. Por eso, si bien no requiere el empleo de frases rituales (§ 25), por el carácter restrictivo debe ser inequívoca y cualquier duda se resuelve en contra de su existencia [41-1].

*b*) si fue pactada para un fin no puede ser aplicada a otro distinto. Por ej., si se pactó para el caso de incumplimiento total no puede pretenderse su aplicación al cumplimiento tardío [42].

*c*) aunque los mismos contratantes, con idéntica finalidad, hayan celebrado dos contratos similares, uno con cláusula penal y otro sin ella, no puede presumirse la intención de pactar dos convenios absolutamente iguales, y en consecuencia la cláusula de uno de ellos no puede trasladarse al otro [43];

*d*) en casos de dudosa redacción, las reglas generales de interpretación de los contratos llevan a pronunciarse por la solución más favorable al deudor. Un caso resuelto por

41 Ruiz Vadillo, ob. cit., p. 384.

41-1 Cám. Nac. Civ., Sala F, 15/8/80, "Ghioldi c. Landyco S.A.", "E.D.", 30/10/80, p. 4.

42 Cám. Nac. Civ., Sala A, 1/12/59, "Moreno c. Alcorta", "L.L.", 98-340; Cám. Nac. Civ., Sala B, 13/3/68, "Zaiat c. Bouzos", "L.L.", 131-973; Cám. Com. Cap., 27/7/38, "Rey c. Paolillo", "J.A.", 65-199. Conf.: Cám. Paz Letrada, Sala III, 17/4/44, "Liguori, Fernando, c. Pérez", en "Rep. L.L.", nº VI, 1944, p. 820, sumario 34; Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., Sala 1ª., 5/8/76, "Martínez Monte c. Rinaldi", en "J.A.", 1977-II-467. Aunque alguna vez se ha dicho que si bien no es aplicable, cabe tomarla como pauta para la fijación judicial de los daños: Cám. 2ª C. C. La Plata, Sala II, 1/8/58, "Geijo c. Dima", en "Rep. L.L.", XIX, p. 210, sumario 41.

43 Gatica Pacheco, ob. cit., nº 260.

*nuestros tribunales aclarará la regla formulada.* La demanda por daños y perjuicios tuvo su origen en el hecho de que el propietario de un inmueble alquilado, decidió construír en la planta alta del edificio. Las partes habían suscrito un convenio por el cual el inquilino autorizaba dicha construcción, fijándose el plazo de iniciación y terminación de las obras, estipulándose que durante ese lapso el inquilino no pagaría el alquiler; la cláusula en discusión decía: "la obra concluirá en seis meses de iniciada, comprometiéndose el propietario a indemnizar al inquilino $ 500 por cada mes". La Cámara Nacional de Paz resolvió, acudiendo al principio de interpretación restrictiva y del *favor debitoris*, que "si el inquilino autorizó al locador a edificar en planta alta, conviniéndose que no pagaría el alquiler mientras durara la obra y además que se lo debería indemnizar con $ 500 por cada mes, esta cláusula debe interpretarse como una *cláusula penal,* en forma restrictiva para el beneficiario y a favor del deudor, en el sentido que se aplicará por el tiempo que dura la obra *más allá* del establecido entre las partes" [44]. Es decir, que en la opción de decidir, si esta disposición o artículo del contrato era simplemente una cláusula indemnizatoria de daños por todo el tiempo que durara la construcción o si por el contrario ella suponía *incumplimiento* a los términos estipulados, la Cámara entendió que ella *no* preveía la indemnización por la conducta *lícita* (construír mientras durara el período establecido por las partes, la que había sido suficientemente cubierta mediante los alquileres), sino la reparación de los daños y perjuicios cuando el accionar se tornaba *antijurídico* en virtud del vencimiento del plazo. Por nuestra parte nos adherimos a la solución, pero no enteramente a sus fundamentos. Creemos que la cláusula *"favor debitoris"* pudo ser silenciada; la razón última de la solución está en que la regla

[44] *Cám. Nac. Paz, Sala IV, 11/5/56, "Castelli c. Elmezian", "L.L.",* 85-49.

imperante en nuestro derecho es que el obrar *conforme a derecho* no es indemnizable si no existen disposiciones legales o convencionales claras en contrario. Nuestro código reconoce casos de indemnizaciones plenas correspondientes a actos lícitos, por ej., arts. 2553, 2627, 2650, 3077, etc. Pero estas disposiciones revisten carácter excepcional y, por tanto, son de aplicación estricta. Bastaba, en consecuencia, remitirse al principio general de que las acciones lícitas no engendran responsabilidad por las consecuencias que de ellas derivan, salvo disposición *legal* o *convencional* en contrario. De la convención surgía que el obrar del locador era conforme a derecho (contaba con la autorización del inquilino para efectuar la construcción). En consecuencia, cualquier indemnización requería una *cláusula clara* que la concediese, la que en el caso era inexistente.

### § 19. MÉTODO DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO.

Nuestro Código Civil, siguiendo las aguas del sistema francés, continuado por el Código de Chile, reguló la cláusula penal en el libro II, sec. I, título XI, entre las diferentes clases de obligaciones. Se adhirió así a la tendencia doctrinal iniciada por Pothier, para la cual las obligaciones con cláusula penal son una categoría especial dentro de las obligaciones (como pueden serlo las condicionales, alternativas, facultativas, etc.).

De las diferentes concepciones sobre la función que cumple la cláusula penal se derivan las críticas formuladas a la metodología del codificador.

Se sostiene que la obligación con cláusula penal no es un tipo especial de obligaciones, porque ella no modifica ni la esencia ni los caracteres de la obligación principal [45].

Para algunos autores la obligación con cláusula penal es un subtipo dentro de las obligaciones condicionales, por

[45] Ver, en especial, Espín Cánovas, ob. cit., t. 30, p. 147.

lo que su regulación debe hacerse dentro de la teoría más general de las modalidades de las obligaciones. Con esta metodología se la estudia en los antiguos tratados españoles. El Código del Brasil la trata entre las diversas modalidades de las obligaciones [46].

Para quienes hacen prevalecer la función compulsoria debe reglarse entre los medios de garantía, que buscan la defensa del derecho del acreedor mediante el reforzamiento del vínculo obligatorio [47].

Para otros, el codificador debió regularla juntamente con los efectos de las obligaciones, porque en sí misma no es sino una liquidación convencional y anticipada de los daños y perjuicios, correspondiendo entonces legislarla junto a ellos [48]. El Código argentino no era extraño a esta posición, porque el art. 522 —ubicado en el título III, correspondiente a los daños e intereses en las obligaciones que no tienen por objeto dar sumas de dinero— se refería concretamente a la cláusula penal en su función indemnizatoria [49].

No faltan tampoco quienes sostienen que debió ser regulada junto a los contratos, porque en su origen no es sino una convención generadora de obligaciones [50]. Como referencia puramente histórica recordemos que el derecho ca-

[46] Caio Mario Da Silva Pereira, *Instituïções de direito civil*, ed. Forense, Río de Janeiro, 4ª ed., t. II, 1976, p. 128, sostiene que la cláusula penal constituye una de las más importantes modalidades de promesas condicionadas.

[47] Ravà, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 1938, p. 440, citado por Peirano Facio, nº 8; Lobato de Blas, ob. cit., ps. 23 y 66.

[48] Boffi Boggero, ob. cit., t. II, nº 582. Éste es el sistema del Código de Costa Rica, del moderno Código de Portugal y del Proyecto de Reformas de 1936. También del Proyecto de Código de Derecho Privado para Colombia (1980) del profesor Valencia Zea, constituyendo el capítulo II del título III, "Responsabilidad por inejecución de las obligaciones".

[49] En realidad, el art. 522 no hacía sino reiterar lo dispuesto por el art. 656, por lo que metodológicamente su sustitución fue acertada. Conf.: Cáceres, ob. cit., p. 132.

[50] Conf.: Borda, ob. cit., t. I, nº 182; Colmo, ob. cit., nº 164; pero ambos admiten también que pudiera ser regulado entre los principios generales sobre responsabilidad civil.

nónico la legisló con el contrato de mutuo. Pero esta posición está completamente abandonada, porque hoy nadie circunscribe la cláusula penal a un mero accesorio de este contrato.

En nuestro criterio, el método del Código no es totalmente desacertado y es perfectamente explicable teniendo en cuenta la diversidad de funciones que la estipulación desempeña, que hacen de ella una institución con fisonomía propia que obliga a considerarla independientemente [50-1]. En el capítulo siguiente explicaremos cómo, a pesar de ser una obligación accesoria, la pena puede no ser una simple cláusula negocial, sino un negocio estructurado con sujetos, objetos y causa distintos de la principal.

Esta visión justifica entonces la regulación del tema en estudio no como una simple modalidad, sino como un tipo de figura negocial.

50-1 Conf. en el derecho español: Gómez Calero, ob. cit., p. 36.

## Capítulo II

# ELEMENTOS: LA CLÁUSULA PENAL COMO NEGOCIO JURÍDICO

### § 20. Generalidades.

Tal como surge de la definición proporcionada y de lo que expondremos en el capítulo siguiente, la cláusula penal es *accesoria* de la principal. Pero el carácter de *accesoriedad* no impide considerarla un negocio *jurídico* en sí misma. Es decir, no es simplemente una "disposición" o "artículo" de otro negocio, sino que tiene elementos estructurales propios.

Esta visión, que tiene como punto de partida la diferencia entre "cláusula negocial" y "negocio jurídico" es fundamental para la comprensión del régimen jurídico general del tema en estudio; por eso, la modernísima doctrina tiende al análisis de ella como negocio o figura *conceptualmente autónoma.* Es decir, aunque *jurídicamente* depende de la principal, *lógicamente* se trata de un negocio con elementos estructurales *propios.* Se la estudia entonces con el mismo criterio con que se lo hace con otras convenciones accesorias que tienden a reforzar el cumplimiento de las obligaciones, como pueden ser, por ej., la fianza, el acto constitutivo de una hipoteca o de una prenda, etc. Estos negocios jurídicos, si bien son accesorios de otro principal, tienen sus propios elementos constitutivos: sujeto, objeto, vínculo jurídico,

causa-fuente y causa-fin [1]. Para la moderna doctrina, entonces, la cláusula penal, más que una *obligación* accesoria, es un *negocio jurídico* accesorio. Esta autonomía conceptual surge, sobre todo, de tener una *causa-fin* propia, que puede o no coincidir con la del negocio principal, como se analizará.

Siguiendo esta tendencia, expondremos en este capítulo los elementos estructurales de la cláusula penal, limitándonos a señalar las diferencias fundamentales con el negocio principal al cual accede.

## § 21. LOS SUJETOS (CAPACIDAD).

Al igual que en todas las obligaciones, se requiere que los sujetos sean distintos, que estén determinados o que sea posible su determinación y, finalmente, que tengan capacidad. Pero ¿cuál es la capacidad necesaria para estipular una cláusula penal? Piola [2] ha sostenido que debe diferenciarse la cláusula penal emanada de un contrato de aquella que reconoce una fuente distinta. Para el primer caso, requiere la misma capacidad que para contraer la obligación principal; en el segundo, exige la capacidad necesaria para constituírse en deudor de actos que exceden la mera administración. Esta posición se funda, evidentemente, en el carácter accesorio de la obligación pactada y en su función indemnizatoria: si la cláusula no es más que la traducción de los daños y perjuicios provenientes del incumplimiento que el deudor principal ha echado sobre sus hombros, basta para contratarla la misma capacidad que se requiere para la principal. Peirano Facio ha replicado acertadamente el planteo: a poco

[1] Conf.: Trimarchi, ob. cit., ps. 15 y ss.; Magazzu, ob. cit., ps. 1864 y ss.; Guillermo Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 1978, nº 199.

[2] Giuseppe Piola, voz *Clausola penale*, en *Digesto italiano*, Torino, 1897-1902, en vol. VII, parte II, p. 366; también en *Nuovo digesto italiano*, t. III, p. 208.

que se ahonde en la cuestión se verá que puede ocurrir, en razón de la función compulsoria, que la cláusula penal signifique una prestación mucho más onerosa que la principal. Por ello los pandectistas alemanes hablan de "los efectos agravados del contrato". En consecuencia, la capacidad requerida dependerá del objeto que sea el contenido de la prestación penal; normalmente, será necesaria la capacidad jurídica para disponer [3].

§ 22. *Cláusulas pactadas por mandatarios.* — Cuestión dudosa es la de resolver si el mandatario del obligado al pago de la cláusula requiere o no poderes especiales. Si la cláusula penal ha sido constituída por un tercero (art. 664 del C. Civil), no hesitamos en aplicar los arts. 1881, inc. 14, y 2011, inc. 5, del C. Civil. Pero cuando el obligado al pago de la multa es el propio deudor, la solución requiere un estudio más pormenorizado. Si la cláusula penal cumpliera tan sólo una función liquidadora de los daños y perjuicios, pareciera que no debieran requerirse estos poderes especiales. Pero, como se ha explicado, ella también tiene una finalidad compulsoria; opera, en cierta medida, a la manera de una caución personal. En virtud de ello pareciera que son necesarios tales poderes. Es cierto que el art. 1881 no lo menciona como un caso en que se requieran [4] y que no existe una norma en tal sentido en el título XI del libro II, sec. I, pero tal exigencia emana de los principios generales vigentes en materia de mandatos.

[3] Peirano Facio, ob. cit., nº 88.

[4] Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia existen opiniones discordantes sobre el carácter taxativo o enunciativo de la enumeración que contiene el art. 1881. Se pronuncian por lo primero los fallos registrados en "L.L.", 9-679; "L.L.", 4-598; "L.L.", 18-1002; "L.L.", 10-112; Raymundo Salvat, *Fuente de las obligaciones. Contratos*, anotado por Arturo Acuña Anzorena, Tea, Bs. As., 1957, t. III, nº 1807; en cambio, afirman el carácter enunciativo: Borda, ob. cit., *Contratos*, t. II, 2ª ed., nº 1667; Mario A. Piantoni, *Contratos civiles*, vol. II, Lerner, Córdoba, 1975, p. 344; etc.

Vélez cita como fuente, en la nota al art. 1881, a Troplong, leyéndose en el nº 295 del referido autor que aquel a quien se ha otorgado un mandato general no está facultado para *otorgar cauciones* [5]. Este criterio restrictivo en materia de medios de garantía surge claramente del art. 1883 del C. Civil argentino, que determina que el poder especial para vender no comprende el poder para hipotecar. Explica Lafaille que en el contrato de mandato no es posible aplicar el principio de las consecuencias virtuales o implícitas de las cláusulas convenidas; y aunque critica *de lege ferenda* la forma de resolver la cuestión, afirma que corresponde, *de lege lata*, un sistema riguroso de interpretación del mandato [6]. Esta regla está expresamente admitida por el art. 1884 del C. Civil. Por eso, no obstante que esta solución pueda llegar a resultar funesta para la circulación de los bienes y la rapidez de las negociaciones mercantiles, etc., consideramos que dada la naturaleza de la cláusula penal, corresponde exigir poderes especiales a quien se obliga por otro a su pago. Éste es el criterio aceptado por la jurisprudencia en los pocos casos que hemos podido detectar en las principales publicaciones del país. Ha dicho la Cámara Civil de la Capital, Sala E: "si nada expresa la autorización de venta otorgada, excede sus poderes el martillero que en el boleto sujeta a su autorizante a una cláusula penal" [7]. La jurisprudencia mendocina registra un viejo fallo por el cual se resolvió: "La cláusula penal que da por vencido el término del contrato de mutuo como consecuencia del atraso en el pago de los intereses, no es una cláusula ordinaria que deba suponerse implíci-

[5] M. Troplong, *Le droit civil expliqué. Du mandat*, t. XVI, ed. Hingray, Paris, 1846, nº 295.

[6] Héctor Lafaille, *Curso de contratos*, Bs. As., 1928, nº 129. Claro está que este carácter restrictivo o riguroso no impide que se investigue racionalmente la voluntad del mandante siempre que ella emane en forma clara.

[7] 15/5/62, "Galera, A., c. González, A.", en "J.A.", 1963-III-417, y en "L.L.", 108-629.

tamente comprendida en la autorización judicial otorgada al administrador de una sucesión en que existen menores"[8]. Tal como se explicará en el punto relativo al objeto, no existía en el caso una cláusula penal, sino una estipulación de caducidad de los plazos que tiene un régimen distinto (*infra*, § 33); no obstante, señalamos el criterio restrictivo en materia de mandato que inspira a nuestros jueces. Pero debe reconocerse que en ciertas oportunidades se han interpretado con amplitud las funciones otorgadas. Por ej., se ha resuelto que la facultad para pedir embargo preventivo comprende la de ofrecer como contracautela bienes del mandante, porque es la única forma de dejar debidamente cumplido el negocio para el cual fue conferido el mandato[9]. No puede aseverarse lo mismo de una cláusula penal; es decir, el negocio puede ser cumplido acabadamente sin estipularse una pena que pende como espada de Damocles sobre el mandante en caso de incumplimiento.

§ 23. *Obligados al pago.* — *a*) Deudor: Ninguna duda cabe sobre el hecho de que el mismo deudor de la obligación principal pueda someterse al pago de la pena en los casos de incumplimiento, cumplimiento irregular o tardío (arts. 654, 656, 657, etc.).

*b*) Acreedor: Pero también el acreedor de la obligación principal puede ser el sujeto pasivo de la cláusula penal; recordemos que la vida en relación exige inevitablemente la colaboración de ambas partes; el acreedor que no ayuda a su deudor para hacer más adecuado, fácil y menos oneroso su cumplimiento pudiéndolo hacer sin gravamen serio para él, está contraviniendo el deber general

[8] Cám. Apel. de Mendoza (votos de los Dres. Ozán, Boulin Tamisier, Torres y Corvalán), 5/3/31, "Monteleone c. Godoy de Jara (suc.)", "J.A.", 35-505; en igual sentido se pronunció ese tribunal en un fallo registrado en libro de sentencia 94, "Mazzuchelli, A., c. Ismael Villarroel Reyes".

[9] Cám. Nac. Com., Sala A, 15/12/54, "Singer, F., c. Van Steeden", "L.L.", 79-692; S.C. Bs. As., 1/12/1942, "Spano c. Pereyra", "L.L.", 29-312.

de buena fe impreso por el ordenamiento [10]. Por eso no es dudoso que pueda pactarse una cláusula penal para los casos de incumplimiento por el acreedor del deber de colaboración. Por ej., Juan se obliga a entregar a Pedro en la estancia de éste una cantidad de animales, comprometiéndose Pedro a pagar determinada suma por cada día que retrase su percepción. De esta manera, Juan trata de prevenir eventuales gastos de traslado y depósito, reforzando la obligación de Pedro de recibir lo adquirido.

*c*) Terceros: Conforme lo autoriza expresamente el Código Civil (arts. 652 y 664 del C. Civil), un tercero puede constituírse en deudor de la accesoria. Para Enneccerus, en este caso no existe cláusula penal sino fianza [11], y Llambías entiende que existe una "especie" de fianza que se rige por las reglas de este contrato [12]. Ésta es la solución del Proyecto de 1936, que en su art. 606 dispone: "Un tercero puede obligarse a pagar la pena para el caso de incumplimiento por parte del deudor. Se aplicarán entonces, subsidiariamente, las reglas de la fianza". Oportunamente marcaremos las diferencias entre estos dos medios de garantía (§ 228), pero digamos por el momento que en algunos casos el art. 1995 del C. Civil pondrá una valla importante a la solución propuesta; la norma dispone que el fiador no puede obligarse a más que el deudor principal; en el caso de la pena compensatoria, normalmente ella es de un monto superior a la principal; pese a ello, consideramos que deben aplicarse por analogía las disposiciones relativas a la fianza, por ser el contrato más afín, en todo lo que no fuera incompatible. El problema radica en saber qué es lo compatible; en nuestro criterio lo son todas aquellas normas

[10] Conf.: Ruiz Vadillo, ob. cit., p. 378.

[11] Ludwig Enneccerus y Heinrich Lehmann, *Derecho de las obligaciones*, trad. por Blas Pérez González, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1954, t. I, § 37, p. 187, nota 1. Conf.: Lobato de Blas, ob. cit., p. 128.

[12] Llambías, ob. cit., t. I, nº 329.

que reglan los modos extintivos, las relaciones entre deudor y fiador (en especial art. 2029 y concs.); en cambio, para otro sector doctrinal, el tercero que pagó la cláusula penal carece, en principio, de derecho a repetir lo pagado [13]. En el derecho nacional esta posición es insostenible en razón de lo dispuesto por el art. 768, inc. 2, del C. Civil. La mayoría de la doctrina nacional afirma expresamente que el inc. 2 del art. 768 contempla el caso del tercero que otorga una cláusula penal y cumple la principal para salvarse de pagar la pena [14].

§ 24. *Beneficiarios.* — Normalmente la cláusula penal se establece en favor del acreedor o del titular del deber (cuando accede a simples deberes que no son típicamente obligaciones) (arts. 655, 656 y 659 del C. Civil), pero nada impide que beneficie a un tercero; así lo dispone expresamente el art. 653 en su última parte, siguiendo la solución dada por Freitas en el art. 991, párrafo final, del *Esbozo*. Sin embargo, no debe creerse que en este caso existe siempre una estipulación en favor de un tercero regida por el art. 504 del C. Civil, por cuanto no puede presumirse que la sola inclusión de un tercero en la convención le traslade a éste el poder de decisión sobre si debe cumplirse la prestación principal o la accesoria. Este derecho queda reservado —salvo pacto expreso en contrario— en cabeza del acreedor. Por consiguiente, sólo cuando éste opta por la cláusula penal compensatoria se configurará la estipulación en favor del tercero [15]. En cambio, cuando se hubiese pactado una cláusula penal moratoria o cuando la compensa-

[13] Peirano Facio, ob. cit., nº 98; Gatica Pacheco, ob. cit., nº 297.

[14] A vía de ej., compulsar Cazeaux-Trigo Represas, t. II, vol. I, p. 393.

[15] Conf.: Boffi Boggero, ob. cit., t. II, nº 569; A. Von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, trad. por Roces, Reus, Madrid, 1934, t. II, nº 86, p. 238; Antonio Bibiloni, *Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino*, V. Abeledo, Bs. As., 1929, t. II, p. 71; Busso, ob. cit., t. IV, comentario al art. 653, nº 42; Borda, ob. cit., t. I, nº 189.

toria fuere acumulativa, será siempre de aplicación lo previsto por el art. 504 del C. Civil.

El problema fue arduamente discutido durante las sesiones de la mesa directiva del Instituto Argentino de Estudios Legislativos, Sección Derecho Civil. Spota se pronunció en favor de la solución que propiciamos; en cambio, Lafaille, Saravia y Dassen temían que ella significara un retroceso en materia de estipulación en favor de terceros, retrogradándonos a los tiempos en que se negaba acción directa al beneficiario. Sin embargo, ello no es así; acertadamente señala Spota que la cláusula penal tiene un mecanismo propio, *sui generis*, por lo que no pueden trasladarse, sin más, los principios generales relativos a la estipulación en favor de terceros; es por esta razón que en la compensatoria simple otorgamos la acción directa al beneficiario sólo *después* que el acreedor *optó* por la pena [16].

Se discute si en estos casos la cláusula penal pierde función indemnizatoria; como el beneficiario no es el acreedor, se afirma que no existe aquí resarcimiento por ser de la esencia de la indemnización que ella sólo puede ser percibida por la persona que experimenta los perjuicios, a menos que haya sido objeto de una cesión [17]. Para otros, en cambio, tal carácter no se pierde, porque el patrimonio del estipulante puede ser indirectamente resarcido teniendo en consideración los vínculos jurídicos previamente existentes con el tercero beneficiario [18].

## § 25. LA EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD.

Hablamos de expresión de la voluntad, y no de consentimiento, porque, tal como se explicará, admitimos que la

[16] Actas de la Sección de Derecho Civil, Federación Argentina de Colegios de Abogados, Instituto Argentino de Estudios Legislativos, ed. oficial, Bs. As., t. III, 1962, p. 113.

[17] Von Tuhr, ob. cit., t. II, nº 86; ver § 4, *d*.

[18] Conf.: Busso, ob. cit., coment. art. 625, nº 75.

cláusula penal surja de la manifestación unilateral de voluntad.

Los sujetos intervinientes deben expresar su voluntad mediante una manifestación que no requiere términos sacramentales. Es decir, puede ocurrir que las partes hayan estipulado una cláusula penal denominándola de otra manera; o que bajo la denominación impropia se haya estipulado otro tipo de sanción o medio de garantía. Ello no incide en la solución del conflicto que pudiera plantearse, porque la naturaleza intrínseca de una institución no depende de las expresiones que le hayan dado, acertada o erróneamente, los participantes del negocio jurídico. Ya decían los romanos: *"sermo rei et non rea sermoni subjicitur"*. El Código Civil tiene varias aplicaciones de tan sabio principio. Por ej., arts. 1326, 569, etc.

Pero, como la cláusula penal es de interpretación estricta —según criterio mayoritario—, la manifestación de voluntad debe ser clara e indubitable, no pudiendo aplicarse sobre la base de deducciones o inferida de voluntades presuntas [19]. Lo expuesto no significa negar —como lo hace alguna jurisprudencia chilena— la posibilidad de expresión tácita de la voluntad, porque ella no es sinónimo de equívoca. Lo que exigimos es expresión *inequívoca*, pudiendo derivarse de una manifestación *tácita* [20].

## § 26. EL OBJETO.

Como toda prestación, debe ser posible, patrimonialmente valorable (aunque el interés del acreedor no lo sea), determinable y lícita. La posibilidad del objeto aparece claramente en los textos romanos. Se lee en el Digesto (D.,

[19] Conf.: Cám. Com. Cap., Sala A, 23/2/70, "Ucal c. Oleaginosa de Río Cuarto", en "J.A.", 7-1970-910, nº 11; Cazeaux y Trigo Represas, ob. cit., t. I, p. 269.

[20] Ver: Peirano Facio, ob. cit., nº 115. Conf.: Lobato de Blas, ob. cit., p. 140.

45.1, *de verborum obligationibus*, 97 pr., Celso): "Si yo hubiera estipulado así, ¿comparecerás?; si no comparecieres, ¿darás un hipocentauro?; será igual que si hubiera estipulado sólo, ¿comparecerás?".

§ 27. *La licitud.* — Teniendo en cuenta la finalidad conminatoria o compulsoria de la cláusula penal, nos interesa fundamentalmente el carácter del epígrafe. La doctrina es unánime en afirmar que siendo antijurídico que una persona sea coaccionada por medios ilícitos (aplicación de ello es lo dispuesto en el art. 792 del C. Civil), la cláusula, para ser válida, debe ser lícita en sí misma. La solución reconoce honda raigambre en la tradición española que prohibía pactar como pena la propia persona o la propiedad de todos los bienes (Fuero Real, libro I, título XI, ley 5). Por esta razón no pueden pactarse cláusulas penales de tal naturaleza que interfieran en el campo relativo al derecho penal, del cual el Estado se ha reservado el monopolio. Por ej., no puede pactarse que ante el incumplimiento de determinada prestación el deudor se someta a la misma pena prevista por el Código Penal para el delito de homicidio. En este sentido se recuerda la nulidad de la cláusula penal impuesta por Shylock, el mercader de Venecia. En efecto, el prestamista tenía derecho a una libra de carne si Antonio no pagaba el mutuo. Esta sanción —contraria a los medios propios del derecho civil— supone introducirse en el campo punitorio reservado al Estado [21].

El proyecto Acevedo para el Uruguay disponía: "Sólo pueden imponerse como pena los hechos lícitos; los castigos corporales, infamatorios o aflictivos no pueden ser objeto de estas obligaciones".

21 Ver: Mónica Guardado y Rosa María Vicien, *El mercader de Venecia*, en "Lecciones y Ensayos", nº 42, Fac. de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., 1970, ps. 223 y ss.

Como consecuencia de lo expuesto, la cláusula penal tampoco puede ser el medio para evitar la aplicación de sanciones impuestas por razones de orden público. En tal sentido ha dicho el Tribunal Supremo del cantón de Berna: "el derecho de castigar por fraude incumbe al Estado y no puede excluírse contractualmente ni siquiera por multas convencionales" [22].

§ 28. *¿Debe ser diferente del objeto de la principal?* — En el caso de las penas compensatorias, gran parte de la doctrina exige que el objeto de la cláusula penal consista en una prestación *diferente* de la que conforma la principal. Sería irrelevante estipular, por ej., que si no entrego el caballo Centella en determinada fecha, debo dar ese mismo cuerpo cierto [23]. En ese caso la pena sería prácticamente inútil, o, mejor dicho, inexistente. Peirano Facio [24], en cambio, se muestra contrario al requisito con los siguientes argumentos:

*a*) No existe prohibición legal que impida la validez de una cláusula así pactada.

Respondemos al profesor uruguayo que la inexistencia de norma prohibitiva no asegura su utilidad. Recuerda bien Larombière que no se conocen casos de jurisprudencia donde la cuestión haya sido planteada.

*b*) La utilidad es palmaria en aquellos casos en que se ha pactado la acumulación de la cláusula con el cumplimiento de la principal.

La afirmación es valedera para los casos en que se han pactado prestaciones fungibles. Por ej., Juan se obliga

22 19/3/41, "L.L.", 28-841.

23 M. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, ed. Durand, Paris, t. III, 1857, comentario al art. 1226, nº 3; José Olegario Machado, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, 2ª ed., Bs. As., 1915, t. II, p. 382; Busso, ob. cit., t. IV, comentario art. 653, nº 8; Gatica Pacheco, ob. cit., nº 251; Mosset Iturraspe, ob. cit., p. 1232.

24 Peirano Facio, ob. cit., nº 133.

a entregar mil toneladas de trigo de determinada calidad, y si no cumple, a dar mil toneladas de idéntico producto acumulándose a las primeras. Sin embargo, pierde eficacia cuando se trata de prestaciones no fungibles, como es el caso de quien se obliga a trasferir un inmueble, bajo la pena de que si no lo hace debe hacer tradición del mismo inmueble, porque en este caso la acumulación es impensable.

*c*) Aun cuando no se haya pactado la acumulación, el acreedor puede tener interés en el cumplimiento de la pena, y no en el de la principal, porque el régimen a que está sometido el pago de la primera no es el mismo que el de la segunda. Por ej., respecto del régimen de la indivisibilidad y solidaridad que tiene un sistema especial para las cláusulas penales, como luego se verá (arts. 661 y 662).

Respecto del sistema de la indivisibilidad no alcanzamos a advertir la utilidad, en tanto y en cuanto consistiendo en el mismo objeto, siempre que la cláusula penal sea indivisible lo será la principal. Pero para el supuesto de solidaridad de la pena y mancomunidad de la principal resulta exacta la crítica. En efecto, el acreedor tiene en ese caso interés en optar por la cláusula penal, a fin de beneficiarse con los efectos de la solidaridad (*infra*, § 179).

§ 29. *Contenido del objeto.* — Con gran imprecisión terminológica el art. 653 del Código Civil dice que la cláusula penal *sólo* puede tener por objeto el pago de una suma de dinero; y a renglón seguido continúa: "o cualquier otra prestación que pueda ser objeto de las obligaciones". Por aplicación del art. 495 del C. Civil, entonces, la prestación que constituye el objeto de la cláusula penal puede ser un dar, un hacer o un no hacer.

§ 30. *Cláusulas que tienen por objeto dar.* — Lo común es que se trate de sumas de dinero. En muchas

definiciones, incluso, así se lo hace constar [25]. Recuerda Maynz que en el derecho romano la *stipulatio poenae* tenía regularmente por objeto una cantidad de dinero (*pecunia certa*) cuyo pago era perseguido de manera expedita por medio de la *condictio certi*, no encontrándose ningún ejemplo en que tuviera por objeto una prestación distinta; no obstante ello, algunos textos lo colocan como una eventualidad posible (Fr. 11, § 2, D. *de receptis*, 4, 8)[26].

Estas sumas de dinero, excepcionalmente pueden estar en poder del acreedor; por ej., cuando se pacta que el incumplimiento por parte de la compradora dará derecho a la vendedora a resolver el contrato con la retención de las sumas (o cierto porcentaje de ellas) entregadas a cuenta de precio hasta el momento del incumplimiento [27]. No existe razón alguna para negar a esta penalidad el carácter de una cláusula penal. Tanto es así que la jurisprudencia —como se verá— ha distinguido acertadamente entre la licitud de la facultad de resolver y el *exceso* que puede suponer el ejercicio del derecho de hacer propia la cláusula penal estipulada cuando las sumas pagadas alcanzan un notable porcentaje del precio (*infra*, § 168).

§ 31. *Cláusulas que tienen por objeto prestaciones de hacer.* — En realidad, cuando la cláusula penal tiene por objeto una suma de dinero es cuando adquiere eficacia práctica en su máxima expresión, cumpliendo en forma efectiva

[25] Aubry y Rau, ob. cit., t. IV, p. 113, § 309; Da Cunha Gonçalves, ob. cit., vol. IV, t. II, nº 531. La referencia aparece en la mayoría de los autores españoles: Albaladejo, Bonet, Castán, etc., según las referencias extraídas de Ruiz Vadillo, ob. cit., ps. 381 y 382. En el derecho nacional, ver Rezzónico, ob. cit., t. I, p. 242.

[26] Carlos Maynz, *Curso de derecho romano*, trad. por Antonio J. Pou, ed. Molinas, Barcelona, 1887, t. II, nº 258, p. 448.

[27] Cám. 2ª C.C. La Plata, Sala II, 3/9/74, "Cerone c. Troisi", "E.D.", 62-189; Cám. Nac. Civ., Sala A, 5/2/74, "Irigoin c. Bruzzano", "E.D.", 56-397. Conf.: Cám. 1ª, Sala II, La Plata, 6/7/72, "Orazi c. Kirilovsky", en "J.A.", Res. 1973, p. 91, nº 8.

no sólo su finalidad compulsoria, sino también la de liquidar realmente los daños y perjuicios. Se ha dicho —incluso— que los otros contenidos deben ser evitados por ser fuente permanente de "chicanas". Pero ello no significa que no sea posible pactar cualquier otra prestación de dar, e incluso un hacer. En este último caso pueden surgir algunas dificultades prácticas, porque si el deudor no cumple la principal, y para hacer efectivo el hacer es menester ejercer violencia sobre la persona del deudor, será necesaria una nueva valuación —ahora judicial— de la prestación de hacer pactada. En tal sentido, se debilita su función indemnizatoria. Pero estos inconvenientes no significan que conceptualmente deba negársele carácter de cláusula penal; en tal sentido, la Corte de Casación francesa resolvió que es lícita y válida la cláusula penal que consiste en que si las máquinas vendidas causan algún perjuicio en la industria que el comprador tiene instalada, el vendedor toma a su cargo la dirección y realización de los trabajos de reparación necesarios para asegurar el normal funcionamiento de la industria [28]. O, por ej., se pacta que el incumplimiento provocará la obligación de un músico de dar un concierto suplementario, o la del yesero de una obra de efectuar obras complementarias, etc.

§ 32. *Cláusulas que tienen por objeto prestaciones de no hacer.* — Las obligaciones de no hacer han motivado ardua discusión, sobre todo en aquellos países en que la definición legal parece haber limitado el objeto (por ej., el art. 1535 del C. Civil chileno, 1226 del C. Civil francés, etc.) [29]. Interpretando estos textos *a contrario sensu*, algunos autores han sostenido que no es posible estipular como pena una prestación negativa. Coincidimos con Gatica Pacheco en

28 Ver referencias en Peirano Facio, ob. cit., nº 136.

29 El Código chileno dice que una persona se obliga a dar o hacer algo; el francés, a dar alguna cosa.

que, aunque éstas provocan los mismos inconvenientes prácticos que las de hacer, ello no significa que no puedan ser pactadas como pena [30]. En consecuencia, sería válida, por ej., la cláusula por la cual el comprador se obliga a pagar el precio en el término máximo de 30 días, bajo sanción de que si demora la prestación se compromete a no ejercer cierta actividad comercial por determinado número de años, en un radio circunscrito de la ciudad.

§ 33. *La estipulación que consiste en la pérdida de plazos acordados no es una cláusula penal.* — Se discute si la cláusula penal puede consistir en la pérdida de los plazos acordados. Pese a la enjundia de los sostenedores de la afirmativa [31], creemos que en este caso no existe la estipulación penal, sino simplemente una cláusula de caducidad de los plazos, cuyo régimen es absolutamente disímil. En realidad, el problema está estrechamente vinculado a la función que desempeña la cláusula penal. Si se acepta la tesis italiana que esbozamos en el capítulo I, en el sentido de que la cláusula pura cumple *exclusivamente* una función *coactiva* o *punitiva*, es evidente que la pérdida de los *plazos* acordados, como también el supuesto que veremos a continuación (la pérdida de *derechos* otorgados), podrá constituír el objeto de la cláusula penal; efectivamente, la caducidad de los plazos es una *penalidad*; tiene función conminatoria porque el deudor —incitado por la posible pérdida de los términos concedidos para el cumplimiento— tomará todas las medidas a su alcance para que dicho incumplimiento no se produzca. Constreñido por tal eventualidad, temerá la sanción estipulada. En cambio, si se

30 Gatica Pacheco, ob. cit., nº 247.

31 René Demogue, *Traité des obligations en général*, ed. Rousseau, Paris, t. VI, 1931, nº 452; algunos autores chilenos mencionados incidentalmente por Gatica Pacheco, ob. cit., nº 248, nota 661. También ha sido el criterio de viejos fallos resueltos por tribunales mendocinos; Cám. de Apelaciones, 5/3/31, "Monteleone c. Godoy de Jara (Suc.)", "J.A.", 35-505.

admite —como lo hemos hecho— que en el derecho argentino la cláusula cumple una función *ambivalente*, no puede considerarse que la caducidad de los plazos constituya el contenido de una cláusula penal, porque no se advierte cómo se estiman preventivamente los daños y perjuicios. Además la caducidad de los plazos no excluye la acción de daños y perjuicios derivados del incumplimiento, pudiendo el acreedor reclamar, además del vencimiento del término, los perjuicios reales, actitud vedada al beneficiario de la cláusula penal (art. 659 del C. Civil).

§ 34. *La estipulación que consiste en la pérdida de derechos o en amonestaciones al deudor no es una cláusula penal.* — Tampoco hay acuerdo en si la cláusula puede consistir en la pérdida de algunos derechos otorgados por la convención; por ej., en un contrato de locación se pacta que la falta de pago de los arrendamientos adeudados producirá la pérdida del derecho al uso del patio y el jardín del inmueble ocupado; o que la falta de pago de los aranceles hará perder la calidad de asociado al afiliado a una asociación de socorros mutuos; etc. Importante doctrina se pronuncia afirmativamente; es aquella que da preeminencia a la función compulsiva [32].

En el derecho nacional, Soler Aleu ha sostenido que las estipulaciones convencionales que prevé el art. 36 de la ley 17.418 son verdaderas cláusulas penales, y no caducidades [33]. Dice textualmente: "¿Cuál es la esencia jurídica de estas cláusulas llamadas de caducidad? Estimamos, apoyándonos en la autoridad de Spota, que no son cláusulas de

[32] Marín Pérez, en *Código Civil de Quintus M. Scaevola*, ob. cit., t. XIX, p. 921; Peirano Facio, ob. cit., nº 136; Mosset Iturraspe, ob. cit., p. 1233.

[33] A. Soler Aleu, *El nuevo contrato de seguros*, Astrea, Bs. As., 1970, p. 195. Dispone el art. 36 de la Ley de Seguros: "Cuando por esta ley no se ha determinado el efecto del incumplimiento de una carga y la obligación impuesta al asegurado, las partes pueden convenir la caducidad de los derechos del asegurado si el incumplimiento obedece a su culpa o negligencia".

caducidad, sino cláusulas penales, porque para que se den aquéllas es necesario el factor tiempo o plazo que en éstas está ausente".

Este autor confunde "caducidad" con "plazos de caducidad", por lo que al no existir trascurso del tiempo, para él no hay caducidad sino cláusula penal.

Nosotros compartimos el criterio mayoritario que entiende que el instituto de la caducidad (de la cual los términos de caducidad son una especie) tiene —pese a las dificultades en su conceptualización— perfiles propios; en consecuencia, estas cláusulas por las cuales se extinguen derechos o se impide que nazcan, integra el género de las sanciones civiles, pero no son típicamente cláusulas penales [34]. El art. 653 del C. Civil exige que el contenido de la cláusula penal sea cualquiera que pueda ser objeto de las obligaciones; de allí que sólo puede consistir en un dar, un hacer o un no hacer. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo de España al resolver que no es cláusula penal la establecida en los estatutos de una compañía por la cual se estipulaba que caducarían las acciones si los accionistas no satisfacían en tiempo los dividendos pasivos [35].

Por las mismas razones consideramos que no pueden ser consideradas cláusulas penales típicas ni atípicas, las amonestaciones al deudor (ver § 338, letra *f*). Un autor alemán, en cambio, admite este tipo de cláusulas como afectantes a los derechos de la personalidad del deudor, y en tal concepto se la considera pena contractual atípica [35-1].

[34] No es ésta la oportunidad para conceptualizar la caducidad. Recordamos simplemente que para una importante doctrina extranjera lo que caracteriza la caducidad no es la extinción de derechos, sino el evitar que éstos nazcan; es decir, para esta postura no caducan los derechos, sino las meras facultades o potestades jurídicas. Ver: José M. Reyes Monterreal, en *Código Civil de Quintus M. Scaevola*, Reus, Madrid, 1965, t. XXXII, vol. I, p. 257. Para la naturaleza jurídica de las sanciones del art. 36 de la ley 17.418, ver § 294.

[35] Sentencia del 27 de mayo de 1904, citada por Ruiz Vadillo, ob. cit., p. 380; conf. A. Von Tuhr, ob. cit., t. I, nº 237.

[35-1] Harad Horschitz, cit. por Santos Briz, *Derecho civil*, t. III, Derecho de obligaciones, ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1973, p. 90.

§ 35. *Variantes que puede presentar.* — No existe inconveniente alguno en que el objeto de la pena consista en prestaciones conjuntas o disjuntas (alternativas o facultativas). Se recuerda un caso resuelto por la jurisprudencia francesa en el cual una sociedad de socorros mutuos había establecido en sus estatutos que si alguno de los miembros de la sociedad faltaba a las exequias de otro asociado, sin poder justificar debidamente su inasistencia, debía una pena, la cual consistía, a su elección, en el pago de cierta suma de dinero o en retirarse de la sociedad [36].

La cláusula penal puede consistir en una obligación de tracto sucesivo; no existe norma prohibitiva al respecto. La solución es clara en el caso de las penas moratorias, pero si se trata de una sanción compensatoria, será necesario establecer un límite temporal; lo contrario traduciría una tendencia a la perpetuidad contraria a la esencia del vínculo obligacional, que nace para morir [37]. Por ej., si se pactara que la falta de cumplimiento de la principal determinará la obligación del deudor de pagar $ 1.000 diarios. ¿Hasta cuándo debe el deudor esta cantidad? ¿Hasta que el acreedor muera? ¿Es acaso una obligación *intuitu personae* que se extingue con la muerte? Estas dificultades nos llevan a sostener que en la cláusula penal compensatoria de tracto sucesivo debe estipularse expresa o tácitamente un plazo resolutorio.

§ 36. FUENTE.

Todos los autores coinciden en que la cláusula penal puede tener su origen en la convención, pero disienten en si ésta es la única fuente o si, al contrario, puede nacer de la voluntad unilateral, de la ley y de la sentencia judicial. La propia palabra "cláusula" motiva —gramati-

[36] Conf.: Peirano Facio, ob. cit., nº 137.
[37] Trimarchi, ob. cit., p. 78.

calmente— a sostener que la convención es su única fuente, porque la cláusula es la unidad elemental del contenido de la voluntad negocial [38]; sin embargo, analicemos los siguientes supuestos.

§ 37. *Actos jurídicos unilaterales.* — Gran parte de la doctrina nacional y extranjera coincide en que no hay ningun inconveniente en denominar *cláusula penal* a la estipulación por la cual el testador impone al heredero una obligación accesoria en el supuesto de no cumplir con los legados impuestos [39]. Ésta parece haber sido la solución en el derecho romano [40].

Sin embargo, un importante sector niega que en estos casos se esté en presencia de una cláusula penal típica. Algunos consideran que son una modalidad de la institución hereditaria que se rige por reglas propias [41]. En estos casos, existiría un cargo subordinado a la condición negativa de que no se cumpla el legado [42]. Para otros, sólo cuando el heredero acepta la asignación que se le ofrece se configura la cláusula penal, por lo que ésta no habría nacido por la sola voluntad del testador, sino por la concurrencia de dos voluntades (la del causante y la del heredero o legatario) [43].

38 Pugliatti, cit. por Trimarchi, ob. cit., p. 20.

39 Vittorio Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, ed. Athenaeum, Roma, 2ª ed., 1915, nº 134; Demogue, ob. cit., t. VI, nº 452; Larombière, ob. cit., t. III, comentario art. 1226, nº 3; Fausto Moreno, ob. cit., t. IV, p. 197; *Boffi Boggero, ob. cit.*, t. II, nº 585; De Gásperi, ob. cit., t. I, nº 465; De Gásperi-Morello, ob. cit., t. III, nº 1525; Pedro León, ob. cit., t. I, p. 212; Machado, ob. cit., t. II, p. 382; De Barros Monteiro, ob. cit., t. IV, p. 196; Orosimbo Nonato, ob. cit., vol. II, p. 308; Da Silva Pereira, ob. cit., t. II, p. 131; Continentino, ob. cit., nº 7.

40 Arias Ramos, ob. cit., t. II, p. 659. Es también la doctrina de la generalidad de los autores españoles del siglo XIX anteriores al Código Civil; ver Lobato de Blas, ob. cit., p. 59.

41 Piola, ob. cit., t. VII, 2ª parte, p. 366.

42 Borda, ob. cit., t. I, nº 183; Llambías, ob. cit., t. I, nº 328; Luis Leiva Fernández, *Acerca del interés y la cláusula penal*, en "L.L.", 156-1176.

43 Gatica Pacheco, ob. cit., nº 240.

Con mayor rigor lógico ha dicho Busso que en realidad estas "sanciones testamentarias" no son cláusulas penales; recuerda que éstas cumplen una función indemnizatoria; en cambio, aquéllas no tienen por objeto reparar daños y perjuicios [44]; por eso deben ser interpretadas en función de las normas regulatorias del cargo y sólo subsidiariamente, a falta de disposición expresa, aplicar por analogía las disposiciones sobre cláusula penal (ver *infra*, § 286).

Quienes admitimos la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, no encontramos impedimento en sostener que la cláusula puede emanar de actos jurídicos *inter vivos* unilaterales [45]. Esta posición ha recibido acogida jurisprudencial en un interesante caso fallado por la Cámara Nacional Civil, Sala F: "El reconocimiento de su mora y el compromiso de pagar una suma mensual hasta el cumplimiento de la obligación que el vendedor asumió en una carta dirigida al contratante, no constituye una oferta que requiera aceptación para su perfeccionamiento, sino una obligación unilateral y voluntariamente asumida con el carácter de cláusula penal" [46].

§ 38. *La gestión de negocios no puede ser fuente de una cláusula penal.* — Señala acertadamente Lobato de Blas que no cabe imaginar cláusulas penales nacidas de una gestión de negocios sin mandato. Si previendo la posibilidad de que una persona se encargue lícitamente de los negocios de otra, las partes pactaron una cláusula penal, en ese mismo pacto se está dando tácitamente, o bien una autorización para la realización de tales gestiones, o una ratificación de ellas para el día que ocurran. Por tanto, no cabría aquí hablar de

[44] Busso, ob. cit., t. IV, art. 652, nº 12.

[45] Boffi Boggero, ob. cit., t. II, nº 581; Demogue, ob. cit., t. VI, nº 452; Isidoro H. Goldenberg, *La voluntad unilateral*, Ed. Platense, La Plata, 1975, ps. 39 y ss.

[46] 31/7/69, "Bollón, G., c. Edificio Junín S.R.L.", "L.L.", 137-86, "J.A.", 4-1969-551, y "E.D.", 70-659, sumario 3044.

origen extracontractual, sino, al contrario, estrictamente convencional [47].

§ 39. *La cláusula penal en el pago indebido.* — Los supuestos de cláusulas penales que aseguren la obligación de restituír fundada en el pago indebido son improbables en la práctica, pero conceptualmente pensables. El referido autor español nos proporciona un ejemplo muy claro: dos empresas de intensa relación comercial entre sí, pretendiendo evitar los errores provenientes de un deficiente control de facturas, pactan una cláusula penal para el supuesto de que se realizaran pagos correspondientes a partidas no debidas, pero reflejadas en facturas presentadas al cobro por la otra; aquí la pena es válida y la obligación principal de restituír no reconoce origen contractual, sino la *actio in rem verso* de génesis legal.

§ 40. *La cláusula penal en las obligaciones originadas en actos ilícitos.* — Con relación a las obligaciones nacidas de los actos ilícitos normalmente no es admisible la cláusula penal. En efecto, si ésta se pacta cuando el daño derivado de la conducta antijurídica ya se ha producido, entonces la cláusula penal nace de la convención por la cual las partes liquidaron los perjuicios ya producidos.

¿Es posible el pacto previo? En los casos de responsabilidad por el hecho de otro parecería que sí. También Lobato de Blas nos proporciona un caso ejemplificante: el propietario de un edificio colindante con el campo de deportes de un colegio, pacta con el director una pena que éste deberá pagar cada vez que se produzcan roturas de cristales causadas por los juegos de pelota, a más de la reparación de los daños que tales hechos ocasionaran. La pena en sí misma reconoce un origen contractual, pero aseguraría una obliga-

[47] Lobato de Blas, ob. cit., p. 150, adhiriéndose al pensamiento de Albaladejo.

ción derivada de hechos ilícitos. No obstante la agudeza del ejemplo propuesto, cabe preguntarse si no estamos en presencia de una obligación de origen contractual sometida a condición suspensiva: si "x" rompe un vidrio, pagará a más de los daños y perjuicios una pena. No podría invocarse que tratándose de un hecho condicionante ilícito la obligación es nula (art. 530), porque como el *factum* es de un tercero, existe en realidad sólo la asunción de un riesgo [48].

En los casos de responsabilidad por actos propios culposos, ocurriría otro tanto. Por ej., José, que tiene instalado en un inmueble un pequeño taller donde fabrica juegos de pirotecnia, se obliga a pagar, a su vecino, además de los daños y perjuicios correspondientes, una pena en todos los casos en que, por efecto de la actividad peligrosa, cause daños a la propiedad colindante. En este supuesto —al igual que en el anterior— la obligación reconoce un origen contractual, sometido a condición [49].

En realidad, la naturaleza de estas convenciones es la de ser convenios de asunción de riesgos, muy semejantes al seguro. Por eso entendemos que en los ejemplos proporcionados no hay verdaderas cláusulas penales, porque ellas se deben no obstante la falta de culpa subjetiva del responsable (ver *infra*, § 125). O quizá, como afirman Roca Sastre y Puig Brutau [50], no son sino "penas impropias" (ver § 46) "en el sentido de ser prestaciones que dependen de un resultado futuro e incierto que no consiste en ninguna obligación principal, pero tipificadas, además, por la finalidad de lograr una solución firme respecto de circunstancias cuyo resultado se ignora".

[48] Ver: Cazeaux y Trigo Represas, ob. cit., t. II, vol. I, p. 179.

[49] Conf., en el caso de los actos propios y en los de responsabilidad objetiva: Lobato de Blas, ob. cit., p. 152; Jorge Giorgi, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, ed. Reus, Madrid, 1911, t. V, nº 140, sostiene que los artículos referentes a la cláusula penal son inaplicables a las obligaciones extracontractuales.

[50] Roca Sastre y Puig Brutau, *Estudios de derecho privado*, vol. I (ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1948), p. 273.

§ 41. *La ley.* — Para algunos autores no hay razón conceptual en negar carácter de cláusula penal a las sanciones fijadas por las leyes para los casos de incumplimiento de obligaciones de origen legal, ni tampoco a las indemnizaciones legalmente tarifadas, porque ellas entrañan, en el fondo, una interpretación de la voluntad de las partes [51]. Ésta parece ser en la doctrina nacional la opinión de Colmo y Busso [52] con relación a las indemnizaciones tarifadas, por ej. las que establecen los arts. 232 y concs. de la Ley de Contrato de Trabajo (*infra*, § 339 y 340), los arts. 160 y concs. del Código Aeronáutico (*infra*, § 319 y ss.), etc. No podemos compartir la posición reseñada. Este tipo de indemnizaciones tiene una naturaleza muy distinta de la de la cláusula penal. Tanto es así que, como lo marca con acierto De Cupis [53], presentan el carácter de *inmutabilidad absoluta*; es decir, los jueces no pueden reducirlas ni ampliarlas; en cambio, las cláusulas penales son inmutables sólo relativamente, tal como se analizará en el capítulo siguiente.

En cuanto a las sanciones fijadas por la legislación fiscal, Busso les niega el carácter de cláusula penal porque para él ésta sólo tiene función indemnizatoria; en cambio, aquellas tienen una finalidad disciplinaria punitiva. Reconoce, sin embargo, que en los casos en que se establezcan recargos proporcionales al tiempo de demora, puede asimilarse a una pena moratoria [54]. Alguna jurisprudencia ha llegado a la total asimilación: "La multa en materia de impuestos es un accesorio de los mismos, y si bien emana de la ley es equiparable a una cláusula penal que tiene por objeto el cumplimiento de la prestación y prefijar los daños" [55].

51 Conf.: Von Tuhr, ob. cit., t. II, nº 86, p. 236; Lobato de Blas, ob. cit., p. 119.

52 Colmo, ob. cit., nº 165; Busso, ob. cit., t. IV, art. 652, nº 18.

53 De Cupis, ob. cit., p. 228.

54 Busso, ob. cit., t. IV, art. 652, nº 55.

55 Cám. 1ª Apel. Mercedes, 14/7/42, "D.J.B.A.", 1942-I-342.

Consideramos, con importante doctrina, que si bien el Estado es soberano para imponer sanciones civiles contra quienes incumplen obligaciones de origen legal, éstas por su fuente y su carácter de necesidad en cuanto a la imposición no pueden asimilarse a las cláusulas penales, que se caracterizan por ser voluntarias. Para nosotros las cláusulas penales nacen de la voluntad, y en este sentido pueden ser catalogadas de *arbitrarias* o *accidentales*. Tal carácter de arbitrariedad o accidentalidad es señalado por romanistas contemporáneos [56]. Al contrario, las sanciones legales integran el acto con independencia de la voluntad de las partes. Por eso, tampoco aquí procede la facultad de reducir los montos fijados legalmente, salvo que la ley se declare inconstitucional por ser violatoria del derecho de propiedad. Todo lo dicho no obsta para que sanciones legales y cláusulas penales, en algunos aspectos generales, estén sujetas a los mismos principios generales por ser ambas especies del género común (sanción civil) [57].

§ 42. *La sentencia judicial.* — Afirma Windscheid [58] que la cláusula penal puede ser también impuesta por el juez, y aunque reconoce que no constituye específicamente una relación contractual, sostiene que no existen impedimentos en aplicarle la normativa relativa al instituto en estudio. Esta postura implica un desplazamiento de los principios relativos al derecho de las obligaciones a otras zonas del derecho. Windscheid lo justifica explicando que ésos integran la temática más general del negocio jurídico. Pero

[56] Ver: Alfredo Di Pietro y Ángel E. Lapiezaelli, *Manual de derecho romano*, Coop. de Derecho y Ciencias Sociales, Bs. As., 1976, p. 147; Ursino Álvarez Suárez, *El negocio jurídico en derecho romano*, ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1954, p. 18.

[57] Conf.: Gatica Pacheco, ob. cit., nº 240; Cáceres, ob. cit., p. 136; Peirano Facio, ob. cit., nº 107.

[58] Bernardo Windscheid, *Diritto delle pandette*, trad. Fadda y Bensa, ed. Unione Tip., Torino, 1930, t. II, § 286, p. 121.

consideramos que estas sanciones impuestas judicialmente se rigen por las normas relativas a las *astreintes*, específicamente regladas por los arts. 666 bis del C. Civil y 37 del C. Procesal Civil de la Nación. En el capítulo VIII marcamos las diferencias entre ambos órdenes.

### § 43. LA CAUSA FINAL.

Este elemento estructural es, conforme a la expresión de Trimarchi, la piedra de toque a fin de determinar la autonomía conceptual de la cláusula penal. Por supuesto que también este punto está íntimamente vinculado al criterio que se sustenta en cuanto a las funciones que cumple la cláusula penal. Quienes le otorgan función compulsoria aseveran que la finalidad de la cláusula penal puede diferir, y de hecho difiere en muchos casos, de la causa-fin del negocio principal. Así, por ej., mientras la causa final del contrato de compraventa reside —según la visión tradicional— en el intercambio de una cosa contra un precio, la cláusula penal que se pacta para reforzar dicho negocio no tiene por causa final dicho intercambio, sino que su causa próxima es la previsión de la sanción para su cumplimiento. A veces ambas causas-fines se hallan en situación de complementación; pero otras, pueden presentarse en relación de mutua "indiferencia" [59]. Incluso, en algunas oportunidades es la propia cláusula penal la que impide el cumplimiento del fin previsto en el negocio principal. Así, por ej., si se pactó una pena compensatoria, eligiendo el acreedor la pena frustrará de hecho la realización del fin del contrato, porque el intercambio querido en el negocio principal no se realizará, sino que al contrario él se sustituirá por la cláusula penal.

En cambio, para quienes sostienen que la cláusula penal no es sino una simple liquidación anticipada de los

[59] Trimarchi, ob. cit., p. 26. Conf.: Lobato de Blas, ob. cit., p. 29.

daños y perjuicios, es evidente que ella no tiene una causa final específica, sino que siempre se identifica con la de la convención principal.

Tal como hemos explicado, en el derecho nacional la cláusula penal tiene función ambivalente, por lo que apareciendo *ab initio* la finalidad compulsoria, la existencia de la causa final propia nos parece innegable.

## § 44. LA FORMA.

Se discute acerca de si la cláusula penal debe estar sujeta a las mismas formalidades previstas para la obligación principal. Nuestro Código, al igual que aquellos de filiación francesa, carece de una norma expresa sobre el particular. En cambio, el moderno Código de Portugal dispone que la cláusula penal debe sujetarse a las mismas formalidades exigidas para la obligación principal (art. 810, 2º párrafo). Evidentemente el problema se plantea cuando la pena se pacta en documento separado o cuando habiéndose estipulado en el mismo instrumento, la pena exija, por su naturaleza, una forma más rigurosa que la de la principal.

Peirano Facio [60] se ha pronunciado por el principio de la "independencia de las formas", fundado no sólo en la carencia de una norma legal que obligue a seguir la forma de la principal, sino también en algunos antecedentes del derecho español antiguo. Dice, además, que la regla de que lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal es sólo en razón de la "existencia" (si una es nula, también lo es la otra), y no en razón de la "naturaleza", porque lo contrario podría llevar a conclusiones absurdas (por ej., que un contrato de naturaleza consensual se convierta en uno de naturaleza real por el solo hecho de acceder a un comodato o a un mutuo). De la misma opinión parece ser Mosset Iturraspe, quien afirma: "la cláusula es no formal, no re-

[60] Peirano Facio, ob. cit., nº 118. Conf. Gómez Calero, ob. cit., p. 124.

quiere solemnidad prevista por la ley" [61]. Pero afirma que a los fines de la prueba pertinente rige la limitación del art. 1193; o sea, que si el valor de la pena —y no el del negocio principal— supera el tope legal, debe probarse por escrito. Pero habiendo libertad de formas, podría convenirse por cualquier medio, incluso verbalmente.

En el derecho italiano, la solución es distinta; el ordenamiento positivo de ese país cuenta con dos artículos (1341 y 1342 del C. Civil italiano de 1942), que parecen ser aplicables al caso. Ellos disponen: "Las condiciones generales del contrato establecidas por uno de los contratantes serán eficaces respecto del otro si en el momento de la conclusión del contrato éste las ha conocido o hubiera debido conocerlas usando la diligencia ordinaria. En todo caso *no* tendrá efecto, si no fuesen específicamente aprobadas *por escrito* las condiciones que establezcan en favor del que las ha impuesto, limitaciones de responsabilidad, facultades de rescindir el contrato o suspender su ejecución, o sancionen a cargo del otro contratante caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones con terceros, prórroga o renovación tácita del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones a la competencia de la autoridad judicial". "En los contratos concluídos mediante la firma de formularios dispuestos para disciplinar de modo uniforme determinadas relaciones contractuales, las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las del formulario cuando fuesen incompatibles con éstas, aunque las últimas no hubiesen sido canceladas. Se observará, además, la disposición del § II del artículo precedente". Por aplicación de estos artículos, Magazzu considera que siempre que la cláusula penal se inserta entre las condiciones generales del contrato o que haya sido incluída en formularios, requerirá la forma *escrita* [62]. Más explícitamente, Trimarchi entiende

[61] Mosset Iturraspe, ob. cit., p. 1229.
[62] Magazzu, ob. cit., p. 192.

que en el caso de cláusulas insertas en formulario es menester distinguir si ellas están impuestas en favor del deudor de la principal o del acreedor. Sólo en este último caso se requiere la forma escrita: "no se le puede imponer al deudor una pena si específicamente no resulta su efectiva participación (mediante la aprobación por escrito) en la formación del consentimiento" [63].

Nosotros nos adherimos a la tesis que aplica la regla de la accesoriedad [64]. Ésta parece haber sido la solución en el derecho romano. Se lee en la obra de Van Weter: "En cuanto a la forma basta un simple pacto si la cláusula va unida a un contrato de buena fe; pero si va unida a un contrato de estricto derecho, es necesaria una estipulación" [65].

En nuestros días prestamos apoyo a esta posición por una razón de índole práctica: la tesis contraria puede llevar a fines no queridos; bastaría pactar una cláusula penal para eludir el sistema de formas previsto por el legislador. En efecto, la principal no podría ser reclamada, pero sí la accesoria, con lo que se habría cumplido —al menos— la finalidad económica. En este sentido creemos que las impugnaciones señaladas por el notable profesor uruguayo no alcanzan para conmover tan sólidos fundamentos.

En consecuencia: si no existe forma especial prevista por la ley, la cláusula penal puede pactarse por cualquier medio, sin perjuicio de las dificultades probatorias que puedan presentar algunos de ellos. Si la ley la ha establecido, debe distinguirse entre formas *ad probationem* y *ad solemnitatem*. En este último caso, por ej., si la cláusula accede a una donación de inmuebles o a una transacción que versa

[63] Trimarchi, ob. cit., p. 139.

[64] Von Tuhr, ob. cit., t. II, p. 236; Piola, ob. cit., p. 367; Lobato de Blas, ob. cit., p. 138.

[65] P. Van Wetter, *Curso elemental de derecho romano*, trad. por Michelena, Madrid, 1889, t. II, nº 307; conf. Pedro Bonfante, *Instituciones de derecho romano*, Reus, Madrid, 1929, p. 436.

sobre derechos litigiosos [66], la accesoria deberá estipularse como requisito de validez en instrumento público (art. 1810 del C. Civil) o constar por escrito y presentada al juez de la causa firmada por los interesados (art. 838 del C. Civil). En cambio, si las formas se imponen *ad probationem*, la cláusula se podrá estipular por cualquier medio, pero sólo podrá ser acreditada en juicio si se instrumentó de la manera ordenada por la ley para la principal. Por ej., si la multa accede a una cesión de derechos y acciones sobre un inmueble, para hacerla efectiva deberá requerirse previamente su elevación a escritura pública (arts. 1184 y 1185 del C. Civil).

Pero además debe aclararse que siendo la cláusula penal un negocio jurídico con estructura propia, es factible que por su propio objeto requiera ella misma determinada solemnidad. Por ej., se pacta que la falta de cumplimiento de una obligación determinará la del deudor de donar cierto inmueble a un tercero. Producido el incumplimiento de la principal, si el "donatario" exige el cumplimiento de la donación deberá acreditar que ésta se halla formalizada en escritura pública (art. 1810). Debe concluírse que cuando la pena exija por su naturaleza especial que conste en instrumento público, ésta deberá documentarse en la forma que el régimen general le imponga, dejando de lado el principio de la accesoriedad. Éste es otro indicio por demás elocuente de que la cláusula penal no es una mera "cláusula negocial", sino un "negocio jurídico" en sí misma.

[66] No desconocemos la importante discusión acerca de si el art. 838 ha impuesto forma *ad solemnitatem* a la transacción de derechos litigiosos. Nos pronunciamos por la afirmativa. Conf.: Argentino C. Barraquero, *Transacción y cosa juzgada; su régimen legal*, en "J.A.", 1950-IV-191; Carlo Carli, *La demanda civil*, ed. Lex, Bs. As., 1973, ps. 214 y ss.; Augusto Morello, *La transacción desde la perspectiva procesal*, en "Rev. del Colegio de Abogados de La Plata", 1963, nº 11, p. 385; Trigo Represas, ob. cit., t. II, vol. 2, p. 255.

§ 45. LOS ELEMENTOS ACCIDENTALES.

La cláusula penal, como todo negocio jurídico, puede estar sometida a modalidades, como son el plazo, la condición o el cargo. Por ej., no existe impedimento en sostener que la falta de cumplimiento de la obligación principal provocará la obligación de entregar determinada suma de dinero, la que deberá hacerse efectiva en el término de *un año* contado a partir de la interpelación que efectúe el acreedor de la pena; o que esta suma se pagará bajo la condición de que en ese año agrícola el deudor haya tenido cosecha abundante, etc.

Incluso es admisible desde el punto de vista lógico una cláusula penal cuyo cumplimiento trata de asegurarse mediante otra cláusula penal.

Lo expuesto es de mucha importancia si se lo vincula al profundo problema de la *exigibilidad* de la cláusula penal. En efecto, si la pena no está sometida a ninguna modalidad, consideramos que ella se hace exigible desde que se torna en tal la principal, por efecto de la accesoriedad. Por ej., se estipula que la falta de pago de la obligación de entregar el inmueble vendido en el plazo fijado hará pasible al vendedor de una pena consistente en determinada suma de dinero; vencido el plazo fijado para la principal, se torna exigible la cláusula penal; pero tal como hemos dicho, ningún impedimento legal existe para que sea la propia cláusula la que esté sometida a una modalidad, en cuyo caso la exigibilidad de la principal *no* opera la de la cláusula hasta tanto se opere el hecho previsto para habilitar al acreedor a requerir la accesoria.

El superior tribunal de la Nación ha admitido que la cláusula penal pueda estar sometida a un plazo distinto del de la principal; esto surge de los fundamentos del fallo recaído *in re* "Establecimientos Rurales San Francisco S.C.A. c. Gobierno Nacional (Ministerio de Defensa Nacional),

s/Daños y perjuicios" [67]. Las circunstancias fácticas que rodearon el caso resultan muy significativas, lo que motiva un relato somero de ellas: el Estado estaba vinculado a la actora por una relación locativa. En virtud de reclamarse la restitución del inmueble locado, las partes celebraron una transacción por la cual se fijaba la fecha del 30 de junio de 1968 como plazo máximo para la restitución del inmueble, pactándose además que la locadora renunciaba a percibir las diferencias retroactivas por el reajuste del alquiler desde la fecha de la ocupación ilegítima hasta la transacción, siempre que el Estado procediera a la restitución en término del inmueble. La falta de cumplimiento de la obligación de restituír se sancionaba con una pena o multa que corría a partir del 1 de setiembre del mismo año. El Estado desocupó el inmueble después del 30 de junio, pero antes del 30 de agosto. La locadora inició una demanda reclamando los daños y perjuicios producidos por la retención indebida, sosteniendo que su renuncia estaba condicionada al hecho futuro de que el Estado desocupara en el término fijado en la transacción (30 de junio). El inquilino adujo que al hacerse correr la cláusula penal desde el día 1 de setiembre se había establecido un plazo de gracia para el cumplimiento de la principal, por lo que no correspondía el pago de los perjuicios a los cuales la actora había previamente renunciado. La Corte nacional distinguió —con acierto— entre el plazo fijado para la principal y el estipulado para el devengamiento de la cláusula, resolviendo que este último ninguna incidencia ejercía sobre el primero. Y en tal sentido resolvió: "si en la transacción celebrada en un juicio de desalojo la actora renunció al cobro de daños y perjuicios si se entregaba desocupado el bien antes de determinada fecha, dado que no se cumplió con la entrega a dicho término corresponde acoger la acción deducida, sin que a ello

[67] Corte Suprema, 27/10/77, "L.L.", 1978-C-675, s. 3235.

obste que se hubiera previsto que a los sesenta días de aquella fecha comenzaría a aplicarse una cláusula penal".

La Corte de Casación italiana —por su parte— ha admitido que la cláusula penal puede estar sometida ella misma al cumplimiento de una condición [68].

[68] Corte de Casación de Italia, 17/7/46, cit. por Francesco Messineo, *Doctrina general del contrato*, trad. por R. Fontanarrosa y otros, Ejea, Bs. As., 1952, t. I, p. 218, nota 41.

## Capítulo III

# CARACTERES

Nos proponemos delimitar aquellas características que sirven para conceptualizar la cláusula penal, siendo algunas esenciales y otras meramente naturales.

### § 46. Es accesoria.

Enseña el codificador Vélez Sarsfield que de dos obligaciones una es principal y la otra accesoria cuando la una es la razón de la existencia de la otra (art. 523 del C. Civil), y que las obligaciones son accesorias respecto del objeto cuando son contraídas para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, ejemplificando, precisamente, con la cláusula penal (art. 524).

Antes de entrar en un análisis pormenorizado del carácter señalado, conviene destacar que él no obsta a reconocer a la cláusula penal la calidad de negocio jurídico, pues como lo hemos señalado precedentemente junto con moderna doctrina, ella tiene todos los elementos estructurales de éste (sujeto, objeto, vínculo jurídico y causa). Pero, de la misma manera que la fianza, o las convenciones hipotecarias o prendarias, la cláusula penal requiere un negocio principal al cual acceder [1].

[1] Conf.: Trimarchi, ob. cit., nos. 3, 4 y 5, ps. 21 y ss.; Mosset Iturraspe, ob. cit., ps. 1228 y 1229, punto 4, en especial notas 34 y 35.

El carácter accesorio es marcado por los romanistas [2], pero se recuerda que la *stipulatio poenae* se podía concebir de dos modos distintos: como cláusula penal aislada, independiente de cualquier otra obligación, o como accesoria de una principal. A ellas se refiere Papiniano (L. 115, par. 2, Dig. *de verb. oblig.*) cuando proporciona las fórmulas usadas en ambos casos: "*¿si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?*". "*¿Pamphilum dare spondes? ¿Si non dederis, tantum dare spondes?*". También Paulo hace mención a ambas fórmulas (Digesto, parte VI, libro XLIV, título VII, fragmento 44, § 6). La primera no es sino una obligación bajo condición suspensiva, exigible desde el cumplimiento del hecho condicionante. La segunda, al contrario, incluye una obligación principal y otra accesoria; por eso, muchos romanistas insisten en que sólo la segunda fórmula encara a la típica cláusula penal [3].

Parte de la doctrina recoge la distinción tradicional, caracterizando entonces a la "falsa cláusula penal" como aquella que tiene lugar cuando alguien sin obligarse a una prestación, promete pagar una suma de dinero en caso de no cumplir espontáneamente esa prestación [4].

Consideramos que en el derecho moderno el carácter accesorio es esencial y, por ello, las obligaciones concertadas bajo la primera de las fórmulas deben ser reguladas

[2] Ver: Pedro Bonfante, *Instituciones de derecho romano*, Reus, Madrid, 1929, p. 436.

[3] Ver: Espín Cánovas, ob. cit., t. 30, p. 150; Maynz, ob. cit. Conf.: Caramés Ferro, *Curso de derecho privado romano*, 5ª ed., Abeledo-Perrot, 1949, p. 253; Lobato de Blas, ob. cit., p. 36.

[4] Ver: Savigny, *Le droit des obligations*, trad. por Gerardin y Jason, 2ª ed., ed. Thorin, París, 1873, t. II, p. 442. Acepta esta distinción en el derecho nacional Atilio A. Alterini, ob. cit., p. 4, y especialmente en su voto como integrante de la Sala B de la Cám. Nac. Com., *in re* "Caruso, Luis, c. Canavesi", 14/12/76, con nota desaprobatoria de Nicolás Halperin, *Cláusula penal anexa a la disolución de sociedad irregular por voluntad de uno de los socios*, en "L.L.", 1977-C-262.

entre las obligaciones condicionales [5]. Ésta es la solución consagrada por el art. 608 del proyecto de 1936, que dice: "La cláusula en cuya virtud una persona, sin obligarse a una prestación, estipula una pena para el caso de que no la efectuare, estará sometida a las reglas de los actos condicionales". Es menester recordar que la cualidad de la accesoriedad integra de tal modo el concepto, que los redactores del proyecto de 1936 lo incluyeron en la propia definición. En tal sentido dice el 599: "En el acto constitutivo de la obligación, o en otro ulterior, las partes podrán convenir con *carácter accesorio*, una pena para el caso de retardo o de incumplimiento". Esta frase incidental provocó la reacción de Spota, quien sostuvo, durante las reuniones de la mesa directiva del Instituto Argentino de Estudios Legislativos, que era un concepto doctrinal impropio de un cuerpo legislativo; pero prevaleció la opinión de Lafaille, quien insistió en que el artículo debía mantenerse tal como estaba proyectado [6].

En realidad, este carácter es marcado prácticamente por la unanimidad de la doctrina [7]; en el derecho nacional

[5] Conf.: Ruiz Vadillo, ob. cit., p. 386, nota 49. Para Fausto Moreno, ob. cit., t. IV, p. 196, en cambio, en esta cláusula "flotante" sin posible efectividad y sin un fin concreto, lo que existe es una alternativa.

[6] Ver: *Actas de la Sección de Derecho Civil del Instituto Argentino de Estudios Legislativos. Proyecto de reforma del Código Civil*, t. III, ed. oficial, Bs. As., 1962, p. 109.

[7] Conf.: De Page, ob. cit., t. 3, nº 117; Duranton, ob. cit., t. XI, nº 320; Larombière, ob. cit., comentario art. 1227, nº 1; Francisco Ricci, *Derecho civil teórico y práctico*, trad. por Eduardo Ovejero, Madrid, t. XIII, nº 186, p. 282; Aubry y Rau, t. IV, § 309, p. 113; Demolombe, ob. cit., t. XXVI, nº 637; la jurisprudencia es también reiterada. Ver Cám. Fed., Sala 1ª, Civ. y Com., 31/12/70, "Peláez c. Gas del Estado", "J.A.", 10-1971-201; Cám. 1ª Civ. y Com. Tucumán, 10/8/73, "San Miguel c. Cía. Azucarera Ingenio Amalia S.A.", "L.L.", 153-418; Cám. 1ª Civ. y Com. de Mercedes, 11/5/73, "Zurro, A., suc. c. Soc. Esp. Socorros Mutuos de Trenque Lauquen", en "J.A.", 21-1974-588. Algunos autores sostienen que la cláusula es *secundaria* con el significado que damos en el texto a la accesoriedad. Ver, por ej., Valverde y Valverde, *Tratado de derecho civil español*, 2ª ed., t. III, Valladolid, 1920, p. 79. Sin embargo, no existe total identidad de conceptos. Dice Valverde que la obligación primitiva es aquella que primero se contrae y secundaria la que aparece

no podría ser de otro modo en atención a lo dispuesto por el art. 524 del C. Civil. Sin embargo, un autor local ha negado la accesoriedad de la cláusula penal compensatoria: "Conceptualmente sólo accede la moratoria, porque la compensatoria adquiere autonomía suficiente como para desplazar la pretensión que el acreedor pueda hacer de la ejecución de la obligación principal una vez que optó por el cumplimiento de la pena. Este desplazamiento demuestra su autonomía" [8].

No participamos de este criterio; con el mismo argumento debiera negarse la accesoriedad de la obligación facultativa, que la distingue precisamente de la alternativa. Es claro que después de la opción, tanto en la facultativa, como en la cláusula penal, se produce la concentración y el desplazamiento de que nos habla el autor citado. Pero el carácter de accesoriedad es precisamente importante en el momento *anterior* al advenimiento de la opción. Por ello, por ser accesoria, si la principal se pierde sin culpa del deudor, antes de la mora, se extingue también la cláusula penal compensatoria. Volveremos sobre el particular al analizar los derechos del acreedor (§ 154).

Para algunos autores este carácter se deriva directamente de la función indemnizatoria. En tal sentido, Colmet de Santerre [9] ha dicho que si la cláusula penal es la estimación de los daños y perjuicios, ello significa que la estipulación supone una obligación preexistente cuya inejecución produce daños, derivándose de ello dos obligaciones: una principal (la que se incumplió) y otra accesoria (la de pagar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento).

---

después. Pero como bien dice Lobato, nada se opone a que primero se contraiga la cláusula penal (ob. cit., p. 105).

[8] Leiva Fernández, ob. cit., "L.L.", 156-1180.

[9] E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code Civil de A. M. Demante*, 2ª ed., t. V, ed. Plon, París, 1883, nº 165.

Lo expuesto no significa de ningún modo que el fin compulsorio obste al carácter accesorio. Precisamente, la sanción se impone ante el incumplimiento, o cumplimiento irregular o tardío, de una obligación que se estima principal.

*Consecuencias del principio de la accesoriedad*

§ 47. VALIDEZ Y NULIDAD DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL.

Rige desde las épocas romanas el principio de que la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal. Esta regla fue consagrada, con algunas variantes, por las leyes de Partidas y adoptada por proyectos importantes, como son el de García Goyena (art. 1080), el *Esbozo* de Freitas (arts. 995 y 996) y el de Valencia Zea para Colombia de 1980 (art. 535). Es la solución reiterada en numerosísimos códigos. A vía de ej., ver C. Civil del Brasil (art. 922), C. Civil de Méjico (art. 1841), C. Civil del Ecuador (art. 1579), C. Civil de Colombia (art. 1593), C. Civil de El Salvador (art. 1407), C. Civil de Costa Rica (art. 709), C. Civil del Uruguay (art. 1364), C. Civil de Chile (art. 1536), C. Civil de España (art. 1155), C. Civil francés (art. 1227), etc. Por supuesto, nuestro Código no podía escapar a ella. Dispone el art. 663: "La nulidad de la obligación principal causa la nulidad de la cláusula penal; pero la nulidad de ésta deja subsistente la obligación principal".

El fundamento de la solución radica no sólo en la accesoriedad de la cláusula, como lo señala Vélez Sarsfield en la nota al artículo trascrito, sino igualmente en el carácter sancionatorio de la estipulación; siendo la cláusula penal un medio de compeler al cumplimiento de la principal, de aceptarse la validez de la cláusula no obstante la nulidad de ésta, "se estaría autorizando implícitamente a las partes para eludir las prohibiciones establecidas por la ley, permitiéndoles atribuír eficacia, de manera indirecta, a

aquellas estipulaciones que, en razón de su objeto o de su causa, importan actos o contratos prohibidos por la ley o no reconocidos por ella" [10].

Para Castán [11] la regla se aplica sólo a la nulidad absoluta, y no a las otras formas de nulidad que dejando subsistentes la posibilidad de que la obligación llegue a producir efecto (por confirmación del acto que le dio origen), justifican y exigen el mantenimiento de la función de garantía que la cláusula penal desempeña. En nuestro criterio, la nulidad o anulabilidad de la principal traerá aparejada la misma invalidez de la accesoria. Es decir, si se trata de una nulidad o anulabilidad relativa, la cláusula penal adolecerá de la misma sanción, y, en consecuencia, siguiendo la suerte de la principal, podrá ser confirmada si cesan los vicios que atacaban a esta última.

Es que en realidad el término *nulidad* está empleado en el art. 663 en sentido muy amplio, queriéndose significar que la cláusula penal no puede subsistir sin una obligación válida; por ello se comprenden no sólo los vicios de nulidad, sino en general todos los supuestos de invalidez [12].

Siguiendo el principio enunciado, puede afirmarse que es nula la cláusula penal tendiente a reforzar una obligación contraria a la moral, a las buenas costumbres o a la ley; por ej., si es accesoria de un convenio que de un modo franco o solapado viola la libertad de trabajo, o la libertad de contraer matrimonio; o si accede a un contrato de sociedad que tiene por fin dedicarse al contrabando, o

[10] Gatica Pacheco, ob. cit., nº 268; Giorgi, ob. cit., t. IV, nº 449; Peirano Facio, ob. cit., nº 91, quien destaca la compatibilidad de los dos argumentos esbozados en el texto.

[11] José Castán, *Derecho civil español, común y foral*, t. III, p. 143, citado por Ruiz Vadillo, p. 397. Conf.: Orosimbo Nonato, ob. cit., vol. II, p. 345.

[12] Conf.: Peirano Facio, ob. cit., nº 91. El término "invalidez" es genérico, siendo una de sus especies la nulidad; ver Emilio Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, 2ª ed., ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1959, ps. 347 y ss. Conf. con la solución del texto, Lobato de Blas, ob. cit., p. 194.

a una de venta de clientela entre profesionales, o de corretaje matrimonial, etc. La jurisprudencia alemana registra un caso interesante vinculado a deberes derivados del derecho de familia. La parte actora en un juicio de divorcio desistió de su demanda. Esta conducta obedeció a la circunstancia de haberse firmado un convenio por el cual —entre otras estipulaciones— se pactaba que durante la vida en comunidad, el marido debía pasarle a la esposa una determinada pensión alimenticia, la cual estaba asegurada mediante una cláusula penal. El tribunal alemán consideró nula toda la convención por constituír restricciones inadmisibles a la libertad personal y económica de los esposos y por contrariar a la esencia moral del matrimonio (se pactaba que el marido debía separar a un hermano de su comercio; no asociar a parientes, no efectuar solo viajes de negocio o de placer, etc.). Declaró, en consecuencia, nula la cláusula penal estipulada en garantía de las obligaciones alimentarias [13].

Nuestros jueces han resuelto reiteradamente: "El carácter accesorio de la cláusula penal conduce a su nulidad cuando también lo es la obligación principal" [14].

§ 48. EXCEPCIONES PRESUNTAS Y REALES AL PRINCIPIO EXPUESTO.

No obstante la tradición prácticamente universal de la regla, se ha pretendido introducirle excepciones que estudiamos en los parágrafos siguientes.

§ 49. *Deudor que al momento de la concertación conocía la causal de invalidez.* — Windscheid ha formulado la

[13] Erwin Rosenbusch, *Jurisprudencia extranjera*, febrero de 1939, "J.A.", t. 65, p. 10.

[14] Cám. Com. Cap., 27/7/38, "Rey c. Paolilo", "J.A.", 65-199; Cám. Nac. Paz, Sala III, 8/4/60, "Ascani c. Malvé", "L.L.", 101-70; Cám. 2ª Civ. y Com. Córdoba, 17/4/59, "Digesto L.L.", t. III, p. 717, sumario 1204; Cám. Nac. Civ., Sala D, 17/10/80, "E.D.", diario del 17/12/80, fallo 33.857.

siguiente distinción: si al momento de la celebración del acto, el deudor ignoraba la nulidad de la principal, la cláusula penal es también nula. En cambio, si el deudor conocía dicha invalidez, la cláusula penal lleva implícita una renuncia a ejercer la acción de nulidad y, por ello, su validez dependerá de la eficacia de esta renuncia [15]. Es decir, si se trata de acciones de nulidad renunciables (en nuestro derecho sólo las relativas), y el deudor hace valer la nulidad no obstante el pacto de no accionar, debe la pena. Esta solución recibió acogida parcial en el proyecto de 1936, que en su art. 606 dispone que "un tercero puede responsabilizarse para el caso de que el deudor invocare la nulidad del crédito, siempre que el tercero conociere la causa de la misma y que ella no derivase de una contravención a las disposiciones relativas al objeto de los actos jurídicos". Ha sido defendida con algún éxito por autores italianos [16].

En cambio, ha sido rechazada enfáticamente por parte de la doctrina nacional, que insiste en que no conviene legitimar procedimientos que, por un rodeo, concluyen trasformando en letra muerta las reglas sobre nulidad [17]. Por ello entendemos plausible la solución del art. 344 del código alemán, que expresamente declara la nulidad de la cláusula aun en los supuestos en que quien contrató hubiese conocido la ineficacia del vínculo.

§ 50. *Cláusulas penales estipuladas en contratos en los que se venden cosas ajenas o inexistentes.* — El caso ha motivado una proficua bibliografía tanto en el derecho nacional como en el comparado. La mayoría de los autores franceses sostienen que cuando se pacta una cláusula penal

[15] Windscheid, ob. cit., nº 286, p. 120.

[16] Ver: Ricci, ob. cit., t. 13, nº 186, quien cita jurisprudencia de la Casación de Nápoles, en este sentido.

[17] Borda, ob. cit., t. I, nº 215.

en previsión de los perjuicios que puede ocasionar la nulidad de la principal, vale la cláusula penal. Es decir, en todos aquellos casos en que el deudor puede ser condenado a pagar daños y perjuicios no obstante la nulidad de la principal, es exigible la cláusula penal [18]. Esta postura es adoptada por algunos autores nacionales, apoyándose en el art. 1329 del C. Civil, que dispone: "Las cosas ajenas no pueden venderse. El que hubiese vendido cosas ajenas, aunque fuese de buena fe, debe satisfacer al comprador las pérdidas e intereses que le resultasen de la anulación del contrato, si éste hubiese ignorado que la cosa era ajena. El vendedor, después que hubiese entregado la cosa, no puede demandar la nulidad de la venta ni la restitución de la cosa. Si el comprador sabía que la cosa era ajena, no podrá pedir la restitución del precio".

Es decir, si no obstante la nulidad de la compraventa, deben pagarse daños y perjuicios, en consonancia con lo que disponen los arts. 1057 y 1058 del C. Civil, nada impide que ellos sean contractualmente prefijados mediante una cláusula penal [19].

En cambio, Llambías estima que deben distinguirse los siguientes supuestos: si la nulidad es invocada por el vendedor antes de la entrega de la cosa o por el tercero que la reivindica, el comprador tendrá derecho a optar entre la cláusula penal pactada o los daños y perjuicios que resulten de la anulación; esta opción se funda en que es ilógico que esté en mejores condiciones quien vende una cosa ajena que quien enajena la propia; en efecto, si cuando vende la propia está sometido a la pena, con mayor razón eso debe acaecer cuando dispone de las ajenas. En cambio, si quien alega la nulidad es el propio comprador, no podrá

[18] Demolombe, ob. cit., t. XXVI, nº 639; Colmet de Santerre, ob. cit., nº 163 bis; Duranton, ob. cit., t. XI, nº 327; Giorgi, t. IV, nº 449.

[19] Conf.: Busso, ob. cit., t. IV, comentario al art. 663, nº 23; De Gásperi-Morello, ob. cit., t. III, nº 1529; Machado, ob. cit., t. II, nota al art. 663; Boffi Boggero, ob. cit., t. II, nº 588, p. 401.

exigir la pena, porque no puede descomponer el acto haciéndolo válido en un aspecto y nulo en el otro; la nulidad del acto acarreará la de la cláusula penal [20].

Nos adherimos a la distinción propuesta por este maestro argentino, no sólo por el rigor lógico del razonamiento, sino por su sustento en los textos legales. Las críticas que se le han formulado —que las partes debieron prever las posibles consecuencias del acto [21]— son insuficientes para destruír sus sólidos fundamentos.

Cuando la nulidad es demandada por el vendedor o el reivindicante, se discute si el caso es o no una verdadera excepción a la regla de que la accesoria sigue la suerte de la principal. Para la mayoría de la doctrina francesa sí lo es [22]. En cambio, Espín Cánovas [23] considera que no existe tal excepción; lo que ocurre es que la obligación principal primitiva nula ha sido sustituída por otra obligación principal de indemnizar, y por ello la cláusula penal accede a una obligación plenamente eficaz (la de indemnizar). El argumento parece demasiado rebuscado; esta obligación de indemnizar es justamente la que instrumenta la cláusula penal; por lo demás, no advertimos bajo qué prurito de lógica formal puede resistirse el intérprete a sostener que una regla tiene excepciones. Parece más claro afirmar que estamos en presencia de una verdadera excepción fundada en el argumento *a fortiori* que impide dar solución más beneficiosa a quien vende cosas ajenas que a quien dispone de la propia [24].

La solución varía cuando ambas partes conocían al momento de contratar que la cosa era ajena. En este caso

[20] Llambías, ob. cit., t. I, nº 353.

[21] Boffi Boggero, ob. cit., t. II, nº 588.

[22] Ver autores nota 18; además: Aubry y Rau, ob. cit., t. IV, nº 309, p. 113, nota 3; Mourlon, ob. cit., t. II, nº 1303; Laurent, ob. cit., t. XVII, nº 430. En contra: Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*, Larose, Paris, 1907, t. II, nº 1359.

[23] Espín Cánovas, ob. cit., t. 30, p. 156.

[24] Conf.: Puig Peña, ob. cit., t. IV, vol. I, p. 78.

será menester resolver si el vendedor se comprometió a una obligación de medios o de resultado (art. 1177); es decir, si se comprometió a que el propietario vendiera la cosa o sólo a realizar todos los actos necesarios para llegar a ese fin. En ambos casos serán exigibles las cláusulas pactadas en previsión de cada una de las circunstancias previstas. Por ej., si un tercero vende un inmueble que no es de su propiedad, haciendo conocer esta circunstancia a la compradora, pactando que si no realiza los actos útiles tendientes a obtener el consentimiento del dómino pagará determinada suma de dinero, deberá la cantidad prevista si no obtiene ese consentimiento por su negligencia; también la deberá si la cantidad prevista aseguraba que se obtendría este consentimiento si efectivamente él no se logra, aun cuando el deudor hubiese realizado diligentemente todos los actos tendientes a obtenerlo. Pero en este caso no existe una excepción a la regla de la accesoriedad, porque la nulidad de la venta no podrá ser invocada ni por el comprador ni por el acreedor, ya que habiendo sido conocida la calidad de ajena, ninguno puede invocar su propia torpeza [25].

Es evidente que en el párrafo anterior nos hemos referido a la venta de cosas ajenas cuando no media causa ilícita en la tenencia; porque si las cosas fueren robadas o perdidas y ambos contratantes conocieren esta circunstancia, la venta sería nula, y nula la cláusula penal. En este caso la mala fe de ambos no deja vida al contrato, ni siquiera para reparar los daños y perjuicios, sino que los sofoca. Ésta era la máxima indiscutida en el derecho romano: *"si emptor et venditor scit furtivum esse quod venit, a neutra parte obligatio contrahitúr"* (l. 34, 3, D. *de contrah. impt.*, 8, 1).

§ 51. *Estipulaciones en favor de terceros.* — También este caso ha provocado algunas dudas, sobre todo en la

[25] Conf.: Alberto G. Spota, *Instituciones de derecho civil. Contratos*, Depalma, Bs. As., 1975, t. III, nº 397.

jurisprudencia francesa. Se sostiene que cuando se pacta una prestación en beneficio de un tercero a la cual accede una cláusula penal en favor del estipulante, nos hallamos ante otra excepción a la regla de la accesoriedad, pues no obstante la invalidez de la prestación principal (arts. 1119 y 1121 del C. Civil francés), puede ser exigido el cumplimiento de la pena [26]. La cuestión no es exclusiva del derecho francés, sino que reconoce antecedentes romanos. Como se recordará, en el derecho romano las estipulaciones en favor de terceros no otorgaban acción para exigir su cumplimiento (*alteri stipulari nemo potest*; D., 45, I, 38, 17), por lo que la solución tradicional para ellas fue el anexarles una *stipulatio poenae* [27].

En cambio, otros autores galos entienden que no existe una verdadera excepción, por cuanto no es cierto que la obligación principal sea inválida; al contrario, la principal es eficaz por cuanto es la de pagar daños y perjuicios; es decir, esta obligación primitivamente inválida por falta de interés del acreedor ha sido sustituída por otra válida, cual es la de pagar daños y perjuicios [28].

En nuestro país el problema no se presenta como tal; en efecto, el art. 504 —separándose del precedente francés— otorga plena eficacia a la estipulación en favor de terceros: "si en la obligación se hubiere estipulado alguna ventaja en favor de un tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiese aceptado y hécholo saber al obligado antes de ser revocada" [29]. Por tanto, siendo plenamente

[26] Art. 1119, C. Civil francés: En general, no se puede obligar ni estipular en su propio nombre sino para sí mismo. Art. 1121: Se puede estipular en provecho de un tercero cuando ella es condición de una estipulación que se hace para sí mismo o de una donación que se hace a otro.

[27] Ver: Vincenzo Arangio Ruiz, *Instituciones de derecho romano*, Depalma, Bs. As., 1952, p. 337; José Astolfi, *Los contratos a favor de terceros en el derecho romano*, en *Contratos a favor de terceros*, Univ. Nacional de Bs. As., 1934, p. 24; Iglesias, ob. cit., p. 369.

[28] Huc, ob. cit., t. VII, nº 369.

[29] Sobre el tema, ver, entre otros, Julio Dassen, *Contratos a favor de terceros*, A. Perrot, Bs. As., 1960.

válida la estipulación, no hay razón alguna para dudar sobre la validez de la cláusula penal a que ésta accede. El título XI de la sección I del libro II del Código Civil argentino no contiene una norma similar a la del art. 1536 del C. Civil chileno, que declara expresamente la validez de la cláusula penal establecida en favor del estipulante, pero tampoco existe norma prohibitiva, por lo que rige el art. 1197 del C. Civil en toda su plenitud. Coincidimos con Llambías y Busso [30] que en el caso no existe cuestión de regla o excepción, porque existen dos obligaciones en cierto modo autónomas e independientes una en favor del tercero y otra en favor del estipulante; lo que caracteriza a la situación es que esta última no es pura, sino que está subordinada a la condición suspensiva de que el promitente no cumpla con el tercero.

§ 52. *Contratos de prestaciones por terceros.* — Este caso es de más ardua solución porque las discrepancias doctrinales giran no sólo en torno de la validez de las cláusulas penales, sino de la naturaleza jurídica de la convención principal. El problema se complica ante las soluciones aparentemente contradictorias proporcionadas por el Código Civil en los distintos artículos que se refieren al tema, motivadas por la diversidad de fuentes de las cuales fueron extraídos (arts. 1931, 1932, 1933, 1161, 1163, 1177, 664, etc.).

Deben distinguirse las siguientes situaciones:

*a*) Una persona, sin poder, o sin poder suficiente, actúa en nombre de otra prometiendo el hecho de ésta. Si la carencia o insuficiencia del poder es conocido por el contratante, el contrato es nulo e ineficaz frente al tercero por ser éste *res inter alios acta*, salvo que lo ratifique (art. 1931). En consecuencia, ninguna indemnización se deben las par-

[30] Llambías, ob. cit., t. I, nº 357; Busso, ob. cit., t. IV, com. art. 663, nº 22. Conf.: Mosset Iturraspe, ob. cit., p. 1238.

tes, y las cláusulas penales tampoco tendrán eficacia alguna (art. 1161).

Sin embargo, puede ocurrir que el seudo mandatario se obligue también personalmente; no existe problema alguno de nulidades y la prestación deberá ser cumplida por el seudo mandatario, salvo que fuere *intuitu personae*; en este caso también serán válidas las cláusulas penales pactadas a cargo del promitente.

Además puede el promitente obligarse de dos maneras: o a obtener la ratificación del tercero (art. 1932, C. Civil) o no sólo a ello sino al ulterior cumplimiento por parte de éste (art. 1197). En estos supuestos en que se han pactado obligaciones de resultado, las cláusulas penales también serán válidas a tenor de lo dispuesto por el art. 664 del C. 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" [31]. Es discutible si en estos casos hay una excepción a la máxima *"accessorium sequitur principali"*. Creemos, con importante doctrina, que no existe tal excepción, porque aquí la cláusula penal accede a la obligación del promitente –plenamente válida–, y no a la del hecho del tercero que no ha tenido efectos por falta de consentimiento [32].

*b*) Si el cocontratante ignora la insuficiencia o la falta de poder, el art. 1933 dispone que el seudo mandante podrá ser demandado por el cumplimiento del contrato (se entiende que ello ocurre siempre y cuando las prestaciones no sean *intuitu personae*) o por indemnización de pérdidas e intereses. Por ello, no existe inconveniente legal en otorgar al contratante de buena fe la opción para reclamar los daños

[31] Nuestro artículo es más amplio que el 1536 del C. Civil chileno que le sirvió de fuente, el cual aparentemente sólo admite la validez de la cláusula cuando el tercero *no ratifica* la estipulación concertada.

[32] Conf.: Meza Barros, ob. cit., nº 429.

y perjuicios pactados mediante la cláusula penal, o bien remitirse a los principios de derecho común. Reiteramos en tal sentido los principios vertidos en el caso de la venta de cosa ajena e insistimos en la amplitud de los términos del art. 664, que a diferencia de su fuente, el art. 1536 del C. Civil chileno, admite no sólo los supuestos en que el tercero no ratifica la estipulación, sino también aquel caso en que, ratificándola, no la cumple.

§ 53. *Los casos de culpa "in contrahendo".* — La moderna doctrina enseña que las tratativas engendran para las partes intervinientes ciertos deberes. En virtud de ellos y del principio *neminem laedere*, se debe responder por los daños y perjuicios que se causan con motivo de la contratación, aun cuando el contrato no llegue a formalizarse [33]. Afirma Polacco que nada obsta a que se pacte una cláusula penal en previsión de los daños que un futuro contratante pueda ocasionar a otro y, en este caso, no obstante la inexistencia de la principal, la cláusula sería exigible [34].

Concordamos con Mosset Iturraspe en que en este supuesto no hay excepción al principio de la accesoriedad, porque en virtud del principio de la buena fe (art. 1198, C. Civil), las tratativas previas crean verdaderos deberes de comunicación, explicación y conservación. En consecuencia, la cláusula accede a una obligación plenamente eficaz [35].

Nuestros tribunales han tenido oportunidad de resolver un interesante caso vinculado al tema *sub examine*: ante el anuncio de la venta de una casa, una persona interesada

[33] Para un estudio pormenorizado de la cuestión ver Roberto H. Brebbia, *Responsabilidad precontractual*, Bs. As., Zavalía, 1957; Jaime Santos Briz, *La contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, ed. Montecorvo, Madrid, 1966, ps. 98 y ss.; Isidoro M. Goldenberg, *Fundamento de la responsabilidad precontractual*, en rev. "Jus", Ed. Platense, La Plata, nº 7, ps. 190 y ss.

[34] Polacco, ob. cit., nº 134, p. 614.

[35] Mosset Iturraspe, ob. cit., p. 1228.

en adquirirla concurrió a las oficinas del martillero encargado de venderla e hizo reserva de compra mediante el pago de una suma de dinero. En el recibo correspondiente, extendido por el martillero, se estableció que la interesada debía pasar a firmar el boleto dentro de los ocho días hábiles, perdiendo luego derecho a reclamo alguno. La aspirante a la compra concurrió en el plazo pactado, pero el propietario no compareció porque —según le explicó el martillero— pedía un suplemento en el precio, exigencia que la interesada no aceptó, iniciando la pertinente acción judicial por daños y perjuicios derivados de la no concertación del contrato. El juez de primera instancia rechazó la demanda e hizo lugar a la reconvención de los demandados (martillero y propietario), argumentando que las sumas se habían pagado en concepto de seña y, por ende, era viable el arrepentimiento depositando la suma doblada. Pero la Cámara decidió que el recibo no instrumentaba la habitual promesa de compraventa, puesto que ésta debía suscribirse con posterioridad; por tanto, la suma entregada no lo era en concepto de seña, sino que conforme a la lógica y a las prácticas inmobiliarias, el sentido era fijar un breve plazo para redactar el boleto y asegurar que la compradora concurriera a suscribirlo, perdiendo, en caso de no hacerlo, la suma entregada. "Tal acuerdo funciona como una cláusula penal con respecto a la interesada en la compra y fue el medio de compelerla a formalizar la promesa de compraventa allí esbozada. La suma entregada constituye asimismo la indemnización debida a la otra parte en caso de incumplimiento de esa obligación" [36]. De lo expuesto se deduce que la Cámara admitió la concertación de una cláusula penal en

[36] Cám. Civ., Sala E, 2/8/77, "Cortabarría Amarilis c. Erba y otro", en "J.A.", 1978-I-411, fallo 27.175. La Sala A, con igual criterio, ha resuelto: "El contratante no puede desistir libremente la propuesta hecha si el mantenimiento de ella estaba asegurado con cláusula penal, por lo que habiéndose producido la retractación, la aplicación de la pena es, en principio, de rigor" ("J.A.", 1978-III-18, fallo 27.476).

las tratativas previas a la celebración del contrato. En el caso ella jugaba en contra de la futura compradora, pero no de la futura vendedora, la que fue condenada a pagar los daños y perjuicios derivados de su culpa *in contrahendo* según las normas del derecho común.

Con el mismo criterio, un tribunal cordobés resolvió que "si las partes fijaron una penalidad para asegurar el cumplimiento del antecontrato en el cual se obligaron a celebrar una locación, aquella cláusula penal funciona por el mero incumplimiento en el plazo establecido, sin que a los fines del cobro de la multa sea necesario demandar previamente la rescisión del antecontrato" [37].

En cambio, la Cámara Nacional de Paz, Sala II, resolvió que "a falta de obligación formal principal, que en el caso hubiera sido el proyecto concluído del contrato de locación que fijara los derechos y deberes de los contratantes, la cláusula penal estipulada en el precontrato de locación, como obligación accesoria, carece de aplicación en derecho, ante la inexistencia del contrato cuyo cumplimiento tendía a asegurar" [38]. Debemos aclarar, sin embargo, que en el caso medió notoria insuficiencia de la prueba rendida, por lo que no puede darse al caso fuerza de precedente no obstante la firmeza de sus términos.

§ 54. *Supuestos de contratos que no llegan a perfeccionarse.* — En el párrafo anterior se trató el supuesto en que la cláusula penal se pacta justamente previendo los daños que ocasionará la *no* contratación futura. Es decir, el hecho condicionante para que entre en juego la pena es la *no* perfección del contrato por actitudes culposas que lo frustran. En cambio, si la pena se ha pactado previendo obligaciones emanadas de una convención que finalmente

[37] Cám. 2ª C. Civil Córdoba, 1/8/58, "Rep. L.L.", XXII, p. 203, nº 77, y "Digesto Jurídico", t. IV, p. 762, nº 5378. Se trataba de un precontrato de locación.

[38] 13/12/55, "López Carril, Elisandro, c. Mariño", "L.L.", t. 81, p. 26.

no se perfecciona, rige plenamente el principio de accesoriedad y, en consecuencia, los posibles daños y perjuicios deben liquidarse de conformidad con el derecho común. Un caso resuelto recientemente aclarará la cuestión. Los hechos eran los siguientes: una asociación de cooperativas solicitó a la Dirección General de Abastecimiento la adjudicación de equipos con cámaras de refrigeración para trasportar mercaderías provenientes de las cooperativas a fin de posibilitar la comercialización directa al consumidor. El organismo estatal resolvió entregar dichos equipos disponiendo que se debía confeccionar el contrato pertinente: en éste se fijó una cláusula penal para la hipótesis de incumplimiento en la obligación de restituír en término los camiones frigoríficos; también se convino que la adjudicataria debía constituír un seguro total por las unidades y una garantía real o personal suficiente. La asociación no compareció a formalizar las tramitaciones correspondientes a la constitución de dicha garantía, y como el contrato adolecía de nulidad porque no fue firmado por el secretario de Estado que ejercía tales funciones, la Secretaría de Comercio resolvió "dejar sin efecto la adjudicación e intimar a la Asociación de Cooperativas a restituír los camiones". Incumplida esa obligación, el órgano estatal reclamó judicialmente esa entrega con más la cláusula penal pactada. El tribunal resolvió que "si la contratación fue dejada sin efecto por la Secretaría de Comercio en razón de que su titular no la suscribió, no es dudoso concluír que estamos en presencia de un acto no formado y, en consecuencia, es claro que las estipulaciones contenidas en el referido instrumento no pueden servir de base para establecer las obligaciones de la demandada". Por eso, no admitió la pretensión del cobro de la pena, pero sí el de los daños y perjuicios derivados de la no restitución oportuna [38-1].

[38-1] Cám. Nac. Fed., Sala I, Civ. y Com., 29/6/79, "Instituto A. de Promoción c. Asociación de Coop.", "L.L.", 1979-C-558, fallo 77.522.

§ 55. *Obligación principal nula por falta de capacidad del deudor.* — Si se trata de cláusulas penales constituídas por terceros, consideramos que ellas serán válidas no obstante la nulidad de la principal por incapacidad del deudor. Hemos expuesto oportunamente que a las penas estipuladas por terceros deben aplicárseles las reglas sobre fianza, siempre que no resulten incompatibles. Pues bien, en este supuesto, consideramos aplicable el art. 1994, último párrafo, del C. Civil, que dispone que si la causa de la nulidad fuese alguna incapacidad relativa al deudor, el fiador, aunque ignorase la incapacidad, será responsable como único deudor.

§ 56. *Incidencia de la validez y nulidad de la cláusula penal sobre la principal.* — El art. 663 del C. Civil dispone en su última parte que la nulidad de la cláusula deja subsistente la obligación principal. Este principio tiene también raigambre romana (Digesto, libro XLV, título I, fragmento 126, § 3, y fragmento 97), y no hace sino reiterar los principios generales en materia de obligaciones principales y accesorias. Es un típico caso de nulidad parcial, en el cual la invalidez de una disposición del acto no perjudica las otras disposiciones válidas (art. 1039 del C. Civil argentino).

No obstante la universalidad de la regla, también en este caso los autores han pretendido demostrar que existen excepciones a ella. En el derecho nacional se ha sostenido que si la pena ilícita entraña una condición, es nula la obligación por aplicación analógica del art. 526 [39].

Otros, insistiendo en la función conminatoria de la cláusula, consideran que si de las circunstancias del caso resulta que la pena ilícita constituyó medio extorsivo para imponer al deudor el cumplimiento, debe invalidarse también la principal. Las circunstancias del caso permitirán al juez in-

[39] Ver: Colmo, ob. cit., nº 169; según Girard, t. II, p. 451 (cit. por Caramés Ferro, ob. cit., t. II, p. 254), ésta era también la solución en el derecho romano.

ferir cuál ha sido la trascendencia que las partes otorgaron a la cláusula penal y en qué medida su antijuridicidad tiñó el todo [40]. Esta solución recibió acogida en el proyecto de 1936, cuyo art. 600, por remisión al 155, dispone que la nulidad de la cláusula penal causa la de la principal si consiste en una cosa que no está en el comercio o en hechos imposibles, prohibidos por la ley, contrarios a la moral y a las buenas costumbres o que perjudiquen los derechos de terceros [41].

Consideramos que no existen razones para apartarse de la regla; bien dicen Borda y Llambías: si la pena es extorsiva, con declarar su nulidad se logra el fin perseguido; el cumplimiento de la principal no podrá ser exigido por medios extorsivos, pero sí por los normales que la ley establece [42].

En conclusión, la segunda parte del art. 663 consagra un principio absoluto, no existiendo excepciones a la regla.

§ 57. *Inexigibilidad de la obligación principal.* — La doctrina nacional y extranjera señala como excepción al principio de la accesoriedad, el caso previsto por el art. 666 del C. Civil argentino: "La cláusula penal tendrá efecto, aunque sea puesta para asegurar el cumplimiento de una obligación que no pueda exigirse judicialmente, siempre que no sea reprobada por la ley". La solución es reiterativa de la dada por el art. 518. En algunos códigos extranjeros —por ej., el del Brasil— se carece de una norma expresa, provocándose graves discrepancias. Pero en el derecho argentino no hay dudas: no obstante que la obligación natu-

[40] Conf.: Rezzónico, ob. cit., t. I, p. 247; Hebert, citado por Peirano Facio, ob. cit., nº 92, p. 197; Mosset Iturraspe, ob. cit., p. 1234, nota 55, para las penas puras o propias, es decir, las que sólo cumplen finalidad compulsoria.

[41] Ver: Enrique V. Galli, *El derecho de las obligaciones en el Proyecto de Código Civil argentino de 1936*, Ed. Jurídica Argentina, Bs. As., 1939, p. 29.

[42] Borda, ob. cit., t. I, nº 217; Llambías, ob. cit., t. I, nº 349.

ral no da acción para exigir su cumplimiento (art. 515 del C. Civil), sí es ejecutable la cláusula penal.

Los artículos mencionados requieren algunas observaciones:

*a*) Pese a los términos utilizados por el 518, la solución rige no sólo para las cláusulas constituídas por terceros, sino también para las estipuladas por el propio deudor. Ésta era la solución del antiguo derecho español volcada al art. 666 [43].

*b*) La cláusula penal sólo puede ser exigida si se estipuló cuando la obligación *ya era natural.* Es decir, los artículos mencionados no llevan a la absurda conclusión de que si la cláusula se pactó junto con la principal y ésta se prescribió, aun puede exigirse la cláusula; en este supuesto, la accesoria sigue la suerte de la principal. En cambio, cuando la pena se pacta con posterioridad al momento en que la obligación principal era natural (por ej., después que recayó sentencia por la cual se rechazó la pretensión por falta de pruebas —art. 515, inc. 4—), la accesoria tiene plena eficacia no obstante la falta de exigibilidad de la principal (arts. 518 y 666)[44].

*c*) El art. 666 requiere que la pena no acceda a una obligación reprobada por la ley. Según la mayoría de la doctrina, la disposición hace referencia a la obligación derivada de los juegos prohibidos (art. 515, inc. 5). Por nuestra parte, nos adherimos a la postura minoritaria, que entiende que los juegos prohibidos no dan lugar a obligaciones naturales sino a obligaciones nulas, y que el art. 515, inc. 5, se ha referido a los juegos tolerados [45].

De cualquier modo, la salvedad del artículo resulta de toda lógica; sería incomprensible que el ordenamiento le

[43] Conf.: Peirano Facio, ob. cit., nº 110.

[44] Luis Moisset de Espanés, *Las obligaciones naturales en el derecho civil argentino*, Córdoba, 1967, ps. 15 y ss.

[45] Ver: Félix A. Trigo Represas, *Deudas de juego y obligaciones naturales*, La Plata, separata de "Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata", t. XXIII, p. 455.

restara eficacia a la principal por su repugnancia con el orden moral y le otorgara posibilidad de coerción indirecta mediante la cláusula penal.

*d*) Ambos artículos prevén una verdadera excepción a la regla de la accesoriedad; en efecto, la principal es no exigible, no obstante lo cual la accesoria puede ser reclamada judicialmente [46]. Al decir de Mosset Iturraspe, este caso pone en evidencia la autonomía negocial de la cláusula penal, a la cual ya hemos hecho referencia [47].

En cambio, algunos autores sostienen que no existe tal excepción porque la cláusula penal entraña o una confirmación del acto, o una nueva obligación, accediendo en este último caso a una prestación principal plenamente eficaz [48].

*e*) En estos casos, la cláusula penal muestra acabadamente su función compulsiva. En tal sentido se ha dicho: "la cláusula penal es aplicable a las obligaciones naturales, en cuyo caso tienen una función puramente compulsiva, pues aporta la única fuerza que garantiza la efectividad de los derechos del acreedor" [49].

§ 58. *No juridicidad de la obligación principal.* — Se admite en forma prácticamente unánime que la cláusula penal puede acceder a ciertos deberes morales o del trato social; por ej., dos amigos conciertan confeccionar en forma conjunta apuntes de clase, bajo la sanción de que si uno de ellos no trabaja o no presta la colaboración suficiente, deberá pagar al otro una determinada suma de dinero. Recor-

[46] Conf.: Llambías, ob. cit., t. I, nº 352; Cazeaux y Trigo Represas, ob. cit., t. I, p. 270; Salvat-Galli, ob. cit., t. I, nº 201; Boffi Boggero, ob. cit., t. II, nº 588; De Gásperi-Morello, ob. cit., t. III, nº 1529; Cáceres, ob. cit., p. 134.

[47] Mosset Iturraspe, ob. cit., p. 1231.

[48] Colmo, ob. cit., nº 172; Gatica Pacheco, ob. cit., nº 273 (este último con el argumento de que no siendo nula la obligación principal, accede a una obligación eficaz).

[49] Cám. Nac. Civ., Sala A, voto del Dr. Llambías, 22/11/66, "Salas, José, c. Di Giorgio, Roque", "L.L.", 126-208.

damos, sin embargo, que no todos los deberes que emanan del trato social pueden ser garantidos mediante una cláusula penal. Recordaba Ihering que si bien todos los intereses pueden ser contemplados por el derecho, hay algunos que no reciben protección jurídica; así, por ej., si una persona acepta una invitación que otra le formula para acudir a una fiesta, a nadie se le ocurrirá pensar que se tiene acción para exigir el cumplimiento. Tal situación no se modificaría ni aun con la promesa de una pena convencional. "Creo aplicable al caso los principios de la *conditio turpis.* La coacción hállase en contradicción con la relación a que aquí se aplica. La vida mundana o de sociedad, es por su naturaleza libre, y por mi parte consideraría con la L. 71, párr. 2, *de cond.* (35-I), semejante promesa como una *quatio per quam jus libertatis infringitur*" [49-1].

Para algunos autores falta en la obligación principal contenido patrimonial, el que es otorgado por la cláusula penal; ésta tendría entonces una tercera función: constituír un índice de la patrimonialidad de la prestación en el caso de que ésta en sí misma no lo sea [50].

Nos hemos adherido en nuestras clases al criterio de Giorgianni en el sentido de que la patrimonialidad ha existido desde siempre, ya que los sujetos estuvieron siempre dispuestos a un sacrificio económico para gozar de los beneficios de la prestación. Lo que ocurre es que el interés del acreedor era no patrimonial, y este deber, que no era jurídico, se convirtió en tal por obra de la cláusula penal [51].

Sin la cláusula penal el deber no era coercible porque no era jurídico; por efecto de la accesoria, entró al ámbito

[49-1] Rudolf Von Ihering, *Del interés de los contratos y de la supuesta necesidad del valor patrimonial de las prestaciones obligatorias,* en *Tres estudios jurídicos,* Ed. Bibl. Argentina, Bs. As., 1960, p. 64.

[50] Scuto, citado por Espín Cánovas, ob. cit., t. 30, p. 157; Larenz, t. I, p. 369; Continentino, ob. cit., p. 36, nº 7.

[51] Michele Giorgianni, *La obligación,* ob. cit., p. 41.

de lo jurídico, obteniéndose si bien no el cumplimiento específico, el resarcimiento por el equivalente pactado.

§ 59. *Modalidades de la obligación principal.* — Los elementos accidentales que afectan a la principal (plazo, condición, cargo) influyen sobre la cláusula penal; por ej., si aquélla es a término, la exigibilidad de la pena está sometida también al cumplimiento del plazo; si la principal no puede exigirse por estar pendiente el cumplimiento de una obligación suspensiva, tampoco podrá serlo la accesoria [52].

A su vez, la cláusula penal también puede estar sometida a modalidades [53], pero entonces ellas no afectarán el cumplimiento de la principal.

§ 60. *Cesión del crédito principal.* — Salvo estipulación en contrario, la cesión del principal confiere al cesionario el derecho de exigir la pena en los casos de incumplimiento. La solución es clara en el art. 1458 del C. Civil, que dispone: "la cesión comprende todos los derechos accesorios como la fianza, hipoteca, prenda, los intereses vencidos, etc.". Aunque no se mencione expresamente a la cláusula penal, ella es un accesorio; por lo demás, la enunciación del artículo no debe considerarse taxativa [54].

[52] Conf.: Gatica Pacheco, ob. cit., nº 262.

[53] Vincenzo Trimarchi, voz *Clausola penale*, en *Novissimo Digesto*, t. III, p. 351; Piola, ob. cit., t. VII, 2ª parte, p. 367; Corte de Casación de Italia, 17/6/46, conforme cita de Messineo, ob. cit., t. I, p. 218, nº 18, nota 41; Stolfi, t. I, nº 641; Baudry-Lacantinerie, t. II, nº 1362; Laurent, t. XVII, nº 431. Ver § 46.

[54] Conf.: Cám. Civ. 2ª Cap., 14/11/40, "Cayol Seeber de, Suc.", "J.A.", 72-441; Gatica Pacheco, ob. cit., nº 263; Enneccerus, ob. cit., t. I, § 187; Puig Peña, ob. cit., t. IV, vol. I, p. 78; Fausto Moreno, ob. cit., t. IV, p. 197; Arturo Valencia Zea, *Derecho civil*, t. III, *De las obligaciones*, Temis, Bogotá, 1960, nº 257; Ruiz Vadillo, ob. cit., p. 412; Continentino, ob. cit., p. 215.

§ 61. *Extinción de la principal.* — Tal como se analizará detalladamente en el capítulo VII, la extinción de la principal, sin reserva de la cláusula penal, opera la de esta última. La solución es de toda lógica: si lo que se persigue con la estipulación del accesorio es el cumplimiento de lo que se debe, desaparecido el vínculo, no tiene sentido lógico mantener la existencia de la pena.

§ 62. *Garantías de la principal.* — Las garantías convencionales o legales que amparan la principal, no siempre protegen el crédito derivado de la cláusula penal.

En cuanto a la hipoteca, remitimos a lo expuesto *infra*, § 280.

Con relación a la prenda, recordamos que el art. 1210 del código alemán dispone que "la prenda responderá del crédito en toda su extensión eventual, incluso los intereses y las cláusulas penales". En el derecho nacional no existe una norma semejante y, por tanto, la solución debe ser distinta; podría pensarse que la preferencia de la cláusula penal deriva del art. 3229 del C. Civil, pero debe merituarse que este artículo se refiere al derecho de retención del acreedor prendario, y no a su prioridad en el cobro.

Otro tanto ocurre con el acreedor anticresista, que logra su amparo sólo por medio del derecho de retención, pero a quien no se otorga prelación en el cobro (art. 3245).

En materia de prenda con registro, la cláusula penal tampoco puede ser percibida con prelación a otros créditos, salvo que asuma el carácter de intereses (art. 3, ley 12.962) (§ 312).

Todo lo expuesto deriva del carácter de interpretación restrictiva que debe imperar en materia de preferencias en el cobro. Por eso, tratándose de créditos privilegiados, las cláusulas penales no están amparadas por la prelación en el

cobro si no existe una norma expresa que así lo admita (por ej., art. 3884 del C. Civil para el privilegio del locador) [55].

La fianza provoca algunas cuestiones interesantes. Si la cláusula penal se ha pactado en el mismo documento que la obligación principal afianzada, es de presumir que la fianza abarca también la pena; resulta lógico pensar que conocido el documento en el cual se integra la obligación afianzada, se toma también conocimiento de la cláusula penal; en consecuencia, si no hay una expresa exclusión de ella, la pena estará amparada también por la fianza. En tal sentido, ha resuelto la jurisprudencia brasileña que "el fiador es responsable por la multa estipulada en el contrato de arrendamiento afianzado en el cual el inquilino se obliga al pago puntual de los impuestos" [56]. Es también la solución dada por los jueces argentinos: "la indemnización (art. 1609) estipulada bajo la forma de cláusula penal, puede ser exigida al fiador" [57]. Esta posición podría fundarse en el derecho argentino en una interpretación amplia del art. 1997. En cambio, si la pena convencional ha sido contraída en un documento separado, no puede darse esa presunción de conocimiento simultáneo; por consiguiente, si no hay intervención expresa del fiador, el crédito derivado de la cláusula penal no estará amparado por la garantía personal.

### § 63. Es condicional.

La mayoría de la doctrina nacional y extranjera enseña que la obligación de pagar la cláusula penal está subordinada al acontecimiento futuro e incierto que no se cumpla

[55] Ver nuestra monografía *Los privilegios en el proceso concursal*, ob. cit., ps. 46 y 168. Conf., vinculado específicamente al privilegio del locador de inmuebles: Cazeaux-Trigo Represas, ob. cit., t. II, vol. 2, p. 712.

[56] Ver jurisprudencia citada por Continentino, ob. cit., p. 218, nº 40. Conf.: Lobato de Blas, ob. cit., p. 129.

[57] Cám. Nac. Paz, Sala III, 11/8/61, "Ventriglia c. Cristofini", "E.D.", 9-240, sumario 240. Conf.: Javier Clavell Borrás, *El contrato de locación urbana en el Código Civil*, Coop. de Derecho y Ciencias Sociales, Bs. As., 1978, p. 255, nº 55.3.

o se cumpla tardíamente con la prestación principal [58]. Lo condicional está en la eficacia de la cláusula penal, y no en la obligación a que ella accede, la cual será o no condicional según tenga o no elementos accidentales; o sea, si la principal es pura y simple seguirá siéndolo aunque a ella acceda una cláusula penal.

Este carácter condicional admitido por los más insignes romanistas [59], no supone de ningún modo identificar las obligaciones con cláusula penal y las condicionales, tal como se analizará en el capítulo VIII (ver § 227). Debe aclararse, además, que no se trata de una condición *stricto sensu*, sino, como afirma Diez Picazo [60], de una *conditio iuris* de aplicabilidad de la pena [61]. Además supone una condición *suspensiva* en tanto la pena no se hace exigible sino por el cumplimiento del hecho condicionante (no cumplir, o hacerlo tardía o defectuosamente).

No obstante todas estas reservas, la doctrina española niega el carácter condicional sosteniendo que éste sólo aparece en la cláusula penal impropia del derecho romano, pero no en la típica del derecho moderno [62].

58 Conf.: Llambías, ob. cit., t. I, nº 321; Cáceres, ob. cit., p. 133; Borda, ob. cit., t. I, nº 184; Cazeaux y Trigo Represas, ob. cit., t. I, p. 271; Meza Barros, ob. cit., nº 432; Gatica Pacheco, ob. cit., nº 286. Alguna vez, con bastante impropiedad, se ha dicho que es un crédito en expectativa: Cám. de Paz, "L.L.", 119-294.

59 Ver: Petit, ob. cit., nº 474, punto 2; Van Wetter, ob. cit., t. II, nº 307.

60 Diez Picazo, ob. cit., nº 679.

61 Para un estudio pormenorizado de las diferencias existentes entre las obligaciones condicionales de origen legal y las de origen convencional, ver nuestra nota a fallo en colaboración con Carlos Alberto Livellara. La prescripción de los salarios durante la suspensión preventiva del contrato de trabajo, en "J.A.", 1977-IV, p. 187.

62 Ver referencias en Espín Cánovas, ob. cit., p. 152. Este autor cita en esta tendencia a Scaevola, pero en realidad en la obra ya citada redactada por Pascual Marín Pérez no se niega concretamente carácter condicional, sino que se establecen las diferencias entre las obligaciones condicionales y las con cláusula penal, diferencias que también marcan los autores que aceptan el carácter condicional (ver t. XIX, p. 921). Niega también el carácter condicional en el derecho italiano: Trimarchi, ob. cit., p. 66.

Con las aclaraciones previamente expuestas no advertimos dificultad alguna en otorgar carácter condicional a la cláusula penal.

### § 64. Es preventiva.

El maestro León ha afirmado este carácter teniendo en cuenta que ella se pacta porque los sujetos intervinientes prevén de antemano la posibilidad del eventual incumplimiento [63]. Esta característica no es exclusiva de la cláusula penal, sino que aparece en todas las convenciones accesorias asegurativas, como pueden ser las fianzas, las hipotecas, etc.

### § 65. Es subsidiaria.

Discrepan los autores en cuanto a qué debe entenderse por subsidiariedad de la cláusula penal. Para algunos es tal porque funciona cuando ya no se tiene acción para exigir el cumplimiento de la principal [64]. Para Llambías, en cambio, es subsidiaria porque —excepto en el caso de la pena moratoria— el importe entra *en sustitución* de la principal, no pudiendo acumularse, salvo los casos de excepción que se estudiarán en su oportunidad [65].

Por nuestra parte, nos adherimos a Borda, quien afirma este carácter porque el objeto del contrato es siempre la obligación principal, entrando sólo en su lugar por el incumplimiento imputable y a opción del acreedor [66].

### § 66. Es de inmutabilidad relativa.

Nuestro Código Civil consagró en términos enfáticos la inmutabilidad de la cláusula penal; es decir, que la

63 León, ob. cit., t. I, p. 211. Conf.: Horacio Cáceres, ob. cit., p. 135.
64 León, ob. cit., t. I, p. 214. Conf.: Lafaille, ob. cit., t. I, p. 221.
65 Llambías, ob. cit., t. I, nº 321.
66 Borda, ob. cit., t. I, nº 184.

suma u objeto pactado para compeler al deudor al cumplimiento o como prefijación de los daños y perjuicios a producirse, no puede ser variado con posterioridad a su estipulación sino por acuerdo de ambas partes. Esta inmutabilidad jugaba —en el código velezano— tanto en favor del acreedor como del deudor. En consecuencia, ni éste podía liberarse argumentando que el incumplimiento no produjo daño equivalente al monto de la pena, ni aquél podía exigir otra reparación sosteniendo la insuficiencia de ella. Analizando disposiciones semejantes del código francés (antes de la reforma de 1975), decía Mourlon: "El acreedor obtendrá siempre, pero sólo la suma estipulada. Los jueces no pueden bajo ningún pretexto fijar una suma mayor o menor" [67].

En cuanto a los precedentes romanos, debe destacarse que hasta tiempos relativamente recientes no existió acuerdo doctrinal sobre el criterio seguido. Un fragmento del Código de Justiniano (libro VII, título XLVII) produjo algunas dudas al determinar que el monto de la condenación de los daños y perjuicios no podía exceder del doble de la suma principal. Esto motivó que algunos romanistas sostuvieran que si la cláusula penal sobrepasaba este límite era inválida. Sin embargo, estudios posteriores demostraron que el texto justinianeo se refiere a la indemnización sujeta a la fijación judicial, y no a los casos en que se había convenido una *stipulatio poenae*, en cuyo caso el monto fijado por las partes se mantenía inmutable. Al parecer la única excepción que conoció esta regla era el caso en que se ocultaba una convención usuraria ilícita [68].

Estas dudas provocadas por los estudiosos del derecho romano nos llevan a sostener que la filiación del código argentino en la materia es indudablemente francesa. En reali-

[67] Mourlon, ob. cit., t. II, p. 642.

[68] Conf.: Peirano Facio, ob. cit., nº 141. Lafaille, ob. cit., t. I, nº 241, defiende el principio de la inmutabilidad en el derecho romano, el cual —según él— se deriva del formalismo ritual, recordando que estas cláusulas se incluían en los contratos *verbis*.

dad, el derecho galo pasó por cuatro épocas (en lo que a nuestro tema se refiere), de las cuales interesan las tres primeras en cuanto fuente del codificador.

Del derecho antiguo (que se extiende hasta la revolución de 1789), extraemos las opiniones de Domat, Dumoulin y Pothier, quienes (como luego se verá) admitieron el principio de reducción de las penas excesivas. El período intermedio (que se inicia en junio de 1789 y termina en 1804 cuando se dicta el Código Civil) ofrece interés para el estudioso sólo en cuanto a una serie de proyectos o tentativas de codificación que no llegaron a concretarse. En el "derecho nuevo", que se inicia con el Código Civil de 1804, se consagra el principio de la inmutabilidad de la cláusula penal, reafirmando de esta manera la tendencia que se había manifestado en los proyectos del período anterior, los cuales se alejaban de las enseñanzas de los maestros del derecho antiguo. Pero es menester señalar que a esta solución no se llegó sino después de amplias discusiones, pues en el seno de la comisión las opiniones estaban marcadamente divididas. Después de una serie de alternativas, el principio legal quedó concretado en el art. 1152, que disponía: "Cuando una convención establece que aquel que no la cumple pagará cierta suma a título de daños e intereses, no puede ser obligada la otra parte a una suma mayor ni menor". Finalmente, la reciente ley 75-597, del 9/7/75, ha agregado al art. 1152 un segundo párrafo, que dice: "No obstante, el juez puede modificar o aumentar la pena convenida, si ella es manifiestamente excesiva o irrisoria. Toda estipulación contraria será reputada no escrita".

Tampoco debe olvidarse como posible fuente de la solución velezana el código de Prusia de 1794, que en su art. 292 prescribía: "la indemnización de daños e intereses en el caso de no cumplirse el contrato puede fijarse previamente por una cláusula penal; y entonces no se podrá pedir una pena mayor".

Los artículos del código argentino —que según Colmo sancionaban una tiranía excesiva [69]— eran: 522, 655, 656 y 1189.

La base axiológica de la postura reposa en el respeto a la voluntad de los contratantes (art. 1197 del C. Civil), y los argumentos dados en su favor son aún muy sólidos:

Nadie mejor que las partes conoce el monto de los perjuicios que el incumplimiento o el cumplimiento tardío le producirá [70].

Al momento del pago se evitan las discusiones y dificultosas pruebas sobre el monto de los daños, eliminándose el arbitrio judicial.

El principio de la inmutabilidad condice con la finalidad práctica de la institución, otorgando al negocio jurídico gran seguridad sobre las perspectivas futuras.

Este carácter se vincula a la función compulsoria; de nada valdría prever la imposición de una pena si llegado el incumplimiento no se tuviese la seguridad de contar con el importe. Si se permitiese volver sobre la cifra pactada para elevarla o reducirla, tanto valdría no prever nada y remitirse desde el principio a la apreciación judicial [71].

Al debilitar la fuerza de la pena, indirectamente se crean dificultades para el deudor, porque el acreedor, al verse privado de la garantía que representa la cláusula penal, será más exigente en otros puntos del convenio [72].

Se llegó incluso a afirmar que ninguna vinculación tiene el tema con el de la reducción de los intereses usurarios, porque tradicionalmente la disminución de éstos ha

[69] Colmo, ob. cit., nº 174.

[70] Según Laurent, ob. cit., t. XVII, nº 451, éste fue el argumento vertido por Bigot de Préameneu durante la discusión parlamentaria del Código de Napoleón. Para Laurent, en cambio, no es decisivo, porque las partes pueden equivocarse.

[71] Colin y Capitant, ob. cit., t. III, p. 52, criticando el sistema suizo y alemán. El argumento era usado desde la antigüedad. En tal sentido se expresaba Azon, cuyas opiniones son trascritas en las obras de Pothier.

[72] Busso, ob. cit., t. IV, p. 485.

*sido referida a los compensatorios o lucrativos*, intentando con ello disminuír ganancias ilícitas de un acreedor que se sitúa frente a un deudor que cumple con la prestación a su cargo. En cambio, en el terreno de la cláusula penal existe un deudor, incumpliente, por lo que nadie sino él debe asumir los riesgos de su obrar antijurídico [73].

Sin embargo, como expresamos en el título, el principio de la inmutabilidad es *relativo*, y no absoluto. Pasamos, en consecuencia, a analizar las excepciones a él.

§ 67. I) *Ejecución parcial o irregular de la obligación principal.* — Dispone el art. 660 del C. Civil: "Si el deudor cumple sólo una parte de la obligación, o la cumple de modo irregular, o fuera del lugar o del tiempo a que se obligó y el acreedor la acepta, la pena debe disminuírse proporcionalmente y el juez puede arbitrarla si las partes no se conviniesen".

El codificador siguió la solución del antiguo derecho francés continuada por el Código de Napoleón (art. 1231, hoy reformado por la ley 75-597, del 9/7/75) y numerosos proyectos y códigos extranjeros: García Goyena (art. 1085); *Esboço* de Freitas (998); Proyecto Acevedo (1435); C. Civil de Venezuela (art. 1260); C. Civil del Brasil (924); C. Civil de Méjico (1844); C. Civil del Ecuador (1582); C. Civil de Colombia (1596); C. Civil de El Salvador (1410); C. Civil de Costa Rica (713); C. Civil del Uruguay (1331); C. Civil de España (1154); C. Civil de Portugal (812, nº 2); C. Civil de Italia (1384); etc.

La solución rige aun en los ordenamientos ampliamente influídos por el derecho anglosajón, como lo es el código de Louisiana. Recuerda Cox [74] el *leading case* del año 1818

[73] César Ferrante Dubois, *La cláusula penal en las obligaciones de dar sumas de dinero*, en "Rev. Crítica de Jurisprudencia", año IV, nº 14, 15/7/35, Bs. As., p. 328.

[74] James Cox, *Penal clauses and liquidated damages; a comparative survey*, en "Tulane Law Review", vol. XXXIII, december 1958, nº 1, p. 190.

M'Nair c. Thompson: las partes pactaron que si la fruta trasportada desde Cádiz a New Orleans no llegaba en el término pactado, debían pagarse 500 dólares. El barco, en lugar de hacer escala en La Habana (como estaba previsto), fue primero a Puerto Rico, lo que provocó una demora considerable, por lo cual parte de la fruta se perdió. El juez entonces ordenó la reducción proporcional de la pena.

En cambio, los romanistas discuten sobre cuál era la solución en el primitivo derecho romano. Según Espín Cánovas [75], la doctrina predominante afirma que el cumplimiento parcial de la obligación no impedía al acreedor exigir íntegramente la pena, citándose como fundamento dos textos interpretados por Paulo en este sentido (*Neod.* 85.6): "Si el fundo Ticiano no fuese dado, ¿darás ciento? A no ser que fuese dado todo, se incurre en la pena de los cientos, y no aprovecha entregar parte del fundo faltando uno (un copropietario en entregar la suya), de la misma manera que no aprovecha para liberar una prenda pagar al acreedor una parte (de la deuda que garantiza)" [76]. En esta tesitura encontramos a Windscheid [77], quien afirma que para la reducción parcial de la pena era menester un pacto de las partes en este sentido. También ubicamos en esta posición a Peirano Facio [78], para quien la solución se desprende del espíritu de amplia protección al acreedor que insuflaba al antiguo derecho.

Sin embargo, otros afirman que los textos de Paulo eran insuficientes porque permitían al deudor defenderse mediante la *exceptio doli.*

Lo cierto es que ya en la Constitución del emperador Justiniano se establece la regla de la reducción parcial

75 Espín Cánovas, ob. cit., t. 30, p. 163.
76 Citado por Arias Ramos, ob. cit., p. 976.
77 Windscheid, *Pandettes*, t. II, nº 285, p. 117.
78 Peirano Facio, ob. cit., nº 141.

(Cód., VII, 47, ley única), que fue posteriormente adoptada por las leyes de Estilo y el Fuero Real.

Recordemos, no obstante la casi universalidad de la solución, que en el *Landrecht* prusiano, si la obligación se cumple parcialmente, la pena es dejada de lado y la reparación se efectúa por el sistema general de indemnización de daños.

Los autores disienten en cuanto al fundamento de la norma nacional: para quienes afirman la naturaleza indemnizatoria de la cláusula, radica en que si no se admite la reducción se está reparando el daño dos veces. En cambio, los que se pronuncian en favor de la función compulsoria entienden que la razón de la reducción está dada en que, teniendo el negocio jurídico cláusula penal una causa autónoma, el cumplimiento parcial opera a la manera de una *condictio ob causam finitae*, en cuanto la prestación se cumplió parcialmente [79]. Sobre estos puntos de partida, algunos fundan la solución en la prohibición de acumular pena y cumplimiento de la obligación principal (art. 659 del C. Civil) [80]; otros en impedir un enriquecimiento injustificado del acreedor a costa del deudor [81], no desechando un gran número el principio rector de la equidad que impide este enriquecimiento[82].

El principio es que el acreedor no está obligado a recibir pagos parciales (art. 742 del C. Civil); por ello, la sola circunstancia de que el deudor ofrezca el cumplimiento parcial de la principal no lo exime de pagar la pena entera, aun cuando la prestación principal sea divisible. Sólo excepcionalmente puede tener lugar la reducción proporcional, y

[79] Peirano Facio, ob. cit., nº 151.

[80] Baudry-Lacantinerie, ob. cit., t. II, nº 1350; Demolombe, ob. cit., t. 26, nº 666; Boffi Boggero, ob. cit., t. 2, nº 591; Llambías, ob. cit., t. I, nº 338; Busso, ob. cit., t. IV, art. 660, nº 3.

[81] Edgard Ferreyra, *De las obligaciones con cláusula penal*, en "Boletín del Instituto de Derecho Civil de la U. N. Córdoba", año IX, diciembre 1944, nº 4, p. 380; Gatica Pacheco, ob. cit., nº 363; Silvio Rodrigues, *Direito civil*, 7ª ed., t. II, São Paulo, ed. Saraiva, 1977, p. 99.

[82] Diez Picazo, ob. cit., nº 679.

ello ocurre cuando se dan los requisitos que analizaremos en los siguientes parágrafos.

§ 68. *Cumplimiento parcial o defectuoso.* — Nuestro Código Civil, al igual que el español (art. 1154), contempla no sólo el supuesto de cumplimiento parcial, sino también el irregular (cumplimiento de modo o en tiempo o lugar distinto del pactado). En tal sentido, Vélez Sarsfield se preocupó de aventar las dudas provocadas en los ordenamientos que sólo contemplan el cumplimiento parcial; tal lo que ocurre en el C. Civil chileno (art. 1539), interpretado en forma amplia por su doctrina [83], y en el uruguayo (art. 1370), cuyos comentadores propician un sistema restrictivo [84].

§ 69. *Utilidad para el acreedor.* — El cumplimiento parcial o defectuoso debe haber sido útil para el acreedor [85]. Para algunos autores la utilidad debe presumirse —salvo prueba en contrario— desde el momento en que el acreedor aceptó el cumplimiento parcial [86]. Para otros, en cambio, la simple aceptación no hace presumir la utilidad, sino que ello debe derivarse de la naturaleza de la prestación [87]. Nos adherimos a esta última posición; si, por ej., un actor se ha comprometido a actuar durante dos horas en un teatro, bajo sanción de que si no lo hace pagará determinada suma de dinero, si actuó sólo media hora no puede deducirse sin más que este cumplimiento parcial fue útil para el acreedor, debiéndose reducir la cláusula proporcionalmente al tiempo que duró la actuación; si un trasportista se obligó a trasladar a una persona desde Mendoza a Buenos Aires, bajo pena

[83] Gatica Pacheco, ob. cit., nº 366.

[84] Peirano Facio, ob. cit., nº 151, p. 321.

[85] Conf.: Mourlon, ob. cit., t. II, nº 1303; Marcadé, t. IV, nº 654; Ennecerus-Lehman, ob. cit., t. I, p. 190; Eugenio Mordeglia, ob. cit., p. 478.

[86] Luiz Da Cunha Gonçalves, t. IV, vol. II, nº 531, p. 566; Salvat-Galli, ob. cit., t. I, nº 235; Gatica Pacheco, ob. cit., nº 366.

[87] Busso, ob. cit., t. IV, comentario art. 660, nº 15.

de pagar determinada suma, ésta no debe reducirse si sólo llevó al pasajero hasta San Luis, donde lo abandonó en una zona donde no tuvo acceso a otros medios; etc. En cambio, si la vendedora se obliga a suscribir la escritura traslativa y a entregar la posesión, el haber hecho la tradición (aunque no se escriture) supone una utilidad para el acreedor que autoriza la reducción de la cláusula. En tal sentido se ha resuelto: "debe reducirse prudencialmente la multa convencional para el caso de incumplimiento de una de las partes, cuando media un importante cumplimiento parcial de la obligación, consistente en la entrega de posesión del inmueble a los adquirentes (art. 660 del C. Civil)" [88].

§ 70. *Aceptación del acreedor.* — El deudor no tiene derecho a cumplir parcialmente; el acreedor no está obligado a recibir pagos parciales (art. 742 del C. Civil). Por esto es que Vélez Sarsfield, mejorando las fórmulas de los códigos de su época, exige expresamente en el art. 660 que el cumplimiento parcial haya sido aceptado por el acreedor.

No requiere una manifestación de voluntad expresa, por lo que rige el art. 918 del C. Civil, admitiéndose la declaración tácita.

Según Llambías, para que proceda la reducción, el acreedor debe haber tenido conciencia de la deficiencia del pago. Al contrario, si cuando lo recibió creyó que era satisfactorio y luego comprueba que no lo es, puede reclamar la integridad de la pena devolviendo lo pagado [89].

En nuestro criterio, la solución no puede ser formulada en términos tan absolutos: esta regla tiene aplicación siempre que el error del *accipiens* sea excusable, porque si no lo es, no podría invocar su propia torpeza (art. 929 del C. Civil).

[88] Cám. Nac. Civ., Sala A, 28/10/69, "Hojman c. Hoyaca", fallo 148.355, inédito.

[89] Llambías, ob. cit., t. I, nº 338.

Puede ocurrir que el acreedor reciba el pago parcial en la inteligencia o creencia de que el deudor lo completará posteriormente, formulando reserva en tal sentido. Coincidimos con Busso en que en este caso la aceptación ha sido subordinada al acontecimiento futuro e incierto de la integridad del pago; por ello, si finalmente el deudor no completa la prestación, el acreedor tendrá derecho a exigir el total de la pena, reintegrando lo recibido.

Incluso en ciertas oportunidades esta condicionalidad de la aceptación puede presumirse; como ocurre en el elocuente ejemplo proporcionado por el maestro argentino: el deudor envía en un camión parte de los materiales de una casa prefabricada que deben completarse con un segundo envío que no llega. Aunque el acreedor no efectúe reserva expresa de reclamar el total de la pena, es indudable que su derecho se ha mantenido incólume, porque la aceptación en la recepción del primer camión estaba condicionada a la integración de los materiales necesarios para la construcción de la vivienda [90].

Si se trata de prestaciones de tracto sucesivo, la aceptación de pagos tardíos importa renuncia a las diferencias por los respectivos períodos, pero no para los futuros, cuyas penas podrán ser reclamadas íntegramente [91]. Por ej., un in-

[90] Busso, ob. cit., t. IV, art. 660, nos. 10 y 11. En algunos casos esta aceptación condicional no aparece tan clara, como en el fallo que trascribimos. Desgraciadamente, no hemos tenido acceso a las circunstancias fácticas que lo rodearon, conociendo sólo el resumen siguiente: "La circunstancia de que el comprador de un inmueble haya satisfecho al tiempo de la posesión y conforme a lo establecido en el contrato, casi el 50 % del precio convenido, no impide al vendedor demandar el importe íntegro de la cláusula penal pactada para el caso de retardo, si a la fecha de la escrituración aquél no concurre al otorgamiento del acto ni pagó el saldo del precio. La aceptación de los pagos parciales convenidos en el boleto, debe considerarse condicionada al cumplimiento total". Cám. de Apel. Dolores, 3/9/70, "Pettina c. Marrero", "Rep. L.L.", XXX, 1970, A-I, p. 236, nº 237.

[91] Cám. Civ. y Com. Rosario, Sala 2ª, 11/11/70, "Bonatos, Juan, v. Palmegiani y otros", "J.A.", Reseñas, 1971, p. 406. "Tratándose de una pena mensual, la aceptación de pagos parciales y por suma inferior importa la renuncia a la diferencia en los respectivos períodos, mas no para los futuros si en

quilino es moroso en el pago de los arrendamientos, habiéndose pactado que por cada día de demora pagará $ 100.000. El recibir tardía y parcialmente los arrendamientos vencidos sin reserva, supone en el locador aceptación de la disminución por las multas ya devengadas, pero no su derecho a percibir completas las que se devengaren por los incumplimientos futuros.

No se requiere tampoco aceptación expresa si la obligación principal se ha extinguido parcialmente por efecto de la compensación, porque en este caso la extinción opera por el solo ministerio de la ley, la cual, interpretando la voluntad de las partes, presume que el acreedor de la obligación a la cual accede la cláusula penal, ha prestado su consentimiento para el cumplimiento parcial [92].

§ 71. *Tipo de cláusula penal.* — Pese a que el art. 660 —al igual que sus precedentes— no hace distinciones, un importante sector doctrinal considera que él se aplica únicamente a las cláusulas penales compensatorias; es decir, no rige para las moratorias [93].

Esta postura se basa en que la solución del artículo se funda en la prohibición de acumular prestación principal y cláusula penal, siendo inexistente este impedimento en el caso de la pena moratoria. Se dice, además, que es difícil concebir mora parcial, pues cualquier imperfección en el cumplimiento denota mora (ver § 110).

Pese a la enjundia de sus sostenedores, nos inclinamos por la solución contraria no sólo por aplicación de los otros fundamentos proporcionados por la doctrina (enriqueci-

éstos el pago parcial dejó a salvo, con la cláusula «a cuenta», el derecho del acreedor a mayor suma".

92 Duranton, *Cours de droit français suivant le Code Civil*, 4ª ed., ed. Thorel, Paris, 1844, t. XI, nº 358. Conf.: Gatica Pacheco, ob. cit., nº 367.

93 Mazeaud-Tunc, t. III, vol. 2, nº 2636; Demogue, t. VI, nº 488; Duranton, t. XI, nº 361; Silvio Rodrigues, *Direito civil*, 7ª ed., ed. Saraiva, São Paulo, 1977, vol. II, p. 100.

miento sin causa, equidad, etc.), que también se dan en el caso, sino por una aplicación razonada del art. 660, que no efectúa distinción alguna [94]. Por lo demás, la noción de mora parcial es francamente viable. Por ej., Juan se obliga a pagar una pena de $ 100 diarios por cada día de retardo en la entrega de la principal, consistente en dar 100.000 litros de vino. Entrega 50.000. La ley impone disminuír la pena moratoria porque la obligación se cumplió parcialmente.

Nuestros repertorios jurisprudenciales registran casos de reducción por cumplimiento parcial en cláusulas penales moratorias: "pactada una multa diaria de $ 1.000 durante 30 días de retardo en el cumplimiento de la obligación respectiva, es aplicable al caso el art. 660, C. Civil, que faculta a disminuír proporcionalmente el monto de la pena, porque el deudor cumplió, aunque irregularmente, sus obligaciones con la aceptación tácita del acreedor" [95].

Pero si la pena tiene por objeto una cosa indivisible, por ej., entregar un cuerpo cierto, la regla se torna materialmente inaplicable. De allí que algunos autores sostengan que siendo la pena indivisible debe presumirse la voluntad de que la multa se deba íntegramente, no obstante el cumplimiento parcial [96]. En nuestro país se resolvió acertadamente que "si la obligación asumida por los adquirentes de acciones y respecto de cuyo cumplimiento se pactó la cláusula penal, fue reemplazar los avales prestados por el vendedor a la sociedad liberándolo totalmente de los mismos, debe considerársela como obligación única e indivisible e insusceptible de cumplimiento parcial; por ello el monto de la pena no puede ser reducido proporcionalmente en fun-

[94] Gatica Pacheco, ob. cit., nº 369. El Código del Brasil (art. 924) expresamente admite la reducción en las cláusulas moratorias.

[95] Cám. Nac. Civ., Sala C, 29/11/56, "Cuevas c. Echalew", "J.A.", 1957-I-163.

[96] Orosimbo Nonato, ob. cit., vol. II, p. 331; Lobato de Blas, p. 184, cita jurisprudencia española contradictoria.

ción de los avales efectivamente reemplazados, si ellos no lo fueron en su totalidad" (se trataba de un socio que había vendido sus acciones sociales a los consocios, comprometiéndose los compradores a reemplazar en el término de 90 días los avales personales que el vendedor había prestado en favor de la sociedad, liberándolo totalmente de ellos; para el caso de que no lo efectuaran, los consocios se obligaron a pagar una cláusula penal moratoria diaria. Al momento de iniciarse el juicio quedaba aún un aval sin levantar)[96-1].

§ 72. *La época en que debe producirse el cumplimiento parcial.* — Ricci [97] ha expuesto que para que opere la reducción el deudor debe haber cumplido parcialmente *antes* de caer en mora, porque si cumplió estando en mora, el acreedor ya tenía en su patrimonio el derecho adquirido a percibir el total de la pena, que el juez no puede desconocer reduciéndola. No compartimos el criterio expuesto: cualquiera que sea el fundamento de la norma, él es aplicable aun al deudor moroso; por lo demás, en nuestro derecho positivo el propio art. 660 rechaza esta interpretación al disponer que la pena debe ser reducida cuando el deudor cumple *fuera del tiempo* a que se obligó.

§ 73. *Falta de pacto expreso en contrario.* — La doctrina mayoritaria coincide en que el art. 660 no es imperativo, sino supletorio de la voluntad de las partes. De ello deriva la renunciabilidad del derecho a la reducción, siendo válidas las cláusulas por las cuales las partes estipulan que podrá exigirse el total de la pena no obstante el cumplimiento parcial. La solución es congruente con el sistema general. Si la ley permite el pacto por el cual las partes admiten

[96-1] Cám. Nac. Civ., Sala E, 9/2/79, "Ranieri, S., c. Trasportes Cid, S.A.", "L.L.", 1979-B-166, fallo 77.031.

[97] Ricci, ob. cit., t. 13, nº 190.

la acumulación de la pena compensatoria y el cumplimiento de la principal (art. 659, última parte), debe también considerarse lícita la convención por la cual se renuncia el derecho a la reducción proporcional [98]. Por supuesto que si esta estipulación provocara abusos, el monto podrá ser reducido si se dan los presupuestos de disminución de las cláusulas excesivas a que nos referimos en los siguientes puntos.

Recordamos —sin embargo— que algunas legislaciones condenan con la nulidad estos pactos en contrario. Así, por ej., el art. 1231 del C. Civil francés, según redacción impresa por ley 75-597, dispone que toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita. Semejante era la solución del art. 85, 2º párrafo, del C. Civil de las Obligaciones de Polonia (hoy derogado por el Código Civil polaco de 1965).

§ 74. *Calidad del deudor incumpliente.* — El deudor que peticiona la reducción, ¿debe invocar su calidad de deudor de buena fe? Éste parece ser el criterio de un sector de la jurisprudencia española: "la moderación o pequeña liberación que el precepto autoriza es partiendo, en todo momento, de una conducta limpia y ejemplar del obligado, que por circunstancias imprevistas y anormales se ve imposibilitado de cumplir sus compromisos" [99]. Coincidimos con

[98] Conf.: Boffi Boggero, t. II, nº 591; De Gásperi-Morello, ob. cit., t. III, nº 1530, nota 22; Rezzónico, ob. cit., t. I, p. 251, nota 149 bis, y p. 264; Llambías, t. I, nº 341; Busso, t. IV, art. 660, nºs. 5, B, y 6; Borda, t. I, nº 206; Chironi, ob. cit., *Culpa contractual*, nº 267; Larombière, t. III, art. 1231, nº 7; Baudry-Lacantinerie-Barde, t. II, nº 1351; Laurent, t. XVIII, nº 456; Demolombe, t. XXVI, nº 672; Giorgi, t. IV, nº 452; Nonato, ob. cit., vol. II, p. 379. Es también la solución jurisprudencial dominante; Cám. Nac. Civ., Sala B, 11/10/57, "Fernández c. Rouco", "L.L.", 90-40, y "J. A.", 1958-II-128; Cám. 2ª Civ. y Com. La Plata, Sala I, 18/3/60, "Pardal, S., c. La Hanzi", "L.L.", 105-360; Cám. Civ. Cap., Sala D, 28/8/63, "Salemi c. Saumell", "L.L.", 112-110, "J.A.", 1964-I-513, y "E.D.", 5-825. En contra en el derecho brasileño, considerando la norma de orden público: De Barros Monteiro, vol. 4, p. 210; Silvio Rodrigues, ob. cit., vol. II, p. 100.

[99] Sentencia de la audiencia territorial de Valencia del 10/7/62, citada por Ruiz Vadillo, p. 408, nota 105.

Ruiz Vadillo que ni el art. 660 del C. Civil argentino, ni el 1154 del español, exigen buena fe en el incumpliente, porque aun cuando sea un deudor de mala fe, la no admisión de la reducción supondría un enriquecimiento indebido para el acreedor. En tal sentido recordamos lo expuesto por Vélez Sarsfield en la nota al 2567, cuando afirma que aun siendo el poseedor de mala fe, nadie debe enriquecerse con lo ajeno [100].

Por supuesto que si el incumplimiento es doloso y los daños superan la cláusula pactada se evitará la reducción, pero no por efecto de la mala fe, sino por la insuficiencia de la pena, como explicaremos oportunamente.

§ 75. *Petición de parte.* — El juez nunca podrá declarar de oficio la reducción de la pena, no sólo por el principio dispositivo que impera en el ordenamiento procesal, sino porque como se ha visto al estudiar los diversos presupuestos, existen una serie de circunstancias fácticas que pueden impedir la reducción; si el deudor no la invocó, el acreedor tampoco tuvo oportunidad de acreditar los hechos impeditivos de la disminución, quedando entonces en indefensión. No compartimos el criterio de que el juez debe ser un mero espectador en el proceso, pero debe recordarse que las partes tienen la carga de determinar el material de conocimiento; incumbe a ellas aportar los hechos, y el juez queda sometido a esas circunstancias fácticas. En tal sentido recuerda Reimundín el aforismo romano: "*da mihi factum dabo tibi ius; iudex iudicat secundum allegata et probata partium, non secundum conscientiam suam*" [101]. Ésta es la solución que rige aun en aquellos países —como en Francia— que no admiten cláusulas en contrario. Esto surge claramente de los antecedentes de la reforma producida en 1975. Relata

[100] Conf.: Ruiz Vadillo, ob. cit., p. 408.

[101] Ricardo Reimundín, *El principio de iniciativa probatoria del juez en el proceso civil*, en "J.A.", 1977-IV-738 y ss.

François Chabas [102] que la modificación tiene por base una propuesta de M. Foyer que lleva el nº 1363. Cuando la ley se discutió en el Parlamento francés, el autor del proyecto expresamente manifestó, durante el debate del día 29 de junio de 1975, que pese al carácter de orden público del texto, el juez no puede aplicarlo de oficio.

No debemos silenciar, sin embargo, que un sector de la doctrina se ha pronunciado por la declaración de oficio de la reducción [103].

§ 76. *¿Facultad o deber?* — Cumplidos todos estos presupuestos cabe responder si el juez está obligado a reducir la pena o es sólo una facultad. En la doctrina francesa e italiana predomina la postura que admite que se trata de una mera facultad, fundada en una interpretación gramatical del articulado; así, por ej., el art. 1231 del C. Civil francés (aun después de la reforma de 1975) dice: "la pena *puede* ser modificada por el juez cuando la obligación principal fue ejecutada en parte" [104]. Para esta tendencia el deudor se somete al puro arbitrio judicial, careciendo de un verdadero "derecho a la reducción" [105]. En cambio, entre los autores chilenos y españoles es mayoritaria la tesis de la *obligación judicial* de proceder a la reducción [106]. Ésta es

[102] François Chabas, *La réforme de la clause pénale*, "Recueil Dalloz Sirey", 1976, 34º cahier, *Chronique*, p. 230.

[103] Ruiz Vadillo, ob. cit., p. 408; De Barros Monteiro, ob. cit., vol. 4º, p. 210.

[104] También utiliza el verbo "podrá" el 1384 del C. Civil italiano de 1942 y el 1260 del C. Civil de Venezuela.

[105] Larombière, t. III, art. 1231, nº 7; Laurent, t. XVII, nº 454; Demolombe, t. XXVI, nº 669; Duranton, t. IX, nº 359; Colmet de Santerre, t. V, nº 168; Ricci, t. XIII, nº 190; Piola, t. VII, 2ª parte, p. 372; Giorgi, t. IV, nº 452; De Cupis, p. 229.

[106] Art. 1154 del C. Civil español: "El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor". Conf. con el criterio expuesto en el texto: Puig Peña, t. IV, vol. I, p. 86; Francisco Espinar Lafuente, *Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas*, ob. cit., t. II, p. 160, quien sostiene que siendo la cláusula penal una sanción civil, debe procederse de la misma manera que en el derecho

la solución que debe aplicarse al derecho argentino, pues aunque la última parte del artículo dice que el juez "puede" arbitrar si las partes no se conviniesen, la mera facultad se refiere a que las partes "pueden acudir" al control judicial (de la misma manera en que podrían someterse a árbitros o a amigables componedores), pero acreditados los extremos, el artículo dice que la pena *debe* disminuírse proporcionalmente.

§ 77. *Pautas para la reducción.* — El problema más debatido referido a la reducción proporcional radica en la determinación de las pautas sobre las cuales debe practicarse. Nuestro Código, a diferencia de una de sus fuentes, el art. 1539 del C. Civil chileno, no prescribe si la reducción debe ser proporcional a la parte cumplida, a su volumen, su valor, o proporcional al valor de la cláusula penal aunque sea superior al de la prestación, etc. Si las partes han estipulado las bases de la reducción, son ellas las que deben aplicarse [107], sin perjuicio de llegar a mayor reducción por imperio del art. 656, 2ª parte. Pero si nada han dicho, las soluciones pueden ser varias.

Cabe aclarar, con Boffi Boggero [108], que los procedimientos más o menos matemáticos pueden ser utilizados en el caso de cumplimiento parcial, pero cuando la reducción procede por cumplimiento defectuoso no queda más alternativa que someterse al libre arbitrio judicial, por cuanto deberán evaluarse elementos imponderables e imprecisos. Para el supuesto de cumplimiento parcial, algunos autores propician criterios matemáticos, conformándose otros con remitirse a las reglas de equidad. En tal sentido, dicen Roca

---

penal, o sea, imponerla con una exacta adecuación a la importancia del delito. Conf.: Lobato de Blas, ob. cit., p. 171. Para el derecho chileno, ver Gatica Pacheco, ob. cit., nº 371.

[107] Peirano Facio, nº 151, p. 318. Conf.: Chabas, ob. cit., p. 235.

[108] Boffi Boggero, ob. cit., t. 2, nº 591, p. 415.

Sastre y Puig Brutau que "ocurre lo mismo que en todos los casos de difícil normación, en los que el legislador se inhibe, deja formulada una verdadera norma en blanco, un precepto válvula y delega en el juzgador la misión de hallar una regulación ajustada al caso concreto de que se trate, atendiendo a las circunstancias que concurran. Para ello da un elemento: la equidad; mediante ella la pena será reducida a los límites de lo justo" [109].

Salvat indica como principio que la reducción debe ser proporcional al valor de la obligación y al de la pena, pero a veces puede alejarse de este criterio computando no ya el valor material de la ejecución parcial, sino la *utilidad que ella representó* para el acreedor [110]. Llambías, en cambio, considera que el juez no tiene esa opción y que la reducción debe hacerse siempre en función del provecho o utilidad que representa para el acreedor la prestación parcial cumplida en comparación con el provecho o utilidad que le habría deparado la satisfacción de la prestación total. Continúa de esta manera la línea de pensamiento de algunos autores franceses: "La importancia de la reducción podría ser inferior a la de la ejecución parcial si el provecho que le ha proporcionado al acreedor no es proporcional a esta ejecución. Además, el juez debe calcular la reducción no por el valor de la ejecución parcial en sí misma, sino en función del valor que las partes han acordado a la ejecución total" [111].

Busso ha propiciado un criterio distinto: la reducción debe operar en función del valor de lo *no cumplido* (a diferencia de las tesis anteriores que tienen en cuenta el valor

[109] Roca Sastre y Puig Brutau, ob. cit., t. I, p. 280.

[110] Salvat, ob. cit., t. I, nos. 236 y ss.

[111] Baudry-Lacantinerie y Barde, ob. cit., t. II, nº 1351. Conf.: Da Cunha, vol. IV, t. II, nº 531; Llambías, ob. cit., t. I, nº 339, en especial nota 55.

de lo ejecutado). Al acreedor lo que le interesa es el costo de reemplazo de la inejecución parcial [112].

Sostenemos que el juez, en principio, debe proceder a la reducción en función de la utilidad que lo pagado presta al acreedor con relación al valor que las partes dieron al cumplimiento total de la prestación; pero si de autos no surgieran estas pautas en cierto modo subjetivas, deberá presumirse que la utilidad para las partes está dada por el valor de la cláusula penal. Por ej., Juan se compromete a trasportar 1.000 tn. de trigo hasta el puerto de Bs. As., bajo sanción de pagar la suma de $ 100.000. Trasporta sólo 200 tn. Si no existe en autos constancia de la utilidad que para el acreedor significaba el cumplimiento total de la prestación, debe presumirse que ella era de $ 100.000. Por eso en el caso dado la pena deberá ser reducida a $ 80.000. Lo expuesto debe complementarse "con la idea de fin del contrato, o sea, el resultado práctico buscado por las partes y de frustración del negocio jurídico, cuando ese fin práctico o la función vital que debía llenarse se vuelve imposible o no puede lograrse" [113]. Por eso, en la reducción por cumplimiento parcial, cabe también computar la depreciación monetaria operada desde que la cláusula se hizo exigible hasta el momento de la fijación judicial [113-1].

La ley francesa de 1975 ya mencionada dispone que "cuando la obligación haya sido cumplida en parte, la pena convenida puede ser disminuída por el juez *en proporción al interés que la ejecución parcial ha procurado al acreedor,*

[112] Busso, ob. cit., t. IV, art. 660, nº 18. Conf.: Rubén Compagnucci de Caso, *Inmutabilidad de la cláusula penal y la incidencia de la desvalorización monetaria,* ed. Lex, La Plata, 1979, p. 42. Se critica esta posición porque cuando las penas son insuficientes, si se reducen en función de lo no cumplido puede violarse la norma del art. 655, percibiendo el acreedor una indemnización mayor a la pactada.

[113] Conf.: Mosset Iturraspe, ob. cit., p. 1240.

[113-1] Conf. Cám. Nac. Civ., Sala D, 23/3/76, "Furer c. Amica", "E.D.", 67-488, fallo 28.386.

sin perjuicio de la aplicación del art. 1152. Toda estipulación contraria será reputada no escrita".

Comentando esta disposición, dice el profesor Chabas [114] que la lectura de los antecedentes parlamentarios demuestra el interés del legislador en repudiar el criterio jurisprudencial que admitía el poder judicial de hacer abstracción de los daños producidos; por ello es que la cláusula debe ser reducida, lo que supone que ninguna influencia tiene en el caso el régimen común de fijación de daños y perjuicios.

Pero cualquiera que sea la pauta que se admita, debe tenerse en consideración que la ley sólo admite la *reducción* de la prestación accesoria, y no la concesión al deudor de otras facultades [114-1]. Por eso resulta totalmente razonable la crítica que Lobato de Blas formula a aislada jurisprudencia española que en lugar de ordenar la disminución, otorgó al deudor un plazo de gracia para el cumplimiento total de las obligaciones. El plazo no sirve para moderar la pena, sino para facilitar el cumplimiento y evitar su imposición [115]. Los defensores de los plazos de gracia —en cambio— han admitido, aunque excepcionalmente, esta posibilidad, apoyados en las facultades morigeradoras de los jueces: "una forma de moderación no cabe duda que es la concesión de una dilación en el cumplimiento de la cláusula subsidiariamente estipulada" [115-1]. Recordemos, finalmente, que los plazos judiciales de gracia han sido expresamente repudiados por el legislador argentino (nota al 755).

§ 78. II) *Cláusulas penales excesivas.* — Hemos expresado que el Código de Vélez consagró en términos enfáticos el principio de la inmutabilidad de la pena; es decir

114 Chabas, ob. cit., p. 236.

114-1 Adviértase que mientras el art. 1069 del C. Civil utiliza una expresión amplia ("atenuar"), el art. 656 sólo dice "reducir".

115 Lobato de Blas, ob. cit., ps. 187 y 188.

115-1 Antonio Reverte Navarro, *Los términos de gracia en el cumplimiento de las obligaciones*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, p. 45.

que aunque ella fuese excesiva, el deudor no podía liberarse invocando que el acreedor no había sufrido daños o que éstos eran inferiores al monto de la pena (arts. 656, 522, 1189). Sin embargo, el problema de las cláusulas excesivas preocupó desde siempre a la doctrina y la jurisprudencia. Dumoulin y Pothier, en el antiguo derecho francés, propiciaron la facultad judicial de moderar las penas [116]. Este último entendía que cuando el deudor se somete a una cláusula penal excesiva debe presumirse que lo hace bajo la falsa confianza de que cumplirá con la principal. En consecuencia, el consentimiento no sería válido por estar fundado en el error. La debilidad del argumento —que fue esgrimido en los primeros trabajos preparatorios del Código de Napoleón, pero finalmente abandonado— es manifiesta en el derecho argentino; el art. 929 del C. Civil dispone que el error de hecho no perjudica cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable. Es evidente que quien contrata suponiendo que el incumplimiento no se producirá, actúa negligentemente, no previendo lo previsible.

También la legislación española contempló el caso de las penas enormes cuando excedían del duplo del valor del contrato al cual accedían, facultando tácitamente al juez para reducirla [117].

Se comenzó a comprender que los hombres, "tan desigualmente dotados por la naturaleza y tan diferentemente

[116] Pothier, *Tratado de las obligaciones*, Omeba, 1961, p. 212. Algunos autores remontan el principio de la mutabilidad incluso al derecho romano. Se recuerda que el Digesto disponía que nadie puede estipular en lugar de los intereses una pena que sea superior a la cuantía lícita de los intereses (libro 22, título 1, parágrafo 44), y Papiniano respondía que si se hubiere convenido que no habiéndose pagado el precio en su día se pagaría el duplo al vendedor, se considera añadido esto en fraude de las constituciones porque excede el interés legítimo (libro 19, título 1, fragmento 13, parágrafo 26). Ver: Rezzónico, ob. cit., t. I, p. 252; De Gásperi-Morello, ob. cit., t. III, nº 1530, nota 27a.

[117] Conf.: Peirano Facio, ob. cit., nº 144.

tratados por la sociedad, en atención a sus riquezas, a su cultura, etc., no pueden ser regidos invariablemente por la misma ley" [118]. Precisamente por esta desigualdad, las partes no pueden muchas veces discutir de igual a igual las estipulaciones contractuales; por ello la potestad judicial de modificar las cláusulas viene impuesta por la necesidad de proteger a los débiles, justificándose así esta limitación al principio de la libertad de las convenciones.

No son ajenos al problema los principios de la buena fe probidad (art. 1198 del C. Civil) y las exigencias impuestas por la regla moral en el cumplimiento de las obligaciones. Cuatro décadas atrás decía Díaz que una cláusula penal desmedida revela la ausencia de buena fe en la parte contratante que *ab initio* se coloca en la ventajosa situación de lucrar con la eventualidad de su aplicación, entrando entonces a actuar la moral del contrato. Recordaba igualmente que los romanos hacían una división fundamental en "*contractus bonae fidei*" y "*contractus stricti juris*", rigiendo la inmutabilidad sólo en estos últimos. En los contratos de buena fe, al contrario, podía reclamarse aun lo que no estaba expresado en el contrato si la equidad y la buena fe lo permitían. La severidad de los contratos *stricti juris* fue suavizada por el pretor en la época clásica confiriendo la *exceptio doli* contra el acreedor que pretendiera ejercer su derecho de una manera contraria a la *bona fides*. La conducta del acreedor contraria a la buena fe se denominaba "*dolus*", que en esta acepción no significaba fraude, sino el ejercicio abusivo e inhumano de un derecho. Se reconoce así a la buena fe como un principio general y decisivo en todo el campo de las obligaciones [119].

[118] Alberto G. Spota, *Tratado de derecho civil*, t. I, Parte general, vol. 2, Depalma, Bs. As., 1969, p. 712, y en *El negocio jurídico usurario ante nuestra ley civil*, "J.A.", 1962-VI, sección Doctrina, p. 91.

[119] Guillermo Díaz, *La inmutabilidad de la cláusula penal*, El Ateneo, Bs. As., p. 89. Conf.: Dalmiro Alsina Atienza, *Efectos jurídicos de la buena fe*, Bs. As., 1935, p. 275.

Además, la cláusula penal es una sanción, y ésta da lugar (en el derecho moderno) a un problema de proporción como criterio objetivo de justicia [120].

No faltaron tampoco las réplicas a los argumentos expuestos por la tesis de la inmutabilidad; en tal sentido se afirmó que no es cierto que las partes sean los mejores árbitros sobre los daños que ocasiona el incumplimiento, porque nadie puede prever el futuro con tanta exactitud para determinar cuánto sufrirá su patrimonio en el momento del incumplimiento [121].

Estos principios fueron recogidos por quienes debían legislar, y así consagraron el principio de la mutabilidad los códigos sardo (art. 1243), de Zurich, y de allí pasó al alemán (arts. 343 y 340, 2º párrafo, aunque el proyecto sostenía el criterio opuesto), al suizo de las obligaciones (art. 163), al peruano (art. 1227), al ruso (art. 142), etc. Hasta el Código de Napoleón sufrió la presión de esta tendencia (ya hemos trascrito el segundo párrafo agregado en 1975 al art. 1152). También es el criterio del moderno código de Bolivia de 1976 (art. 535). Nuestro país no pudo mantenerse al margen de esta evolución, produciéndose un cambio notable en la jurisprudencia que plasmó finalmente en la ley 17.711 al introducir el segundo apartado del art. 656, que dispone: "los jueces podrán, sin embargo, reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sanciona, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor".

§ 79. *El principio rector.* — El legislador de 1968 mantuvo como regla general el de la inmutabilidad de la cláusula penal; la mutabilidad es sólo la excepción. En consecuencia, debe tenerse siempre presente que la facultad

120 Conf.: Gino Gorla, ob. cit., t. I, p. 298; y García Valles, ob. cit., p. 291.
121 Bofill Soler, ob. cit., t. 5, p. 25.

judicial de reducción es excepcional y debe ser ejercida con suma prudencia. No tenemos duda sobre este carácter, que rige aun en los países en que la legislación consagra como principio el de la mutabilidad; recuerda Lafaille que tanto la jurisprudencia alemana como la suiza es parca en el uso de la facultad de reducir las penas a fin de no dejar librada absolutamente a la voluntad de los jueces la eficacia de las cláusulas convencionales [122]. El criterio restrictivo impera también en la moderna legislación francesa. Dice Chabas que el propósito de la reforma no ha sido "matar" la cláusula penal; tampoco hacer de ella una mera presunción, sino el de luchar contra los abusos [123]. La justificación lógica de lo dicho es palmaria: si las facultades judiciales fueran amplísimas, las penas habrían perdido su razón de ser, y de nada valdría pactarlas; es preferible para las partes someterse directamente a la fijación judicial de los daños y perjuicios y tomar todas las precauciones necesarias en cuanto a los medios de prueba para acreditarlos. La jurisprudencia sobre el particular es reiteradísima [124].

[122] Lafaille, ob. cit., t. I, nº 241. Conf.: L. Anastasi, *El juez argentino puede atenuar los rigores de una cláusula penal*, en "L.L.", 9, sec. Jur. extranjera, p. 26.

[123] Chabas, ob. cit., p. 233.

[124] Cám. Nac. Civ., Sala D, 6/5/69, "Ramos c. Sinopoli", "L.L.", 137-811; Cám. Civ., Sala D, 12/9/72, "Palma de Mallorca S.C.A. c. Rubinal", "J.A.", 18-1973-389; ídem, 29/8/79, "Durand c. Mauré S.R.L.", "J.A.", 1980-III-333; Cám. Nac. Fed., Sala C, 29/7/69, "Empresa de Ferrocarriles Argentinos c. Sinopoli", "L.L.", 137-761, y "J.A.", 4-1969-213; ídem, 19/8/69, "Agua y Energía Eléctrica c. Oliver S.R.L.", "L.L.", 138-978, y "J.A.", 4-1969-230; Cám. Nac. Especial Civil y Comercial, Sala 6ª, 23/10/73, "Ferreiro c. Álvarez", "J.A.", 21-1974-54; S.C.Bs.As., 16/3/71, "Celulosa Carhué c. Pie", en "L.L.", 146-410, y "J.A.", 13-1972-524; Paz Letrada Córdoba, 1/7/77, "Abdenur c. Alberione", J.A.", 1978-III-24. Conf. en la doctrina: Héctor E. Lazzaro, *La cláusula penal y la función jurisdiccional*, en "Fides", nº 41/42, p. 329; Natalio Echegaray, *El boleto de compraventa inmobiliaria*, t. II, ed. Librería Jurídica, La Plata, p. 625, ponencia de las doctoras Bergoglio de Browe, Fourcade y Martín a las IV Jornadas de Derecho Civil de San Rafael, Mendoza, 1976; Carlos E. Huberman, *La cláusula penal: su reducción judicial*, en "L.L.", 1976-B-312; Mosset Iturraspe, p. 1253.

§ 80. *Pautas para la determinación del exceso.* — En los siguientes parágrafos nos proponemos analizar los parámetros sobre los cuales procederá el juez al reajuste.

§ 81. a) *La gravedad de la "falta" sancionada.* — La terminología empleada por el legislador de 1968 ha motivado distintas interpretaciones. Alterini considera que la palabra "falta" alude —con impropio galicismo— a la *"faute"* o culpa francesa; es decir que debe ponderarse el grado de reproche que merece el incumplimiento. Así, por ej., no se debe valorar de igual manera la conducta del deudor que viola una obligación permanente alguna vez, que aquel que lo hace sistemáticamente [125]. En cambio, Moisset de Espanés afirma que se ha referido al daño causado con el incumplimiento; es decir, incumplimiento grave es el que ocasiona daño grave; la ley ha tenido en cuenta el resultado objetivo, y no la conducta del incumplidor [126]. Por nuestra parte, consideramos que si bien es cierto una de las circunstancias que el juzgador considerará es el daño producido (no puede dejar de hacerlo en vistas al carácter resarcitorio de la cláusula), ello no impide que también tenga en cuenta la conducta del deudor. Esta pauta no es extraña al régimen general de la fijación judicial de los daños y perjuicios en nuestro Código (art. 1069 del C. Civil). Merituando la conducta del deudor, se ha resuelto: "la cláusula penal de $ 1.500 establecida en la escritura hipotecaria, por cada día de atraso en el pago del capital establecido, atento las particularidades del caso y los defectos de dicha escritura que han permitido al demandado plantear con fundamentos no deleznables la nulidad de la misma, debe ser disminuída durante la tramitación de la ejecución a la mitad (art. 953

[125] Ver: Alterini, ob. cit., p. 13, nº 13; el ejemplo es tomado de Von Tuhr, ob. cit., t. II, p. 242.

[126] Luis Moisset de Espanés, en su notable trabajo *La lesión*, U. N. Córdoba, 1976, p. 124, y en *La cláusula penal y la lesión* (arts. 656 y 954), en "E.D.", 66-720.

del C. Civil), pero dictado el pronunciamiento definitivo que disipa la incertidumbre sobre la valoración de los actos cumplidos, tal cláusula debe recobrar plena vigencia para llenar satisfactoriamente su cabal función de asegurar el cumplimiento de la obligación" [127].

En igual sentido se ha dicho: "la buena o mala fe del deudor y la mayor o menor intensidad de su culpa en el incumplimiento, también deben ponderarse para decidir si la regla de la inmutabilidad de la cláusula penal ha de ceder ante otros principios de mayor jerarquía" [128].

Es decir, ambos aspectos deberán ser tenidos en consideración.

Las legislaciones que admiten la variabilidad de la cláusula tienen especialmente en cuenta este elemento objetivo del daño; así ocurre en el código alemán (art. 343) y en el suizo (art. 163).

Apreciando el daño producido, nuestra jurisprudencia ha tenido en cuenta algunas circunstancias objetivas para reducir o no la cláusula penal. Así, por ej., cuando ésta consiste en la pérdida de las sumas entregadas en una compraventa a plazo, se ha valorado si el comprador ha usado o no el inmueble adquirido; si gozó de la posesión, normalmente la cláusula no se reduce, porque se estima que ella suple el alquiler que pudo haber percibido la vendedora; en cambio, cuando no se ha entregado la posesión, los daños ocasionados a quien enajenó son normalmente ínfimos, por lo que la reducción de la cláusula es generalmente procedente [129].

[127] Cám. Civ. Cap., Sala D, 28/9/64, "De Vita, Humberto, c. Faggiani", "L.L.", 116-697.

[128] Cám. Civ. Cap., Sala D, 28/8/63, "Salemi c. Saumell", "J.A.", 1964-I-514. Cabe recalcar que nuestra jurisprudencia utiliza la expresión "falta que sancionan" para referirse tanto a la conducta como al daño producido. Ver, por ej., Cám. Nac. Civ., Sala B, 24/11/71, "Baraldo c. Alvear Palace Hotel", "E.D.", 43-502.

[129] Ver, entre otros: Cám. Nac. Civ., Sala B, 27/7/72, "E.D.", 46-728; Cám. Nac. Civ., Sala C, 9/6/76, "Saljayi c. Di Filippo", "L.L.", 1977-A-165;

§ 82. b) *El valor de las prestaciones.* — Para su determinación debe tenerse en cuenta no sólo el interés patrimonial del acreedor sino también de afección, es decir, todo interés legítimo. Ésta es la solución del art. 343 del código alemán adoptada por el art. 890 del Anteproyecto Llambías de 1954 y que cuenta con la adhesión de la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia [130].

Con buen criterio, y admitiendo el carácter compulsivo de la cláusula, el legislador de 1968 no estableció límites fijos vinculados al valor de las prestaciones. El sistema de los topes legales reconoce antiguos precedentes. En la complementación que las leyes de Estilo hacen del Fuero Real, se establece que las penas no pueden exceder del duplo de las cosas prometidas en el contrato. Esta limitación era tan severa que en caso de ser infringida era nula no sólo la cláusula penal sino también la principal [131].

Algunas legislaciones extranjeras contemporáneas se enrolan en esta línea; por ej., el Código del Brasil (art. 920), el mejicano (art. 1843) y el costarricense (art. 712) limitan el monto de la penal al de la obligación a la cual ésta accede. La solución es criticada por los juristas que cometan estos ordenamientos; se afirma que la regla se justificaba antiguamente como un medio de reprimir la usu-

---

Sala F, 7/10/69, "Sussex S.A. c. Corvalán", "L.L.", 139-765; ídem, 23/8/73, "Taubman de Galpern c. Construcciones Feldman", "J.A.", 20-1973-405; Sala E, 31/10/74, "Casa Civil S.A. c. Rubaschesky", "E.D.", 63-168; ídem, 4/6/70, "Álvarez Saavedra c. Wadi Lavaque", "E.D.", 35-365.

130 Atilio A. Alterini, ob. cit., nº 14, p. 13; Llambías, *Estudio de la reforma del Código Civil. Ley 17.711*, ed. "J.A.", Bs. As., 1969, p. 183; Von Tuhr, ob. cit., t. II, p. 242; Enneccerus, ob. cit., t. I, p. 192; Larenz, t. I, p. 371; J. W. Hedeman, *Derecho de obligaciones*, trad. por Santos Briz, t. III, ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 56; Cám. Fed.. Sala Civ. y Com., 19/8/69, *in re* "Agua y Energía Eléctrica c. Oliver", en "L.L.", 138-972, y "J.A.", 4-1969-230; Cám. Civ. de la Capital, Sala C, 31/5/71, "Empresa de Construcciones c. Quilmes", "J.A.", 12-1971-346; S.C.Bs.As., 2/3/1971, "Pattina c. Marrera", "J.A.", 11-1971-689.

131 Conf.: Peirano Facio, ob. cit., nº 24.

ra, pero que actualmente el derecho cuenta con métodos mucho más adecuados para ello [132].

Los códigos chilenos (art. 1544), ecuatoriano (art. 1534), colombiano (art. 1601) y salvadoreño (art. 1415) elevan al duplo este límite. Aclaramos que el tope rige para los contratos en los cuales las sumas correspondientes a la principal y a la accesoria estuviesen determinadas. En cambio, en las obligaciones de valor indeterminado, la reducción debe hacerla equitativamente el juzgador; además, cuando la cláusula accede a un mutuo, ella no puede sobrepasar el máximo de la tasa de interés.

La desproporción debe subsistir al momento de la *aplicación* de la cláusula, no bastando que fuera excesiva, a la fecha de su estipulación o constitución; la solución dada no es una mera aplicación analógica de lo que el Código Civil dispone en materia de lesión (art. 954), sino que el propio art. 656 manda tener en cuenta las circunstancias del caso, entre las cuales está evidentemente el hecho de que una cláusula que pudo aparecer como excesiva al momento de la concertación no lo sea cuando ella debe ejecutarse [133]. Moisset de Espanés, que critica el requisito impuesto por el art. 954 en materia de lesión ("la desproporción deberá subsistir al tiempo de la demanda"), exige como nosotros que la desproporción subsista al momento de exigir la pena; funda eficientemente su posición en el carácter subsidiario de la cláusula penal; como ella sólo puede aplicarse me-

[132] Carvalho de Mendonça, ob. cit., t. I, nº 206. No obstante la crítica al sistema, recordemos que en nuestro país fue propiciado por Guillermo Díaz, ob. cit., ps. 124 y ss., nos. 69 a 78. En realidad, el sistema brasileño es poco claro, porque el art. 927 dispone que el deudor no puede eximirse de cumplir la pena so pretexto de ser excesiva. Pareciera que la compatibilización entre ambas normas se logra con el siguiente razonamiento: El deudor no puede pretextar el exceso si ésta no supera la prestación principal, y al sobrepasar este límite el deudor, no está obligado a pagar tal exceso.

[133] Conf.: Alterini, ob. cit., nº 14; Gorla, ob. cit., t. I, p. 296, quien critica el art. 1384 del C. Civil italiano, que dice que "debe tenerse en cuenta el interés que el acreedor *tenía*"; François Chabas, ob. cit., p. 233.

diando incumplimiento, cobra efectividad a partir de que el acreedor la exige; por eso sólo en esa oportunidad podrá determinarse de manera concreta si hay o no relación entre los daños causados por el incumplimiento y la pena que se había previsto, "y aunque en el momento inicial pareciera que las prestaciones eran desproporcionadas, si el desequilibrio ha desaparecido, no habrá razón para pedir la modificación de la cláusula" [134].

Una consecuencia lógica de lo que venimos exponiendo es que la reducción no puede ser solicitada antes de que se verifique el evento previsto porque hasta ese momento no podrá valorarse el exceso. Si se trata de una pena compensatoria la solución es clara, porque hasta que el incumplimiento se produzca, el deudor no sabe si el acreedor optará o no por la cláusula. Sin embargo, cuando está permitida la acumulación, la solución podría aparecer *prima facie* como dudosa. Lo mismo ocurre cuando accede a obligaciones *intuitu personae* o son cláusulas moratorias, porque en estos casos el deudor sabe que deberá la cláusula. No obstante, rechazamos la posibilidad de ejercer esta especie de acción meredeclarativa para que el juez verifique el exceso antes de la conducta imputable del deudor, porque tal exceso sólo puede valorarse cuando el incumplimiento se produce [135].

En este sentido, es evidente que la depreciación del signo monetario ejerce gran influencia sobre las pautas objetivas. Siguiendo este criterio, ha señalado el Dr. Cichero, en acertado voto, que "la cláusula penal, además de su función compulsiva, encaminada a constreñir al deudor al cumplimiento de la obligación, constituye una valuación anticipada de los daños, y como tal ha de cuidarse que su finalidad

[134] Moisset de Espanés, ob. cit., ps. 125 y 126. Conf.: García Valles, ob. cit., "Rev. Jurídica de Cataluña", 1970-2-291; Cám. Nac. Civ., Sala E, 22/11/77, "Sicilia c. Nogueira", "L.L.", 1978-B-401, fallo 75.780.

[135] En contra: Trimarchi, ob. cit., p. 94, quien afirma la posibilidad de solicitar la reducción antes de producirse el evento tenido en miras.

no resulte frustrada a causa de una reducción excesiva con relación al interés económico que con ella se procuró proteger"; en razón de este principio resolvió que la reducción efectuada en primera instancia había sido excesiva con referencia a la fecha que se dictó y más aún cuando la cuestión debía resolverse en segunda instancia, dado el tiempo trascurrido y la consiguiente depreciación del signo monetario que había provocado que el deudor pagara el importe de la multa con moneda notoriamente envilecida [136]. La incidencia de la depreciación de la moneda también ha sido tenida en cuenta por la Sala B del mismo tribunal al resolver: "A los efectos de la reducción de la pena de monto desproporcionado debe computarse la incidencia de la desvalorización monetaria ocurrida entre el tiempo en que se pactó la cláusula penal y el momento de demandarse" [137].

Puede suceder la inversa, es decir, que una cláusula penal que no parecía exorbitante al momento de su concertación, se torne tal por efecto de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles. Por ej., si la cláusula penal se pactó en determinada cantidad de petróleo e imprevistamente se agotara gran número de pozos, elevándose notablemente el precio del producto por efecto de la escasez. En este caso el deudor podrá invocar el art. 656, pero deberá acreditar los extremos necesarios para el funcionamiento de la teoría de la imprevisión (art. 1198) [138].

El valor de las prestaciones ha sido una de las circunstancias que la jurisprudencia ha tenido especialmente en cuenta para ordenar la reducción de las cláusulas penales moratorias. En tal sentido se ha resuelto que debe impedirse que en virtud del cúmulo de ellas se llegue a superar el

136 Cám. Nac. Civ., Sala E, 22/11/77, "Sicilia c. Nogueira", "L.L.", 1978-B-400, fallo 75.780.

137 Voto del Dr. Fliess, 3/9/71, "Braniff c. Italfina", "L.L.", 146-320.

138 Conf.: Moisset de Espanés, ob. cit., p. 128. La solución es expresa en el art. 812, nº 1, del moderno Código de Portugal.

monto total de la prestación [139]. Por ej., si la vendedora se ha obligado a pagar una multa diaria de $ 10.000 por cada día de demora en efectuar la trasferencia y por efecto de la acumulación la pena se eleva por encima del precio del vehículo enajenado.

En otras ocasiones el gran desfasaje económico provocado por la inflación ha servido para disminuír las cláusulas penales en razón de que la acreedora de ella ha compensado el daño producido por el lucro que significa pagar un precio con moneda depreciada. Por ej., la vendedora —que se ha obligado a una cláusula penal moratoria por cada día de atraso en la obligación de trasmitir el dominio— es condenada a escriturar después de un largo pleito; en virtud de su mora y la falta de culpa de la compradora, ésta paga finalmente el precio adeudado en moneda envilecida. En estos casos, puede válidamente sostenerse que la acreedora de la cláusula compensa el daño provocado por la escrituración tardía con la relevante circunstancia de pagar un precio mínimo, por lo que la cláusula penal debe disminuírse. En tal sentido ha dicho la Cámara Nacional Civil, Sala E: "corresponde hacer uso de la facultad establecida en el art. 656 del C. Civil de reducir el monto de la pena establecida para el caso de mora, cuando la condena a escriturar en las condiciones establecidas en el boleto significa, en el momento actual, una grave lesión económica para el vendedor, quien se desprenderá del dominio de un inmueble cuyo valor se incrementó notoriamente desde que se concertó su venta y recibirá por éste más del 70 % del precio pactado tres años y medio atrás, vale decir, en moneda sustancialmente envi-

[139] Cám. Nac. Civ., Sala B, 31/3/70, "Valentenu c. Sary", "L.L.", 140-808, y "E.D.", 32-391; ídem, Sala F, 29/5/69, "Madariaga c. Cadul", "L.L.", 137-820, y "J.A.", 4-1969-83; ídem, Sala D, 26/8/71, "Félix c. Rossi de Martino", "E.D.", 40-656; Cám. Paz Capital, Sala 2ª, 9/10/70, "Zeiguer c. Vaillati", en "J.A.", 9-1971-49; Cám. Civ. y Com. de Rosario, Sala 2ª, 22/12/70, "Nasini c. Alodi", en "J.A.", 11-1971-725; Cám. Nac. Com., Sala B, 13/4/53, "Córdoba c. Jobke", "L.L.", 70-432, y "J.A.", 1953-III-266.

lecida, pagando el comprador como saldo de precio una suma irrisoria por el departamento cuya posesión detenta" [140].

§ 83. c) *La naturaleza y origen de las prestaciones a las cuales accede.* — Muchas veces el objeto de la cláusula penal constituye un porcentaje sobre la suma de dinero pactada como obligación principal. En tales casos existe un acentuado paralelismo entre el problema de la limitación de las cláusulas penales y el tope permitido a las tasas de interés. Asimilando en forma absoluta la semejanza, una gran corriente jurisprudencial ha reducido las cláusulas penales sobre la base de las tasas de interés [141]. Otra, con un criterio más amplio, se ha guiado por los topes fijados en el art. 622 del C. Civil. En tal sentido se ha resuelto: "A los fines de adecuar razonablemente el criterio judicial relativo a la facultad que otorga a los jueces la segunda parte del art. 656 del C. Civil, en reducción de la sanción pecuniaria pactada en cláusula penal, debe tenerse en consideración la existencia de la norma contenida en el 2º párrafo del art. 622 del C. Civil introducido por el decr.-ley 17.711/68, que permite a los jueces imponer, como sanción por inconducta

[140] 25/4/78, "Amén c. Garavaglia", "E.D.", 15/8/78, fallo 31.044. Conf.: Sala A, 6/4/78, "Satz y Álvarez c. Szmukler", "L.L.", 10/10/78, fallo 76.362; Sala F, 6/10/77, "Rossini c. Cáceres", "E.D.", 9/10/78, fallo 31.301; Sala F, 20/2/69, "Bierolai c. Judelewski", "L.L.", 135-915.

[141] Cám. Nac. Civ., Sala A, "Alizalde c. Funcia", 3/8/62, "J.A.", 1965-III-611, sumario 51; ídem, 25/6/74, "Ghier, Samuel, c. Moreno", "L.L.", 156-792, y "E.D.", 57-503; ídem, 8/4/69, "Volinsky c. Perassi", "L.L.", 135-1172; Sala B, 23/12/66, "Cochard c. Albarracín", "E.D.", 19-86, y "J.A.", 1967-IV-198; Sala D, 15/9/76, "E.D.", 74-144; Cám. Esp. Civ. y Com., Sala IV, 19/4/74, "Vairestec c. Chizye de Godin", "Rep. L.L.", 1974-A-I, t. XXXIV, p. 855, sumario 50; ídem, 16/5/75, "Cambiasso c. Miranda", "L.L.", 1975-D-425; ídem, Sala I, 9/10/74, "Zeiguer c. Agüero", "L.L.", 1975-D-425; ídem, 11/6/75, "Zeiguer c. Comercio y Desarrollo", "J.A.", 20-1973-530; Sala C, 26/12/56, "Hahori c. Linares", "J.A.", 1959-II-167, y "L.L.", 86-741; Sala D, 6/9/63, "Pérez c. Buggiano", "L.L.", 112-172, y "E.D.", 7-847. Compulsar vieja jurisprudencia en este sentido en Alfredo Acuña, *Derecho de limitar el importe de la indemnización establecida en una cláusula penal en consideración al orden público,* en "J.A.", 48-111.

procesal, el pago de intereses que unidos a los compensatorios y moratorios puede llegar hasta dos veces y media la tasa de los bancos oficiales en las operaciones de descuento ordinarias" [142]. Sin embargo, debe advertirse que esta similitud no es identidad; al contrario, debe merituarse si la cláusula penal accede a un contrato de mutuo, o si está inserta en otro tipo de convenciones, que aunque den lugar a obligaciones dinerarias no se asemejan al mutuo; por ej., contratos de locación, compraventas, etc.; si se trata de un préstamo, es evidente que deben respetarse las tasas máximas de interés, porque de otro modo se convalidaría la usura. La solución es muy clara en los códigos de Chile (art. 1544), Ecuador (art. 1587), Colombia (art. 1601), los cuales —como se ha dicho— disponen que en casos de mutuos, la cláusula penal podrá rebajarse no sólo hasta el duplo de la principal, sino en todo lo que excede el máximo de interés que se permita estipular.

Por eso coincidimos plenamente con Spota cuando enseña que no es correcto que la jurisprudencia se autolimite excesivamente, impidiéndose aprehender las diversas modalidades que presentan los distintos negocios jurídicos a fin de determinar dónde termina lo lícito y dónde comienza la usura [143]; en consecuencia, apoyamos el criterio jurisprudencial que resuelve: "no basta para evidenciar la presunta exorbitancia de la cláusula penal comparar el monto resultante de su aplicación con el de los intereses legales que hubiera devengado el crédito no satisfecho puntualmente" [144]. Concluímos: tratándose de contratos distintos del mutuo, la cláusula penal no debe necesariamente limi-

[142] Cám. Nac. Civ., Sala C, 18/2/75, "Montiel c. Montiel de López", en "L.L.", 1975-B-781, y "E.D.", 64-139.

[143] Spota, *Instituciones de derecho civil. Contratos*, ob. cit., t. II, p. 399.

[144] S.C. Bs.As., 2/3/71, "Pettina, I., c. Marrero", en "J.A.", 11-1971-639. Conf.: Cám. Nac. Civ., Sala A, 10/9/61, "Acuña c. Ceverizzo", "J.A.", 1962-I-655, "L.L.", 106-283, y "E.D.", 2-843; Sala B, 6/7/62, "Palazzi c. Bromberg", "J.A.", 1962-VI-499; Cám. Apel. Dolores, 3/9/70, "E.D.", 35-141.

tarse a la tasa de los intereses permitidos, por cuanto desempeña una función resarcitoria y punitoria que éstos muchas veces no cumplen.

§ 84. d) *El abusivo aprovechamiento de la situación del deudor.* — La reducción de la cláusula penal entronca aquí con el instituto de la lesión enorme aceptado por el reformador de 1968 en el art. 954 del C. Civil [145]. En tal sentido se pronunciaron las IV Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil: "el agregado del art. 656 se relaciona con la figura de la lesión y también, entre otras, con el abuso del derecho, imprevisión y fraude a la ley".

Se pregunta Guastavino si no hubiese sido suficiente con el art. 954, siendo el 656 una repetición inútil [146]. Coincidimos con Mosset Iturraspe en que no obstante el gran enlace entre reducción de cláusula penal y lesión, la primera merecía un tratamiento especial [147]. Existen además importantes diferencias en la regulación legal: mientras el art. 954 autoriza dos acciones (nulidad y reducción), el art. 656 sólo permite la última (salvo, como se verá, en el caso excepcional de pena indivisible); en el supuesto previsto en el art. 954 lo que se anula o reduce es la prestación principal, la conducta deseada; en cambio, en la cláusula penal el acreedor no desea que se cumpla la conducta viciada sino la otra, la principal, en cuya celebración no se explotó la necesidad del deudor [148]; mientras la explotación de la necesidad, la ligereza o la inexperiencia surge en el momento de la celebración

[145] Conf.: Moisset de Espanés, ob. cit., sec. III, capítulo II, ps. 119 y ss.; Abraham Ricer, *Excepciones a la inmutabilidad de la cláusula penal*, en "Boletín Judicial del Chaco", año X, nov.-dic. 1970, nº 111, p. 147. Incluso los clásicos franceses ubican este tema dentro de la lesión enorme: Laurent, t. XVII, nº 453; Demolombe, t. 26, nº 665; Colmet de Santerre, t. V, nº 168 bis.

[146] Guastavino, *Reformas al Código Civil (ley 17.711)*, Rosario, Orbir, 1968, p. 72.

[147] Mosset Iturraspe, ob. cit., nota anterior, p. 73.

[148] Conf.: Huberman, ob. cit., "L.L.", 1976-B-312.

del acto, el exceso de la cláusula sólo se advierte cuando el deudor incumple; como dice Venini [149], mientras el vicio de lesión se ubica en el sinalagma genético, el problema de la cláusula penal radica en el sinalagma funcional.

Todo ello justifica el tratamiento autónomo.

Sin embargo, esta pauta es tan importante que el juez no debe reducir la pena si se acredita que no ha existido explotación de la necesidad, la ligereza o la inexperiencia [150]. Lo contrario significaría eliminar la finalidad compulsoria de la cláusula penal, porque para que sirva como presión psicológica sobre el deudor, normalmente debe ser desproporcionada.

Claro está que, probado el elemento objetivo (desproporción notable), debe presumirse el aprovechamiento por parte del acreedor; pero ésta es una mera presunción *iuris tantum* que el pretensor podrá desvirtuar por todo medio de pruebas, incluso presunciones. Siguiendo esta línea, ha dicho la Suprema Corte de Buenos Aires: "no cabe argumentar con el ejercicio abusivo si ambas partes se sujetaron a severas cláusulas penales para el incumplimiento de sus respectivas obligaciones" [151]. La Cámara Nacional Civil, Sala D, expresamente ha resuelto: "la circunstancia de que

[149] Juan Carlos Venini, *Recapitulando sobre la lesión*, en "J.A.", 1977-I-783.

[150] Conf.: Cám. Nac. Paz, Sala II, 21/2/62, "Lord c. Iglesias", "L.L.". 107-310, y "J.A.", 1962-III-337; Moisset de Espanés, ob. cit., p. 135. *En contra*: Alterini, ob. cit., ps. 16 y 17; Venini, ob. cit., "J.A.", 1977-I-783; Jorge Mosset Iturraspe, *Justicia contractual*, Ediar, Bs. As., 1978, ps. 93 y 188, nota 50; aunque en realidad su pensamiento aparece desdibujado en su trabajo posterior *Cláusula penal* (ob. cit., p. 1255), en la cual requiere ambos elementos (objetivo y subjetivo) en atención a la finalidad compulsoria de la cláusula. Cám. Nac. Civ., Sala B, 3/4/71, "E.D.", 44-619; Sala A, 14/2/78, "E.D.", 77-560.

[151] 10/4/73, "Ballati c. Zurchi", "Rep. L.L.", XXXIII, año 1973, A-I, p. 198, nº 123, y "E.D.", 50-548. Conf.: Cám. 3ª Civ. y Com. de Córdoba, 9/3/56, en "Digesto Jurídico La Ley", t. III, p. 718, nº 1223; Cám. Nac. Civ., Sala D, 10/3/70, "E.D.", 32-373. En contra: Alterini, ob. cit., p. 15, para quien la reducción viene impuesta por la ilicitud del objeto aunque no medie explotación; Cám. Nac. Civ., Sala B, 3/9/71, "Braniff c. Italfina", "L.L.", 146-320.

el deudor de la multa sea, por su experiencia en los negocios y su solvencia económica, la parte más fuerte de la relación jurídica de que se trata, aleja la posibilidad de que exista lesión subjetiva" [152].

Evidentemente, el requisito subjetivo no es exigible cuando la cláusula penal no era exorbitante al momento de la concertación, sino que se torna excesiva como consecuencia de acontecimientos imprevisibles; pero entonces deberán acreditarse los requisitos previstos por el art. 1198, como ya se explicó [153].

Un sector valora la conducta abusiva del acreedor no sólo en el momento de la constitución de la cláusula, sino al de su ejecución. En tal sentido se ha resuelto: "Si el actor ha dejado trascurrir tres largos años injustificadamente para ejercer su acción jurisdiccional, debe reducirse el importe de la cláusula penal de forma que ésta guarde proporción con la gravedad de la falta que sanciona" [154]. Este criterio debe ser tomado con extrema cautela; en efecto, si el exceso se ha producido por una acumulación de cuotas (imputable a una morosidad recalcitrante del deudor), la pena no debe reducirse, porque la desproporción es el producto de la conducta negligente del propio perjudicado; al deudor le bastaba con consignar lo debido si pretendía liberarse del pago de la pena. En tal sentido se ha resuelto: "Cuando la dilación del proceso se ha debido a la conducta culpable del demandado, sólo a él debe imputarse que sea excesiva la indemnización derivada de la cláusula penal pactada" [155].

[152] Cám. Nac. Civ., Sala D, 28/8/63, nº 89.375, "Saleme, A. J.", "E.D.", 5-825.

[153] Moisset de Espanés, ob. cit., p. 129.

[154] Cám. Nac. Civ., Sala F, 27/11/69, "Milian c. Núñez", en "J.A.", 5-1970-453.

[155] Cám. Nac. Civ., Sala C, 8/9/65, "Zapico, M., c. Ameneiro", "L.L.", 120-586. Conf.: Sala F, 18/9/64, "Marasso c. Farengo", "E.D.", 5-134, y "L.L.", 109-721.

Concluímos: si no ha mediado abusivo aprovechamiento del deudor, aun cuando la cláusula penal se torne excesiva por la acumulación de cuotas, no debe procederse a la reducción.

§ 85. e) *La equidad.* — Esta noción es decisiva en el terreno de la facultad judicial de morigerar las penas; el sentenciante deberá contemplar la situación económica de las partes (art. 1069 del C. Civil); las ventajas que supone para el deudor el incumplimiento [156]; etc.

Con bastante sarcasmo se ha criticado la remisión a la equidad; se afirma que éste es un sentimiento que se presenta muy vivo en unas personas y muy dormido en otras; pero se reconoce que las fórmulas inflexibles son inadecuadas en la materia, por lo que no queda más remedio que acudir a ella [157].

§ 86. *Naturaleza jurídica de la sanción legal.* — Con anterioridad a la sanción de la ley 17.711 se discutió si las penas excesivas debían reducirse o anularse. Bibiloni afirmaba que si la cláusula era contraria a los cánones del art. 953, el juzgador debía lisa y llanamente anularla; o es válida y se aplica en todos sus términos, o es ilícita y por ello nula [158].

Se apoya esta tendencia diciendo que de esta manera las partes se cuidarán de pactar cláusulas válidas y no habrá peligro de someterse al arbitrio judicial [159].

[156] Conf.: Alterini, ob. cit., p. 14, punto 15.

[157] Pascual Marín Pérez, en Scaevola, ob. cit., t. XIX, p. 927. Conf.: F. Chabas, p. 234.

[158] Antonio Bibiloni, ob. cit., t. 2, p. 74. Conf. Fernando Mó, *La cláusula penal y el abuso del ejercicio del derecho*, en "J.A.", 1956-II-400. Incluso ha sido aceptada por jurisprudencia posterior a 1968; ver Cám. 1ª Civ. y Com. de Mercedes, Bs. As., 11/5/73, "Zurro, A., c. Sociedad Española de Socorros Mutuos", "J.A.", 21-1974-588.

[159] Eduardo Zavalía, *Boleto de compraventa*, Depalma, Bs. As., 1964, p. 105.

Sin embargo, el art. 656 plasmó el criterio jurisprudencial predominante al momento de su sanción, que permite la reducción, y no la anulación, porque "lo que ofende la moral no es la pena en sí, sino lo exorbitante de ella". En defensa de la solución legal se argumenta con un serio fundamento de índole procesal: si la pena se anula, el acreedor debe acreditar el daño realmente sufrido, rigiendo los principios generales probatorios de la acción de indemnización de daños; es probable que debido al tiempo trascurrido y a su falta de previsión, el acreedor no pueda suministrar probanza alguna por carecer de ella; al contrario, si la pena se reduce sin alterar el régimen de la prueba, el acreedor podrá atenerse al importe de la pena que se estime como no repugnante a la moral, manteniéndose el régimen de presunción de daños.

Por lo demás, la nulidad total contraría los principios de buena fe probidad, favoreciendo al deudor inescrupuloso que se presta a asumir una sanción exorbitante porque sabe que, en definitiva, se eximirá de su pago [160].

Claro está que en ocasiones no quedará otra alternativa que declarar la nulidad; ello ocurre cuando la cláusula penal pactada es de naturaleza indivisible, no admitiendo su reducción material; por ej., cuando se pactó una obligación de entregar un cuerpo cierto [161].

La acción de reducción ¿es una acción autónoma? ¿No podría incluírsela dentro de las acciones de nulidad? La mayoría de nuestros autores sostienen que se ha sancionado una nulidad relativa parcial [162]. Se fundan en que la ilicitud no es mayor que la de los actos viciados por error o dolo (en que la nulidad es meramente relativa); además,

[160] Llambías, *Estudio*... cit., p. 179, nota 177.

[161] Mosset Iturraspe, ob. cit., p. 1254.

[162] Rafael Sassot, *Modificación de la cláusula penal*, "J.A.", Doctrina, 1971-825; Alterini, ob. cit., nº 23, p. 18; Llambías, *Estudio*... cit., p. 177. En el derecho alemán, ver en esta tendencia Von Tuhr, ob. cit., t. II, p. 242.

en la gran similitud que existe con el régimen de la lesión, que también ocasiona una nulidad de este tipo.

Para nosotros la solución está fuera del ámbito de las nulidades.

§ 87. a) *No se trata de una nulidad parcial (art. 1039).* — Porque en el caso *no* se deja sin efecto una disposición del acto (como ocurre, por ej., cuando se declara la nulidad del legado dejando subsistente el testamento en el cual consta), sino que se la modifica. Al menos, *de lege lata,* no puede hablarse de efectos parciales en materia de nulidades. Bien dice Aráuz Castex que las consecuencias de la nulidad parcial son exactamente las mismas que las de la invalidez completa, sólo que referidas a la disposición afectada de nulidad [163]. Reiteramos que en el caso de la cláusula penal no se produce la invalidez total, sino sólo la modificación. No ignoramos que un sector de la jurisprudencia española también utiliza la terminología "nulidad parcial" para casos semejantes al que analizamos. Dice Santos Briz que a veces la nulidad parcial de un negocio produce su convalidación; tal ocurre en los casos de fijación de precios máximos por parte de los organismos del Estado; cuando las partes celebran un contrato con precios superiores, por razones de índole económica, no se ordena la nulidad total del negocio sino la reducción del precio [164].

§ 88. b) *Tampoco es un caso de "conversión" del acto nulo.* — José Luis de los Mozos, el autor que ha tratado este difícil tema en forma más completa, define a la

[163] Manuel Aráuz Castex, *Derecho civil, Parte general,* t. 2, Bs. As., p. 428.

[164] Jaime Santos Briz, *La contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno,* ed. Montecorvo, Madrid, 1966, p. 246. Una amplísima visión de la nulidad parcial en el derecho español puede compulsarse en Gómez-Martinho Faerna, *La nulidad parcial de los negocios jurídicos,* en *Estudios de derecho privado,* t. I, ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1962, ps. 338 y ss.

conversión como "el medio jurídico en virtud del cual un negocio nulo se salva de la nulidad convirtiéndose en otro distinto que sustituye al primero en la medida de lo posible, salvaguardando con ello, hasta ese límite, el fin perseguido por las partes" [165]. Aparentemente podríamos encuadrar el caso dentro de los supuestos de conversión, por cuanto si bien esta figura no está admitida en forma expresa en nuestro Código (a la manera de las legislaciones alemana e italiana), tampoco está vedada, por lo que por el principio de la conservación de los actos sería de toda aplicación. Sin embargo, y pese a la gran similitud que presentan, consideramos —siguiendo al autor mencionado— que no hay estrictamente *conversión* sino *conservación*. En efecto, en el caso de la modificación de la cláusula penal se mantiene el mismo acto jurídico querido por las partes, se salva el negocio en su totalidad, aunque con efectos distintos. En la verdadera conversión, en cambio, se modifica el propio acto jurídico celebrado. Ambos institutos son semejantes y obedecen al principio del *favor negotii*, pero mientras en uno existe alteración del negocio, en el otro (el caso en estudio) el acto en sí mismo se conserva, alterándose sólo algunos de sus efectos.

§ 89. c) *También descartamos la categoría de nulidades efectuales* que en nuestro derecho desarrolla brillantemente el jurista López de Zavalía. Dice el profesor tucumano —siguiendo a Giorgi— que las nulidades pueden ser plenas o efectuales; en el primer caso la ley niega al acto toda eficacia normativa; en cambio, en la segunda se con-

165 José Luis de los Mozos, *La conversión del negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1959, p. 9. En el derecho argentino, Masnatta ha definido la conversión: "cuando un negocio jurídico nulo es mantenido como negocio jurídico válido, de otro tipo diferente" (Héctor Masnatta, *La conversión del acto jurídico nulo*, "E.D.", t. 27, p. 415). Oneto, por su parte, la conceptualiza como el fenómeno en virtud del cual un acto nulo en su especie o tipo resulta válido como acto o negocio de especie o tipo diferente (Tomás Oneto, *La conversión del negocio jurídico en nuestro derecho positivo*, en "L.L.", 1979-A-716 y ss.).

fiere una eficacia distinta de la que resultaría de su interpretación. Proporciona como ejemplos típicos los casos previstos en los arts. 987 y 2502 del C. Civil [166].

Si bien es cierto que la categoría propuesta puede asimilarse al supuesto en estudio, la terminología utilizada es ajena al Código Civil, del cual no surge la clasificación de las nulidades en plenas y efectuales. Además, advirtamos la gran similitud entre las nulidades efectuales y la teoría de la conversión, a la cual se ha hecho referencia en el punto anterior.

§ 90. d) *Tampoco es un caso de rescisión.* — Moisset de Espanés [167] acepta para los casos de lesión el vocablo "rescisión", adhiriéndose así a la doctrina española.

Aunque reconocemos que esta denominación tiene en el derecho comparado gran tradición para casos similares al que estudiamos, en el derecho argentino ella está unida a otros supuestos. En general, nuestros autores utilizan la palabra "rescisión" para referirse a una forma de extinción que depende de una causa sobreviniente al acto, que opera para lo futuro y que tiene como causa la voluntad de *ambos* contratantes [168].

§ 91. e) *Conclusión.* — Por todo lo expuesto preferimos hablar de una acción "de modificación o revisión".

[166] López de Zavalía, *Teoría de los contratos, Parte general*, ed. Zavalía, Bs. As., 1971, p. 351.

[167] Moisset de Espanés, ob. cit., p. 181. Conf.: Ramón Daniel Pizarro, su ponencia a las IV Jornadas Sanrafaelinas: *Aspectos procesales de la lesión subjetiva.*

[168] Federico Quinteros, *Resolución y rescisión de los contratos*, Depalma, Bs. As., 1946, p. 7. No desconocemos, por cierto, que algunos autores hablan de rescisión unilateral e, inclusive, de rescisión legal. Es que en realidad todas estas expresiones reconocen acepciones equívocas. Aunque incidentalmente, algunos autores aceptan para los casos de lesión la palabra "rescisión". Ver, por ej., Félix A. Trigo Represas, *Lesión objetiva, lesión sobreviniente y regla moral*, en "Jus", t. 8, p. 201. Conf. con la significación que damos en el texto al vocablo "rescisión", Gustavo Millan, *Contribución al estudio de la lesión*, "Rev. del Colegio de Abogados de La Plata", nº 32, 1974, p. 48, nº 84.

Esta nueva terminología tiene asidero legal en la simple comparación de los arts. 954 y 656 del C. Civil. El primero, como se ha visto, dispone que puede demandarse "la nulidad o la modificación"; si la modificación se identificase con la nulidad, no se advertiría el valor terminológico de la conjunción disyuntiva; en los casos de lesión existen dos acciones: la nulidad (nulidad plena en la terminología de López de Zavalía) y la modificación; en el art. 656 sólo se menciona a esta última.

Esta denominación es aceptada por Moisset de Espanés para el caso en estudio, quien señala que ella responde a su acepción gramatical, ya que según el diccionario de la Real Academia Española, modificar es "reducir las cosas a los términos justos, templando el exceso o exorbitancia", que es precisamente la finalidad que se persigue con esta acción [169].

§ 92. *Caracteres de la acción de modificación.* — Reseñamos en los siguientes parágrafos las características más relevantes de esta acción.

§ 93. a) *Requiere siempre petición de parte.* — El juez no puede declarar de oficio la reducción. Este aserto es consecuencia de que para la determinación de si una cláusula penal es o no excesiva se necesita acreditar una serie de elementos fácticos (objetivos y subjetivos) que deben ser propuestos por las partes al juzgador. La sentencia judicial que reduce la cláusula por excesiva sin petición de parte supone aceptar como notorios hechos que deben ser probados; priva a las partes de la oportunidad de defenderse ofreciendo prueba en contrario; en suma, vulnera el derecho de defensa en juicio al privar al acreedor del derecho de aportar pruebas sobre la no existencia del exceso o

169 Moisset de Espanés, ob. cit., p. 185.

del aprovechamiento. En el sentido indicado se ha pronunciado importante doctrina y jurisprudencia [170].

Resulta dudoso resolver si la petición de reducción va ínsita en el pedido de rechazo total de la demanda. En ese sentido se ha pronunciado la Sala D de la Cámara Nacional Civil: "La objeción de que la multa estipulada no puede ser reducida por no haber sido articulado en la oportunidad

[170] Conf.: Moisset de Espanés, ob. cit., p. 139; Augusto M. Morello, *El boleto de compraventa inmobiliario,* Ed. Platense, La Plata, 1975, p. 697; Llambías, *Estudio...* cit., ps. 181 y 182; Gatica Pacheco, ob. cit., nº 382; Enrique Fernández Gianotti, *Inmutabilidad de la cláusula penal,* en "Boletín del Instituto de Enseñanza Práctica" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Bs. As., 1937, ps. 99 y 100; Mosset Iturraspe, ob. cit., p. 1253, pero afirma que los jueces deben facilitar esa alegación, llamando a las partes como trámite previo a la homologación. La jurisprudencia que exige petición de parte es reiteradísima; Cám. Nac. Civ., Sala A, 7/5/76, "Casol c. Calunga", nº 205.393, inédito; Cám. Nac. Civ., Sala B, 14/8/72, "Zappa de Rocca c. Viviendas Abezas", "E.D.", 45-675; ídem, 9/5/72, "Brunetta c. Xury de Vázquez", "E.D.", 43-414; Sala D, 12/9/72, "Palma de Mallorca S.C.A. c. Rubial", "J.A.", 18-1973-389, y "E.D.", 47-691; Sala E, 18/2/76, "Cía. Gral. de Forestación c. Diez de Locher", "L.L.", 1976-C-345; Sala F, 2/8/73, "Pocar S.A. c. Fraga", "J.A.", Repertorio 1973, p. 68, nº 5; Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., Sala I, 10/8/73, "Angeleri c. Ledo"; "J.A.", Repertorio 1974, p. 78, nºs. 1 y 2; Cám. 2ª Civ. y Com. de Córdoba, 27/8/74, "Sabach c. Italmaza", "J.A.", Repertorio 1975, p. 82, nº 10; Cám. 4ª Civ. y Com. de Córdoba, 14/8/69, "Argüello c. Ponce de León", "J.A.", Reseñas, 1970, p. 424, nº 11.

Modificamos parcialmente nuestra opinión vertida en un viejo y escueto trabajo publicado en "J.A.", Doctrina, 1972, p. 386, en el cual admitíamos que en casos excepcionales y cuando aparecía manifiesta podía ser reducida de oficio. Este criterio que hoy consideramos equivocado, es aceptado en los siguientes fallos: S.C.Bs.As., 16/3/71, "Celulosa Carhué c. Pie", "L.L.", 146-410, y "J.A.", 13-1972-524; Cám. Nac. Civ., Sala B, 15/2/73, "Minbar c. Seinkeris", "L.L.", 150-394, y "J.A.", 18-1973-433 (aunque se reconoce que no es procesalmente aconsejable); voto del Dr. Artetas, Cám. 3ª Civ. y Com. Córdoba, 22/3/68, "Barisone c. Hayes", "L.L.", XXX, 1970-A-I, p. 294, nº 55; Cám. Nac. Civ., Sala B, 30/6/75, "Surscon c. Stein S.A.", "J.A.", 29-1975-141, y "E.D.", 63-456; Cám. 2ª Civ. y Com. La Plata, Sala II, 3/9/74, "Cerome, Vito, c. Troisi", "E.D.", 62-189; Cám. Nac. Civ., Sala B, 21/8/59, "Conselec. c. Shore", "L.L.", 96-587; Cám. Nac. Paz, Sala IV, 29/7/59, "Vallebella c. Gottdenker", "J.A.", 1959-V-271; Cám. 1ª Civ. y Com. Mar del Plata, 1967-VI-117, sec. Prov.; S.G. Tucumán, 3/6/56, "Lombardo c. Fernández", "J.A.", 1956-IV-211; Cám. Nac. Civ., Sala A, 23/7/68, "Mustacciolo c. Pérez", "L.L.", 132, fallo 60.936; Cám. Nac. Civ. y Com., Sala I, 11/6/73, "Zeiguer, S., c. Comercio y Desarrollo", "Rep. L.L.", XXXIV, p. 273, sum. 33; Sala II, 25/2/80, "Demestri c. Errecart", "E.D.", diario del 30/5/80, fallo 32.988. Es compartido —con reservas— por Compagnucci de Caso, ob. cit., p. 32.

procesal no es admisible toda vez que se halla implícita en el pedido de rechazo total de la demanda que contiene el escrito de responde" [171]. También constituye un valioso precedente en este sentido el fallo dictado por la Suprema Corte de Buenos Aires: "Desde un punto de vista estrictamente procesal, el problema de la eventual necesidad de ajuste del monto de las multas a límites equitativos no constituye un capítulo autónomo de la litis, cuando se ha cuestionado la exigibilidad del cumplimiento compulsivo de las cláusulas penales, cuya omisa consideración por el inferior obste a su tratamiento por la alzada en los términos del art. 272 del Código ritual" [172]. Puede adherirse a esta posición, pero con la reserva de que el acreedor haya tenido oportunidad procesal de ser oído y de ofrecer prueba para acreditar la inexistencia del exceso.

A título ilustrativo recordemos que algunos códigos extranjeros permiten la reducción de oficio (por ej., art. 182 del C. Federal de las Obligaciones suizo, 920 del C. Civil del Brasil); pero en estos ordenamientos la solución puede tener justificativo teniendo en cuenta que la regla es la de la mutabilidad de la pena, lo que provoca que el acreedor siempre tome sus recaudos. Recuerda Anastasi, sin embargo, que el principio de la petición de parte rige en códigos como el soviético, que admiten como norma la mutabilidad [173].

§ 94. b) *Oportunidad de defensa.* — No sólo se requiere petición de parte, sino que el acreedor debe haber tenido oportunidad de ser oído y de ofrecer prueba de su derecho. Ésta es la única manera de no violar el derecho de defensa en juicio. De este principio deducimos que la

[171] Cám. Nac. Civ., Sala D, 6/4/66, "Rosallo c. Elizalde", en "J.A.", 1966-III-286.

[172] S.C.Bs.As., 16/3/71, "Celulosa Carhué c. Empresa Constructora Landsu", "L.L.", 146-410.

[173] Anastasi, ob. cit., "L.L.", t. 9, p. 28.

cuestión, como norma general, debe ser introducida en primera instancia, siendo insuficiente su alegación en la alzada [174].

§ 95. c) *Carga de la prueba.* — De lo dicho se desprende que quien pretende la reducción de la cláusula penal debe suministrar al juzgador los elementos probatorios para acreditar el carácter excesivo. No hay sino una aplicación de los principios procesales generales: la carga de la prueba de los hechos incumbe a quien los alega [175].

§ 96. d) *Carácter de la sentencia que ordena la modificación.* — Señala acertadamente Larenz [176] que tratándose de la trasformación de cláusulas contractuales, la sentencia tiene carácter constitutivo aunque revista la forma de sentencia de condena a realizar la prestación.

§ 97. e) *Vía por la cual puede ejercerse.* — El deudor puede oponer la reducibilidad de la cláusula por vía de acción o de excepción. Normalmente se opone por vía de excepción cuando el acreedor pretende el cobro. Pero también puede ser peticionada por vía de acción si el deudor pretende la modificación para su ulterior liberación.

§ 98. f) *Oportunidad en la cual puede plantearse.* — Remitimos a lo expuesto *supra*, § 82, *b*.

§ 99. g) *Renunciabilidad.* — Se discute si el deudor puede desistir de su derecho a pedir la reducción. Consi-

[174] En contra, admitiendo la invocación ante el tribunal de alzada, Cám. Nac. Civ., Sala D, 21/10/74, "Bairmont S.A. c. Manimar S.A.", "E.D.", 60-242.

[175] Cám. Apel. Dolores, 3/9/70, "Pettina c. Marrero", "Rep. L.L.", XXX, año 1970, A-I, p. 236; Cám. Especial Civil y Comercial, Sala 1ª, 19/5/75, "Ferreiro c. Píriz", "J.A.", 27-1975-331. Conf.: Gatica Pacheco, ob. cit., nº 382.

[176] Larenz, ob. cit., t. I, p. 371.

deramos que toda renuncia *anticipada* sería nula, de la misma manera que lo es la de hacer valer la nulidad por vicios de la voluntad [177].

Pero es válida la renuncia formulada cuando cesó la situación de inferioridad que motivó al deudor a contratar, o después de haberse producido el hecho imprevisible que tornaba la prestación excesivamente onerosa. Es decir, desaparecidas las causas que afectaban al acto, es admisible la renuncia a la acción y a la excepción [178].

Tampoco existe acuerdo en si el pago de la cláusula penal presume la renuncia a la facultad de ejercer la acción. El código alemán (art. 343, inc. 1) expresamente dispone la irrepetibilidad de lo ya pagado. Los autores que admiten esta solución en el derecho nacional, se fundan en que siendo éste un caso de nulidad relativa, el pago posterior supone una confirmación tácita del acto [179]. Para nosotros el problema se ubica fuera del ámbito de las nulidades, no obstante lo cual llegamos a igual conclusión; es decir, en principio, el pago de la cláusula penal supone una renuncia a solicitar su reducción, pero a los efectos de determinar si ese desistimiento es o no válido, será menester distinguir si cesaron o no —al momento de formularlo— las causas que viciaban el acto; si el deudor pagó cesado su estado de inexperiencia, ligereza o necesidad, o si lo hizo después de sobrevenir el acontecimiento imprevisible que tornó excesivamente onerosa su prestación, la renuncia es

177 Conf.: Von Tuhr, ob. cit., t. II, p. 243; Alterini, ob. cit., p. 20, nº 25; Mosset Iturraspe, p. 1254; Santos Briz, ob. cit., t. III, p. 45.

178 Una amplia referencia a la irrenunciabilidad de la acción de reducción en materia de lesión puede compulsarse en la obra tantas veces mencionada de Moisset de Espanés, *La lesión*, ps. 194 a 196.

179 Conf.: Sassot, ob. cit., "J.A.", Doctrina, 1971-837; Alterini, ob. cit., p. 18, nº 23; Oscar Gagliardi, *Cláusula penal en el preboleto*, en "Rev. del Notariado", año LXXIII, nº 708, nov.-dic. 1969, p. 1699; Gatica Pacheco, nº 382. Nosotros también nos adherimos en un viejo trabajo a esta posición (ver "J.A.", Doctrina, 1972, p. 385). Un estudio posterior y más pormenorizado de la cuestión nos ha llevado a formular los distingos que hacemos en el texto.

válida. La prueba de la subsistencia del vicio a la época del pago incumbe al deudor [180].

§ 100. h) *Prescripción.* — Proficuamente debatido ha sido el tema de la prescripción de la acción de modificación. Alterini sostiene *de lege lata* el término quinquenal fijado por el art. 954 del C. Civil, pero critica esta solución *de lege ferenda* [181]. Sassot, en cambio, ha propiciado el plazo decenal del art. 4023 o el menor que corresponda a la obligación principal a la cual accede la cláusula penal ante la inexistencia de normas que fijen plazos menores [182]. Nos adherimos a este criterio, pero con algunas salvedades puestas de manifiesto por Moisset de Espanés [183]: la modificación puede ser opuesta tanto por vía de acción como de excepción; en el primer caso no hay duda de que la acción de modificación prescribe en el término de diez años (o el menor correspondiente a la obligación principal) computados según la regla general yacente en los arts. 3957, 3953, etc., es decir, a partir del nacimiento de la acción (*actio non nata non praescribitur*), o sea, desde que se produce el incumplimiento.

Pero si se opone como excepción, debe merituarse la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre el tema: la mayoría entiende que las excepciones son imprescriptibles mientras el contrato no haya tenido comienzo de ejecución [184]. Otros, en cambio, han sostenido que sólo son

180 Conf.: Moisset de Espanés, ob. cit., p. 139.

181 Alterini, ob. cit., p. 19, nota 44.

182 Sassot, ob. cit., "J.A.", Doctrina, 1971, p. 827. Conf. ponencia de las doctoras Koning, Furcade y Martin a las IV Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil.

183 Moisset de Espanés, ob. cit., p. 144.

184 Jorge A. Carranza, *La acción y la excepción de nulidad; el problema de su prescripción*, en "J.A.", Doctrina, 1974-381; VI Jornadas de Derecho Civil de Santa Fe, 1977, punto 3º del despacho de mayoría: "La excepción de nulidad relativa contenida en el art. 1058 bis del C. Civil es imprescriptible, con la salvedad de que el titular de aquélla no se encuentre obligado a restituír con motivo del acto que impugna (art. 1052)". Ponencia de los doctores

imprescriptibles las excepciones realmente tales; es decir, aquellas que no pueden hacerse valer sino por vía de excepción (como puede ser, p. ej., de la cosa juzgada); en cambio, prescriben en el mismo tiempo que la acción aquellas que no son sino una "acción encubierta o enmascarada", como son las de dolo, fuerza, error, etc. En estos casos en que existe posibilidad de accionar, la excepción prescribe en el mismo plazo que la acción [185]. No faltan quienes propician la prescriptibilidad de la excepción en el mismo término que la acción, sin hacer distinciones [186].

Dice Moisset de Espanés [187] que cualquiera que sea la postura que se asuma, la solución no varía en el caso concreto, porque "el deudor no puede ejercitarla mientras el acreedor no goce de acción para reclamar el cumplimiento de la cláusula y esa acción recién nace cuando se produce la inejecución de la obligación. En resumen, la acción para reclamar la pena lesiva y la excepción de nulidad contra esa pretensión nacen en el mismo momento, de manera tal que siempre la víctima de las cláusulas penales leoninas gozará de un escudo defensivo contra las pretensiones abusivas de la otra parte, pues mientras aquélla tenga acción para exigir la aplicación de la cláusula, ella gozará de la excepción de nulidad".

Compartimos tan agudo razonamiento; en efecto, no dudamos que la acción y la excepción nacen en el mismo momento: cuando se produce el incumplimiento. Sin em-

---

Gualberto Lucas Sosa, José A. Buteler Cáceres y Augusto César Belluscio (señala este autor que es la solución de las jurisprudencias francesa y española). Llambías, ob. cit., t. III, nº 2034.

185 Alfredo Colmo, *De la prescripción en materia comercial*, ed. Alsina, Bs. As., 1901, nos. 268 a 271, quien destaca que sólo son imprescriptibles aquellas excepciones que son exclusivamente tales, o sea que de ningún modo pueden hacerse valer por vía de acción. Conf.: Borda, ob. cit., t. II, nº 1010; Cazeaux y Trigo Represas, ob. cit., t. II, vol. 2, p. 444.

186 Salvat-Galli, ob. cit., t. III, nos. 2053 y 2053a. Conf.: Jorge A. Mayo, *La prescripción de la excepción de nulidad*, "E.D.", 42-888.

187 Moisset de Espanés, ob. cit., p. 144.

bargo, hemos encontrado una excepción a esta regla: ella se produce cuando se ha operado la causal de suspensión de la acción por intimación del acreedor (art. 3986, 2ª parte, del C. Civil) sin que se altere el curso de la prescripción de la excepción; por ej., el acreedor interpeló a su deudor extrajudicialmente de modo fehaciente, y éste no respondió al emplazamiento o contestó sin invocar la exorbitancia de la pena. Si se admite la prescriptibilidad de la excepción, en este caso el deudor no tendrá arma de defensa, porque su derecho a invocar la modificación se habrá extinguido si trascurrió el término legal [188].

§ 101. *A quién beneficia el pedido de reducción en las obligaciones con pluralidad de sujetos.* — Puede ocurrir que siendo varios los sujetos obligados al pago de la cláusula penal, sólo uno de ellos peticione la reducción. Cabe entonces preguntarse si los no peticionantes pueden aprovecharse de la sentencia que ordenó la disminución. Tal como se ha venido explicando, la reducción opera por un doble orden de razones: objetivas y subjetivas. Ello podría conducir a sostener que la decisión judicial no aprovecha a quien no peticionó expresamente, por cuando éste pudo no hallarse en la situación de inferioridad económica prevista por la norma. Sin embargo, nos parece que se trata de una defensa común, por cuanto resultaría jurídicamente reprochable sostener (dada la necesidad del elemento *objetivo*) que una cláusula penal es exorbitante para un deudor pero no para otro.

Con distintos fundamentos es ésta la solución que algún fallo ha consagrado para el caso de reducción de *intereses* usurarios. En tal sentido se ha resuelto que "si todos los demandados adeudan solidariamente al acreedor la su-

[188] Ésta es la razón por la cual Moisset de Espanés insiste en la tesitura de la imprescriptibilidad de la excepción. Así nos lo hizo saber gentilmente en su misiva del 15/1/78.

ma que éste reclama, bien puede uno de ellos solicitar la reducción de los intereses compensatorios y moratorios convenidos, ya que se trata de una defensa común que beneficia a todos los deudores, aunque sea esgrimida por uno solo" [189].

En cambio, consideramos que si la reducción ha sido dictada en un proceso en el cual no ha sido parte uno de los *acreedores*, esta resolución no le será oponible en razón de lo dispuesto por el art. 715 del C. Civil.

§ 102. *Valoración crítica sobre la reforma.* — No obstante venir precedida de innumerables precedentes jurisprudenciales, agrias críticas se han formulado contra la reforma actualizando viejas opiniones. Se ha llegado a decir: "El principio de la inmutabilidad de la cláusula penal no existe, por lo cual, siendo este principio la característica más importante y diferenciadora de la indemnización de daños y perjuicios, tampoco existe la cláusula penal, pues carece de identidad propia. La reforma debió ser más valiente y derogar la posibilidad de pactar cláusula penal. El sistema es híbrido. De nada vale que las partes la pacten. Éste es el definitivo entierro de un instituto que se llama cláusula penal" [190]. En el mismo sentido se discute incluso filosóficamente la inserción de esta figura en la moderna legislación: "El dilema es de hierro. Si hay presión psicológica grande para justificar la utilización de la multa, hay abuso del derecho. Si no hay presión psicológica la figura carece de la función que se le atribuyó hasta ahora. También ha desaparecido la de prefijar los daños y perjuicios. Debería eliminarse como figura que no con-

[189] Cám. Nac. Civ., Sala D, 8/2/79, "Falcín, Eduardo, c. Helerin", "E.D.", 82-411, fallo 31.825.

[190] Ana Raquel Nuta, *La restricción al principio de inmutabilidad de la cláusula penal*, en "Revista Notarial", nº 826, año 1976, p. 586.

dice con la actual forma de vida hacia la que tiende nuestra sociedad" [191].

El exceso de la crítica nos parece evidente. Hemos explicado a lo largo de este punto que el principio de la inmutabilidad sigue siendo el rector y que sólo en supuestos excepcionalísimos los jueces deberán ordenar la reducción. Por lo demás, aun cuando el juez disponga la disminución, la cláusula cumplirá la importante función de invertir la carga de la prueba, pues los daños serán siempre presumidos, siendo a cargo del deudor que invoca el exceso la prueba de todos los extremos analizados. Insistimos, finalmente, en que la mera desproporción no justifica la reducción, por lo que el dilema planteado por Paludi es falso. Concluímos que aun en los regímenes que admiten la mutabilidad como principio, los autores coinciden en la importancia práctica que el instituto tiene en el derecho positivo vigente. Las posturas negativas como las del autor mencionado tienen como único fundamento la equivocada concepción de que las penas privadas no deben tener cabida dentro de la legislación. Coincidimos plenamente con Peirano Facio, cuya opinión nos permitimos trascribir: "Lo que contradice el orden jurídico civil y se opone a su lógico desenvolvimiento de acuerdo al perfeccionamiento y adelanto de la vida moderna, no es la idea de pena, sino el concepto específico de *ciertas penas*, notablemente de aquellas que son de exclusivo resorte del derecho criminal. Cuando se dice que la pena es una intrusa dentro de toda legislación civil avanzada y que por ende la cláusula penal no puede ser admitida como instituto coactivo dentro del sistema de los códigos modernos, se incurre en un sofisma consistente en tomar el todo por la parte empleando la misma palabra con dos sentidos diferentes (sofisma de equivocación, en el lenguaje aristotélico), puesto que la pena

[191] Osvaldo Paludi, *Replanteo de la función de la cláusula penal*, en "Derecho Laboral", año XII, nov. de 1970, p. 582.

intrusa dentro de una legislación civil avanzada no es la pena en general, ni menos aún la pena civil, sino la pena penal, que sólo pudo hallar sitio en el derecho civil en épocas de perfiles jurídicos oscuros, en que se intercambiaban los elementos del orden civil y del orden penal, formando parte de este último las composiciones civiles, y de aquel otro, las penas corporales aflictivas". Incluso más: desde el punto de vista de la política legislativa es conveniente que el derecho civil positivo cree mecanismos aptos para asegurar el cumplimiento de las obligaciones. Ésa es la razón por la cual reglamenta típicos institutos de garantía, como las fianzas, el derecho de retención, las hipotecas, etc. "El orden jurídico civil no sólo puede, sino que debe (y de hecho ha cumplido ya en parte con este deber), disponer dentro de su propio ordenamiento, una serie de medios que tienden a reforzar el cumplimiento de sus normas, es decir, a hacerlo observar como orden dado" [192]. Por eso la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) ha señalado la importancia de estas cláusulas y ha aconsejado la conveniencia de crear un régimen uniforme (nota de secretaría del 1 de mayo de 1978)[192-1].

§ 103. III) *Cláusulas penales insuficientes.* — En los puntos anteriores hemos analizado la posibilidad de reducir la cláusula penal. Ahora nos preocupa la hipótesis contraria; es decir, si puede reclamarse un aumento en virtud de la mayor cuantía de los daños sufridos por el acreedor.

Ya hemos explicado que el art. 655 del C. Civil parece oponerse en forma absoluta a esta posibilidad: "el acreedor

[192] Peirano Facio, ob. cit., nº 81, ps. 163 y ss. Conf.: Suárez Videla, *El daño moral y su reparación civil*, "J.A.", 35, sec. Doct., 59 y ss.

[192-1] Ver antecedentes en Gómez Calero, ob. cit., p. 32.

no tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente".

Ésta era —al parecer— la solución del derecho romano, aunque algunos textos han provocado opiniones encontradas entre los estudiosos. Según una disposición atribuída a Juliano, el vendedor tenía una doble acción contra el comprador: una *ex venditio*, para obligarle a cumplir lo prometido; otra *ex stipulatio*, para pedir la pena pactada. En virtud de esta ley (D. 19, I, 28), algunos autores afirmaron que en los contratos de buena fe el estipulante tenía dos acciones: una derivada de la *stipulatio*, por la cual nada podía obtener además de la pena, y otra (la del contrato) (*actio ex contractu*) por la cual podía obtener todos los daños derivados del incumplimiento [193]; Petit enseña que si el acreedor optaba por la pena tenía derecho aun a exigir la acción originaria —cuando era de buena fe— para obtener sólo lo que podía procurarle de más; pero si había ejercido la primera, no podía luego obrar *poenae nomine* [194]. En cambio, Arias Ramos sostiene que aun en el derecho justinianeo se concedía al acreedor que hubiese utilizado uno de los dos medios —acción de la principal o de la cláusula penal— la posibilidad de usar el otro para reclamar la diferencia de lo que obtuvo por el medio elegido, y lo que hubiera obtenido de haber empleado el otro [195].

Pero según enseña Espín Cánovas [196], estas interpretaciones del texto juliano fueron combatidas por otros romanistas que sostuvieron que la regla absoluta era la de la inmutabilidad.

El problema de las penas insuficientes preocupó desde antiguo. Así, el propio Azon, partidario de la inmutabili-

193 Ver: Edgard Ferreyra, *De las obligaciones con cláusula penal*, ob. cit., p. 351; Maynz, ob. cit., t. II, nº 258, p. 450, nota 19.

194 Petit, ob. cit., nº 475.

195 Arias Ramos, ob. cit., t. II, p. 660.

196 Espín Cánovas, ob. cit., t. 30, p. 165.

dad de las penas excesivas, admitía el mayor monto no cubierto por la pena. También admitían este plus Pothier y Dumoulin [197].

En el derecho contemporáneo se advierten dos tendencias legislativas: la del código prusiano, continuada por Freitas (art. 992) y nuestro codificador (art. 655), que no admite la prueba de mayores daños, y la del código alemán, que en su § 340, apartado 2º, dispone que el acreedor puede exigir la pena como indemnización mínima, conservando su derecho a reclamar sus mayores daños.

En favor de la solución argentina se ha dicho que el supuesto de la cláusula penal insuficiente es prácticamente inexistente, porque el acreedor se cuida muy bien de ponerse a resguardo a fin de que la indemnización pactada sea retributiva de los daños ocasionados. Se argumenta, además, con el hecho de que al acreedor le queda siempre el recurso de exigir la prestación principal [198].

Estos argumentos son inconsistentes: en primer lugar debemos merituar que se parte de un supuesto falso: que la parte débil del contrato es el deudor; pero no siempre ocurre de este modo; a veces es la deudora económicamente poderosa quien estipula cláusulas penales insuficientes previendo sus incumplimientos futuros. Además, la opción aparece en las penas compensatorias, pero no en las moratorias. En estas últimas, al acreedor no le queda otra salida que demandar como daños los moratorios pactados; y aun en la compensatoria existen casos en que la opción es materialmente inexistente (por ej., porque se ha tornado imposible el cumplimiento de la principal en especie por desaparición del objeto, o porque la ejecución específica supone ejercer presión física sobre el deudor, etc.).

Finalmente, cabe recordar como criterio interpretativo que "cualquier solución legislativa debe estar presidida por

[197] Ver, para estos antecedentes, Peirano Facio, ob. cit., nº 142.
[198] Borda, ob. cit., t. I, nº 204.

un mismo criterio para la moderación y para la elevación de la pena. No parece justo que el acreedor pueda exigir el plus de los daños y al deudor se le niegue la moderación de la pena, o viceversa" [199]. Este criterio de igualdad de los contratantes debe tenerse en cuenta para interpretar cualquier caso dudoso. Por ello, no obstante los enfáticos términos del art. 655, admitimos las siguientes excepciones basadas en una interpretación armónica de las distintas disposiciones legales.

§ 104. *El incumplimiento doloso.* — Una tendencia francamente mayoritaria en la doctrina nacional y extranjera considera que si el incumplimiento del deudor es doloso, la cláusula penal no opera como límite tope a la indemnización debida, sino que el deudor deberá reparar todo el daño producido al acreedor aun cuando éste sobrepase al numéricamente prefijado [200].

[199] Espín Cánovas, ob. cit., t. 30, p. 166.

[200] Conf.: Morello, ob. cit., nº 696, e *Indemnización del daño contractual*, t. II, Perrot, Bs. As., 1ª ed., nº 62; Llambías, ob. cit., t. I, nº 342 y nota 41; Alterini, ob. cit., nº 39; Leiva Fernández, ob. cit., "L.L.", 156-1181; Rubén Compagnucci de Caso, ob. cit., p. 50; Anteo Ramella, *La resolución por incumplimiento*, Astrea, Bs. As., nº 93; Luis M. Rezzónico, *La inmutabilidad de la cláusula penal y la inejecución dolosa de la obligación*, "L.L.", 126-201, donde puede compulsarse un detalle de la jurisprudencia y doctrina francesa conforme; ver, entre otros autores galos, Mazeaud-Tunc, ob. cit., t. III, vol. 2, nº 2631; Larombière, t. III, art. 1231, nº 5; Aubry y Rau, t. IV, nº 309, p. 114; Josserand, ob. cit., t. II, vol. I, nº 653; entre los españoles a Espín Cánovas, ob. cit., t. 30, p. 167; Ruiz Vadillo, p. 391. Este último autor afirma que en los casos de cumplimiento doloso la cláusula penal es nula, quedando expedito el camino para el ejercicio de las acciones de resarcimiento; destaca que esta nulidad es muy curiosa porque sólo se produce cuando el monto de la cláusula sea inferior a la que por el derecho común podría obtener el acreedor. En nuestro criterio, en cambio, la cláusula no es nula; al contrario, mantiene plena validez; lo que ocurre es que se permite pedir, *además* de la cláusula, el plus que ésta no resarce. En la jurisprudencia nacional compulsar, entre otros, Cám. Nac. Civ., Sala D, 21/8/69, "Pontoriero c. Mendiola", "L.L.", 138-12; ídem, Sala A, 13/12/66, "Ucha c. Levin", "E.D.", 19-69, "L.L.", 126-202, y "J.A.", 1967-III-75.

A diferencia de lo visto en los puntos anteriores, la mutabilidad de la cláusula beneficia ahora al acreedor, y no al deudor.

Esta postura mayoritaria se apoya en los arts. 507, 521, 542, 1071, 1198 y concs. del C. Civil (y sus correlativos en la legislación comparada).

Los argumentos esgrimidos son los siguientes:

*a*) Permitir que el deudor se libere mediante la cláusula penal cuando su cumplimiento es doloso supone, en definitiva, dar validez a un convenio que hace irrisoria, en oportunidades, su responsabilidad, contrariando de esta manera lo dispuesto por el art. 507 del C. Civil.

*b*) Obra de mala fe quien pretende prevalerse de la cláusula penal insuficiente, perjudicando a su acreedor y agravando conscientemente los perjuicios que normalmente pudieron preverse al fijar la cuantía de los daños. Esta actitud viola lo dispuesto por los arts. 1198 y 1071 del C. Civil.

*c*) En algunas oportunidades la cláusula es tan irrisoria que convierte a la obligación de indemnizar en puramente potestativa; esta situación está repudiada por el art. 542 del C. Civil.

*d*) Las penas insuficientes dejan a los contratos onerosos sin causa, porque cuando el deudor incumple, no hay en realidad contraprestación desde el punto de vista económico.

*e*) Ricci sostiene que cuando las partes pactan una cláusula penal sin aclarar a qué tipo de incumplimiento se refieren, están previendo el culposo. El dolo significa entonces una circunstancia extraordinaria que no puede encuadrarse dentro de los montos prefijados [201].

Este criterio ha tenido recepción legislativa en algunos códigos extranjeros. Dispone el art. 1226 del Código de Filipinas: "Sin embargo, procederá la indemnización de

[201] Ricci, ob. cit., t. XIII, nº 192.

daños si el obligado rehúsa pagar la cláusula penal o es culpable de dolo en el cumplimiento de la obligación" [202].

Sin embargo, ha sido modernamente atacada por la doctrina nacional y extranjera: se sostiene que deben distinguirse diversas situaciones; que lo que está prohibido es la dispensa del dolo, y no la exención parcial del monto a repararse; por ello, bastará con que la pena tenga cierta seriedad, aunque no cubra la totalidad del daño, para que ella opere, salvándose así el principio de la inmutabilidad [203]. Mosset Iturraspe afirma que debe distinguirse entre cláusula penal y cláusulas limitativas de la responsabilidad; sólo en estas últimas es viable el aumento en caso de dolo; admite sólo el reajuste cuando el deudor doloso ha tornado imposible el cumplimiento de la principal, pero afirma que esta reparación complementaria no es fruto del incumplimiento doloso sino de un hecho posterior, cual es la imposibilidad imputable [204].

Nos adherimos a la tesis mayoritaria expuesta en primer término; si bien los supuestos de modificación de la cláusula por ocultar una disposición limitativa de responsabilidad y por incumplimiento doloso tienen grandes puntos de contacto, son dos supuestos distintos. El caso de las cláusulas limitativas de responsabilidad será analizado en el punto siguiente. Por el momento nos interesa señalar que el incumplimiento doloso es fuente de una responsabilidad más extensa. Esto surge del propio art. 521 del C. Civil [205]. En consecuencia, si el deudor doloso no puede ser

[202] Hemos tomado la referencia de Puig Brutau, t. I, vol. II, p. 471.

[203] Boffi Boggero, ob. cit., t. 2, nº 592; Nicola Stolfi, *Diritto civile*, t. III, *Le obbligazioni in generale*, Torino, 1932, nº 650; Peirano Facio, nº 179, ps. 379 y ss.

[204] Mosset Iturraspe, ob. cit., p. 1247; Trimarchi, p. 41.

[205] Sobre el particular hay acuerdo mayoritario en la doctrina nacional, con excepción de Borda, t. I, nº 143. Ver los antecedentes de esta cuestión en Trigo Represas y Cazeaux, ob. cit., t. I, ps. 237 y ss.

La Cám. Nac. Civ., Sala D, se ha adherido recientemente al criterio minoritario de Borda, estimando, contrariamente a lo que sostenemos en el

dispensado y su responsabilidad es más amplia que la del culposo, no nos quedan dudas de que su obrar antijurídico no puede quedar limitado por una cláusula penal. El art. 655 sólo contempló el incumplimiento normal; el dolo supone un *plus* no previsto por el legislador en la norma citada. Por ello parece insuficiente la opinión de Hualde cuando, adhiriéndose a la posición negativa, afirma: "El acreedor tabuló de antemano y libremente el monto del perjuicio que le significaría la falta de cumplimiento del deudor. Y no vemos por qué la intención de perjudicar del deudor, en el caso, tan difícil —por no decir imposible— de probar, deba modificar la estimación hecha por el mismo acreedor" [206]. Insistimos en que el dolo supone un incumplimiento calificado no previsto en la norma.

Resulta superabundante aclarar que si con posterioridad a la inejecución dolosa las partes fijan el monto de los daños, esta convención es inmutable aunque las sumas no alcancen para cubrir los perjuicios ocasionados; pero en este caso no existe una cláusula penal sino una transacción o un pacto de liquidación de daños producidos (ver § 16).

¿Puede pactarse una cláusula penal que prevea el incumplimiento doloso? En caso afirmativo, ¿es ella inmutable?

---

texto, que la cláusula penal prefija siempre los daños y perjuicios, salvo que el incumplimiento sea *malicioso*; pero que si éste es simplemente *deliberado*, no existe razón alguna para apartarse de la regla de las consecuencias inmediatas prevista en el art. 519 y de la inmutabilidad de la cláusula sancionada por el art. 655 del C. Civil. En este sentido dijo el Dr. Gnecco: "De ningún elemento se desprende la intención de dañar que hubiera tenido el vendedor. Y si no hay alegación oportuna y prueba de esa intención dañosa, la cláusula penal pactada para el caso de no cumplirse la obligación no puede ser sobrepasada" (10/5/77, "Rotenberg, Salomón, c. Argüello", "E.D.", 76-574, fallo 30.440). Insistimos en que la cláusula, en nuestro criterio, podrá ser aumentada toda vez que el deudor incumpla deliberadamente, aun cuando no tenga intención de dañar.

[206] Dimas Hualde, *Notas para el estudio de la relación de causalidad en el Código Civil argentino*, en *Ilicitud e indemnización*, Bs. As., 1979, p. 53.

Chironi ha contestado a la primera pregunta en forma positiva: "La cláusula penal puede referirse al incumplimiento doloso, porque una cosa es pactar *ne dolus praestibur* y otra regular sus consecuencias" [207].

Ricci responde de igual forma a ambos interrogantes, afirmando que en estos casos debe respetarse la voluntad negocial [208].

Creemos, con Chironi, que si bien es factible pactar una cláusula penal que contemple el incumplimiento doloso, ella será inmutable en tanto y en cuanto no sea inferior a la indemnización que correspondería de haber sido fijada judicial o legalmente. La solución contraria propiciada por Ricci afecta el orden público. Con acierto dice García Amigo que la sociedad moderna, y con ella el derecho positivo, considera el contrato como el instrumento base de la organización social; se puede permitir que el incumplimiento del contrato debido a fuerzas exteriores o incluso a culpa leve del deudor no produzca responsabilidad o la genere disminuída, pero suprimirla o disminuírla por dolo, es directamente eliminar el contrato, que es uno de los pilares básicos de la sociedad moderna; en consecuencia, una norma semejante violaría las bases de la organización social vigente, es decir, contraría el orden público [209].

§ 105. *Las cláusulas penales ínfimas o irrisorias.* — Una cláusula penal puede haber sido inicialmente pactada como ínfima o irrisoria, o tornarse tal por efecto del tiempo, en especial por la incidencia que la depreciación monetaria tiene en las obligaciones de dar sumas de dinero. Analizaremos ambos supuestos.

207 Chironi, ob. cit., nº 260.

208 Ricci, ob. cit., t. XIII, nº 192.

209 Manuel García Amigo, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Tecnos, Madrid, 1965, p. 139. Conf.: Espín Cánovas, ob. cit., t. 30, p. 167; Ruiz Vadillo, ob. cit., p. 403.

§ 106. *a) Cláusulas penales inicialmente ínfimas.* — En el capítulo VIII señalaremos las diferencias conceptuales entre convenciones limitativas de responsabilidad y cláusulas penales. Es evidente, sin embargo, que en sus resultados prácticos, cuando se estipula una pena insuficiente, se llega en definitiva a una limitación de la responsabilidad; por eso, la cláusula penal será válida en la medida en que lo sea ésta [210].

No pretendemos efectuar un estudio pormenorizado de las restricciones que sufre la autonomía de la voluntad en materia de cláusulas limitativas de la responsabilidad. A manera de conclusión exponemos que ellas no son válidas en los siguientes casos: cuando el incumplimiento se verifica por hechos culposos o dolosos de los dependientes [211]; cuando fueron impuestos por empresas monopólicas [212]; cuando se limite la responsabilidad por daños causados a la integridad física de las personas [213]; cuando se pretenda limitar la responsabilidad por el dolo o la culpa grave (como se vio en el punto anterior) [214] si contrarían leyes imperativas, como es el caso previsto en el art. 1646 del C. Civil argentino [215]; etc.

En estos supuestos nace para el acreedor un derecho de opción a reclamar, o bien la cláusula penal (con el régimen de presunción de daños), o bien la reparación de los daños y perjuicios por los principios comunes de la respon-

210 Conf.: G. Marty, *Derecho civil. Teoría general de las obligaciones*, trad. por Cajica (j.), t. II, Puebla, p. 61; Ripert y Boulanger, ob. cit., t. IV, nº 841; Mazeaud-Tunc, ob. cit., t. III, vol. 2, nº 2628; Morello, ob. cit., *Boleto de compraventa*, p. 697; Alterini, ob. cit., nº 38; Busso, ob. cit., t. IV, arts. 655 y 656, nos. 25 y 26; Cám. Civ. de la Capital, Sala A, 10/8/71, "Ghiocca c. Coarsa S.R.L.", en "J.A.", 12-1971-541.

211 García Amigo, ob. cit., ps. 148 y ss.

212 García Amigo, ob. cit., p. 163; Mosset Iturraspe, ob. cit., t. I, p. 91.

213 Mazeaud-Tunc, ob. cit., t. III, vol. 2, nº 2632. Una amplia referencia puede compulsarse en la valiosa obra de García Amigo ya citada, ps. 201 y ss.

214 García Amigo, ob. cit., ps. 135 y ss.

215 Mosset Iturraspe, ob. cit., t. I, p. 91.

sabilidad civil; es decir, la cláusula penal no puede ser invocada por el deudor para limitar su responsabilidad, pero sí por el acreedor para aumentarla o beneficiarse con el sistema de presunción de daños (art. 656 del C. Civil)[216].

En este sentido, la Sala A de la Cámara Nacional Civil, con el voto del Dr. Llambías y la adhesión de Gastón Maceda y Abelleira, resolvió en 1971: "Corresponde admitir la reparación de los perjuicios suplementarios que no sean cubiertos con la ínfima pena estipulada, ya que ésta implica una suerte de dispensa del dolo del deudor, pues es claro que éste se reserva la posibilidad de cumplir o no según su arbitrio al pactar para el caso de incumplimiento una pena irrisoria por su exigüidad" [217]. En el caso se había pactado para el supuesto de incumplimiento del constructor (en una locación de obra), el 10 % del importe satisfecho por el comitente. En esa situación la pena resultaba muy inferior a la tasa bancaria que hubiese correspondido satisfacer por los "varios años que duró la relación contractual pendiente".

Recordamos —finalmente— que ha caído uno de los más firmes baluartes en materia de inmutabilidad absoluta. En efecto, la ley francesa del 9/7/75 dispone que si la cláusula es irrisoria el juez puede aumentarla.

§ 107. *b*) *La incidencia de la depreciación monetaria.* En virtud del gran desfasaje económico producido por el crítico deterioro constante de nuestra moneda, es muy común encontrar casos en que la pena se ha tornado insuficiente por efecto de la depreciación. ¿Rige en estos casos el principio de la inmutabilidad?

Una primera interpretación gramatical del art. 656

[216] Mazeaud-Tunc, ob. cit., t. III, vol. 2, nº 2633.

[217] 10/8/71, "Chiocca c. Coarzza S.R.L.", "L.L.", 146-341, y "E.D.", 43-617. Conf.: Sala B, 9/5/74, "Svibeleo S.R.L. c. Chapultepec", p. Com. de Cont., inédito.

lleva a sostener que la cláusula penal *nunca* puede *aumentarse*. Esta posición se funda en los siguientes argumentos.

A) El art. 656 del C. Civil (reformado por la ley 17.711) siguió el precedente italiano y se alejó del suizo; en consecuencia, se permite sólo "la reducción", pero no el "aumento" de la pena. Es decir, la mutabilidad juega en favor del deudor, y no del acreedor.

B) La cláusula penal que tiene por objeto dar cantidades de moneda nacional es una "deuda dineraria", por lo cual, de conformidad con el art. 656, no puede ser modificada aun cuando resulte insuficiente por efecto del tiempo.

C) No corresponde el reajuste porque no están en juego los principios de justicia conmutativa que fundamentan el reajuste de las obligaciones dinerarias: no se trata del precio que debe pagarse por algo que ha salido del patrimonio, sino de la indemnización de los daños producidos, los que fueron oportunamente tarifados.

Este argumento tiene un fuerte apoyo en un precedente del Tribunal Supremo de España: recordemos brevemente que concluída la guerra civil española se dictaron en ese país leyes que reajustaban las obligaciones dinerarias. El Tribunal Supremo resolvió que esas leyes no se aplicaban a las cláusulas penales. En tal sentido se lee en una sentencia del 20 de junio de 1944: "esta medida de revalorización, no es aplicable al pago de las 10.000 pesetas estipuladas como pena convencional, porque tal cantidad no ha entrado en funciones efectivas de *pago* en moneda depreciada, ni por lo tanto es susceptible de reajuste por diferencia de valor. Respecto de la cláusula penal, la cantidad estipulada como tal, ya tenga función punitiva o reparadora, como también ha declarado este Tribunal Supremo, no entra en funciones de pago, por lo que no es susceptible de reajuste por diferencia de valor" [218].

[218] "Revista de Derecho Privado", de Madrid, t. XXVIII, enero-diciembre 1944, p. 862.

Éste parece ser el sentir de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, diciendo uno de sus miembros: "Ya no debe preocupar, entonces, al juzgador, inspirado por su deber moral de hacer justicia, la rectificación del desequilibrio de las prestaciones o la actualización de valores, sino mantener la igualdad de las partes respecto del riesgo aceptado por los contratantes al estipular y fijar la pena debida en concepto de indemnización por incumplimiento" [219]. Sin embargo, debemos dejar suficientemente aclarado que el punto sometido a decisión de la Corte mendocina era si procedía o no el reajuste de la obligación *principal* cuando se ha pactado una cláusula penal (ver § 165), distinto del tópico que estamos analizando, es decir, si procede el reajuste *de la cláusula penal.*

La posición negativa que acabamos de exponer fue brillantemente expuesta por Casiello al adherirse doctrinalmente al voto del Dr. Solari Brumana en el ya famoso caso "Cabrera Williams de Dubourg c. Granoni", resuelto por la Cámara Primera de Apelaciones de Mar del Plata el 31/7/69 [220]. Recibió el apoyo posterior de Alterini, Ricer, Cazeaux-Trigo Represas y de reiterada jurisprudencia, incluso plenaria [221]. En su oportunidad nosotros también la

[219] C. S. Prov. Mendoza, *in re* "Genesy, José A., en J. Genesy c. Verdaguer", 1/8/78, en "Jurisprudencia de Mendoza", 2ª serie, nº 6, p. 73 (voto del Dr. Martínez Vázquez).

[220] Comentado por Juan José Casiello, *¿Es la cláusula penal una deuda de valor?*, en "L.L.", t. 138, p. 165. El mismo fallo puede compulsarse en "J.A.", 4-1969-644, con nota de Augusto Mario Morello. Sin embargo, nueve años después, el Dr. Casiello se adhiere a la posición que sustentamos en el texto. Así nos lo hizo saber generosamente en su correspondencia del día 3/8/78.

[221] Alterini, ob. cit., nº 43; Ricer, ob. cit., p. 147, punto 7b; Cazeaux-Trigo Represas, ob. cit., t. I, p. 406. Aunque no se pronuncian en forma definitiva, del contexto de la obra concluímos que comparten esta posición P. Cazeaux y W. Tejerina, *Reajuste de las obligaciones dinerarias*, ed. Lex, La Plata, 1979, ps. 309 y ss.; y Cazeaux, *Panorama general del reajuste por depreciación monetaria en la doctrina y en la jurisprudencia*, en *Estudios de derecho civil* (Homenaje al Dr. Luis Moisset de Espanés), Bs. As., ed. Universidad, 1980, p. 400. Cám. Nac. Com. en pleno, 8/7/77, "Joyería Edecán c. González, Ricardo", en "L.L.", 1977-D-222, "J.A.", 1977-IV-470, y "E.D.", diario del

aceptamos [222]. Pero desde entonces mucha agua ha corrido en torno del debatido problema de la depreciación monetaria, y un estudio más concienzudo del problema nos lleva a una solución diferente.

La posición diametralmente opuesta ha sido defendida por Morello, Moisset de Espanés, Ray e importante jurisprudencia, incluso de la Corte Suprema de Justicia nacional [223]. Se sostiene que la cláusula penal no encierra

---

8/9/77, fallo 29.837, aunque debe destacarse que no se entró a considerar el fondo del asunto porque se dijo que la cláusula había sido pactada en pleno período inflacionario; en ese sentido había resuelto la cuestión la Sala C, el 25/2/77, en "L.L.", 1978-A-129, fallo 75.261; ídem, 16/6/77, "Altman c. Polak", "L.L.", 1978-A-439, fallo 75.456; la Sala B del mismo tribunal el 8/6/77, "Renaware c. Sosa"; 7/6/77, "Industrias Rab S.A. c. Di Gisi"; 26/6/77, "Renaware c. García"; 9/7/77, "Cortana c. Cappeletti" (todos estos fallos de la Sala B pueden compulsarse en "E.D.", diario del 1/2/78, nota de Redacción, *Actualización de las deudas dinerarias*, sumarios 43 a 45); ídem, 29/9/79, "Cía. Gral. de Combustibles S.A. c. Di Giacomo", "L.L.", 10/4/78, fallo 77.046; Sala D, 15/9/76, "E.D.", 74-144; 22/7/80, "L.L.", diario del 16/9/80, fallo 78.753. Es también el criterio de la Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., Sala VI, 23/11/76, "Sassoli, Oscar, c. Lumitron y otros", en "L.L.", 1977-B-120, y "J.A.", diario del 11/1/78, fallo 25.078; ídem, 19/11/74, "Marchelli c. Carreras", "J.A.", Repertorio, 1975, p. 82, nº 5; Sala V, 24/6/70, "Fast S.A. c. Martín", "J.A.", 1977-II-128; Sala IV, 25/4/77, "Finochietti c. Masse", "J.A.", 1978-II-511, fallo 27.439; 30/6/78, "Roschia c. Bejer", "E.D.", 14/12/79, fallo 32.453; Cám. 1ª de Mar del Plata, Sala 2ª, 31/7/73, "Zarrini c. Oliva", "J.A.", 21-1974-615; ídem, "Caro c. Basse", 3/7/73, "J.A.", Reseñas, 1974, p. 105, sumario 22; Cám. Nac. Civil, Sala C, 3/12/70, exp. 157.766, "González c. Coarsa", inédito; Cám. 3ª Civ. y Com. Córdoba, 28/12/77, "Empresa de Trasportes Cotapal S.R.L. c. Coop. Obrera", "J.A.", 1978-IV-588, fallo 27.930; Cám. 4ª Civ. Com. de Mendoza, 12/10/78, "Guatelli, P., c. Jurala, Antonio E.", en suplemento provincial de "L.L.", dic. 1978, nº 0, p. 52, nº 19 P; ídem, 9/10/78; "Baclini, E., c. Puleo, en Sup. Provincial", "L.L.", marzo 1979, nº 3, p. 160, nº 52, S.P.

222 Aída Kemelmajer de Carlucci, *Cláusula penal (Modificaciones introducidas por la ley 17.711)*, en "J.A.", Doctrina, 1972, p. 377.

223 Moisset de Espanés, ob. cit., p. 132; también en *Posibilidad de actualizar el monto de cláusulas penales*, en "J.A.", t. 1979-II, p. 44, comentario al fallo 28.226; en *Reactualización de cláusulas penales*, "E.D.", 84-470, comentario al fallo 32.229, y en *Revisión judicial de las cláusulas penales*, en *Estudios*, ed. Comercio y Justicia, Córdoba, 1979, p. 41; Morello, ob. cit., ps. 695 y 696, y en *Función indemnizatoria de la cláusula penal*, en "J.A.", 4-1969-644; Ray, *Obligaciones de valor y de dinero*, en "L.L.", 1975-B-1125; Rubén Compagnucci de Caso, ob. cit., p. 69. Voto de los doctores Bosch y Alberti en el plenario mencionado; Cám. 1ª Civ. y Com. San Isidro, Sala I, 2/10/75,

una obligación dineraria, sino una deuda de valor. Tal carácter le deviene de su función especialmente indemnizatoria. Siendo la obligación de pagar daños y perjuicios una deuda de valor, también lo es la cláusula penal, y por eso corresponde el reajuste cuando se ha producido pérdida del poder adquisitivo desde el momento de su concertación hasta el de su pago. Se afirma que "la revalorización de la pena o multa para neutralizar la disminución del poder adquisitivo de la moneda no significa incorporar un nuevo capítulo resarcitorio a la indemnización fijada por las partes, sino adecuar el importe de la cláusula penal al valor actual de la moneda. El incremento es puramente nominal y sólo tiende a restablecer el equilibrio roto a consecuencia de los indicados factores económicos" [224]. Pero

---

"Rodríguez Jurado c. Fernández", "L.L.", 1976-A-127; voto mayoritario de la 1ª Cám. de Apel. de Mar del Plata citado en "L.L.", 138-165, y "J.A.", 4-1969-644; Cám. 1ª Civ., Documentos y Locaciones Tucumán, 10/3/80, "González, S., c. Gutiérrez, E.", S.P., "L.L.", 1980-600 (sin aclarar desde qué momento se computa la depreciación). También Mosset Iturraspe ha sostenido incidentalmente que en la cláusula penal se debe valor, y no dinero (ob. cit., p. 1231, nota 44), citando en su apoyo un fallo del Supremo Tribunal de Neuquén en nota 117, quien resolvió: "Habida cuenta del incumplimiento de la cláusula penal se abre a favor del acreedor la posibilidad de reclamar la indemnización integral".

En el derecho italiano, parece compartir esta posición Messineo (ob. cit., t. IV, p. 445): "Este principio, de acuerdo con el enunciado en el parágrafo 119, nº 5, vale también en caso de desvalorización monetaria que se produzca entre la estipulación de la cláusula penal y el momento de hacerla efectiva"; y Trimarchi (ob. cit., p. 55): "La determinación preventiva del daño hecha por las partes no es valuada al momento en que el daño se produce sino al momento de la concertación". Esta afirmación supondría —en nuestro criterio— sostener que corresponde mantener los mismos valores existentes al momento de la concertación.

[224] Cám. Nac. Civ., Sala E, 9/9/77, "Rodríguez y Lemmo S.R.L. c. Galiste de Barboza", en "L.L.", 1977-IV-271, y "E.D.", diario del 7/12/77, fallo 30.172; 5/3/80, "Carrizo c. Di Mauro", en "E.D.", diario del 9/6/80, fallo 33.020; 9/2/79, "Ranieri c. Trasportes Cid", "L.L.", 1979-B-166; 13/9/79, "Bartulovic c. Ruiz", "E.D.", 17/12/79, fallo 32.457. Conf.: Sala A, 13/3/78, "Bello, Luisa, c. Guditta, Juan", "E.D.", diario del 10/5/78, fallo 30.672, y "J.A.", 11/4/79, fallo 28.226; ídem, 26/5/78, "Suide, Eduardo A., c. Rimoldi S.A.", en "E.D.", 18/9/78, fallo 31.150; 6/4/78, "Sata y otro c. Semukeer", "L.L.", 10/10/78, fallo 76.362.

la aplicación de esta tesis es limitada en las decisiones judiciales a los casos en que los daños se han producido efectivamente. Si éstos no se han operado, se debe sólo la pena nominalmente pactada. En tal sentido se ha resuelto que si la morosidad del demandado no ocasionó daño alguno al actor, la cláusula penal impuesta carece en los hechos de finalidad resarcitoria, por lo que la actualización de su monto resulta improcedente, dado que constituiría para el accionante un injustificado beneficio. En suma, que para aceptar el reajuste es requisito la demostración de que el correctivo no cubre manifiestamente la pérdida de la capacidad adquisitiva del dinero y el daño que esto produce en el caso [224-1].

Ya en otras oportunidades hemos negado que la diferencia entre obligaciones dinerarias y de valor sea conceptual; hemos dicho que ella ha sido una construcción feliz para superar —primariamente— las injusticias que presentaba el nominalismo en épocas de gran desfasaje económico; pero que si bien es históricamente valiosa, en nuestros días se tornó insuficiente para superar el difícil problema que la depreciación monetaria presenta.

Hemos expuesto que si el deudor cumple en tiempo propio, el principio vigente es el del nominalismo, pero que operada la mora del deudor entran a regir los principios relativos a la responsabilidad civil, siendo la depreciación monetaria un riesgo que debe soportar el deudor moroso [225]. Es decir, pactada la cláusula penal, se presume que las partes previeron, además de los daños intrínsecos, la depreciación monetaria que pudiera operarse desde el momento de la constitución de la estipulación hasta la época

224-1 Cám. Nac. Com., Sala C, 25/4/80, "La Aseguradora c. Horizontal Constructora", "E.D.", diario del 12/6/80, fallo 33.049. Conf.: Cám. Apel. C.C. Dolores, 14/6/79, "Acha c. Muñoz", "J.A.", 1979-III-486, y "E.D.", 84-471.

225 Aída R. Kemelmajer de Carlucci, *Deudas pecuniarias y de valor: hacia una jurisprudencia de valoraciones*, "J.A.", 1976-IV-279.

en que el deudor *debía* cumplir. Por eso nos alejamos parcialmente de la tesis de Morello, Moisset de Espanés y la Corte nacional. Si repotenciamos la cláusula desde el momento del pacto, otorgaremos al acreedor *más* de lo que le corresponde, por cuanto —en mayor o en menor medida— la depreciación fue un factor contemplado hasta el momento en que el cumplimiento debía producirse; de la misma manera que el acreedor está dispuesto a soportar la depreciación de la moneda para el cumplimiento de la principal si ésta se cumple en tiempo propio, también lo está para asimilar la que se opera en la cláusula penal, *pero sólo hasta que se produce la mora de su deudor.* De allí en más, el sujeto pasivo asume los riesgos del contrato, tanto en sus elementos esenciales como en los accidentales; por eso, si debe la depreciación monetaria cuando la obligación principal es de dar sumas de dinero [226], también la debe cuando la cláusula penal así ha sido pactada.

En este sentido se ha pronunciado alguna jurisprudencia: "siendo la cláusula penal un sucedáneo de la indemnización de daños y perjuicios, y habiéndose pactado aquélla para el caso de permanencia de la locataria más allá del plazo convenido, es indiscutible su carácter indemnizatorio. Siendo así no existe obstáculo legal para aplicar en el caso el art. 22 de la ley 21.342 —que dispone la actualización de las sumas que se adeuden con motivo de daños y perjuicios por ocupación ilegítima del inmueble— al margen del carácter dinerario o de valor de la obligación, toda vez que la norma no efectúa distingo al respecto" [227].

[226] Creemos innecesario citar la constante jurisprudencia de la Corte nacional y de los tribunales inferiores sobre el reajuste de las deudas dinerarias, como igualmente el gran acopio bibliográfico sobre el particular.

[227] Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., Sala III, 14/12/76, "Costa, José, c. Toledano, Jaime", en "L.L.", 1977-C-189. Conf. idéntico tribunal, 16/6/77, en "L.L.", 18/10/77, fallo 74.913, según referencias de Eduardo A. Zannoni, *Revaluación de obligaciones dinerarias (indexación)*, Astrea, Bs. As., 1977, p. 146.

"Incuestionablemente, hasta el momento en que la pena se hace exigible —por lo menos en tanto ella no resulte irrisoria— no puede el acreedor exigir más, ni demostrando el perjuicio real que se le ha irrogado en virtud del incumplimiento, ni alegando que el monto de la pena establecida en una suma de dinero se ha hecho insuficiente en razón de haber perdido poder adquisitivo la moneda. Hasta allí rige el principio de inmutabilidad. Pero si ya ha surgido la obligación de pagar la multa, puede producirse nuevamente la mora en la ejecución de tal obligación, ordinariamente como consecuencia de la interpelación dirigida por el acreedor al deudor a fin de obtener el pago, no cumplida por el segundo. En esa situación, el acreedor tiene derecho a que la suma adeudada sea actualizada en razón de la ulterior depreciación de la moneda; resolver otra cosa implicaría establecer un injustificado distingo entre el acreedor de una obligación cualquiera y el de una pena contractual, que no puede ser aceptado" [228].

La Corte Suprema de la Nación no ha permanecido totalmente ajena a esta posición al resolver: "en los supuestos que se reclama la cláusula penal que tiene por objeto el pago de una suma de dinero, no se descarta la posibilidad de actualizar los valores *cuando media mora del deudor,* pues juegan a este respecto razones que hacen a la plenitud de la función resarcitoria que tiene la cláusula penal, que se vería sustancialmente afectada si no se computasen los valores reajustados equitativamente en función

[228] Cám. Nac. Civ., Sala C, "Gómez, Tomás, c. Langone", en "L.L.", 1978-A-170, fallo 75.287 (voto del Dr. Belluscio); ídem, 22/11/77, "Castro Dassen c. Danel S.C. Acciones", en "L.L.", 1979-C-607, 35.240-S; ídem, 22/11/79, "Petracca c. Corona", en "E.D.", 86-616, y "L.L.", 1980-B-329, fallo 78.253 (voto del Dr. Alterini); 12/2/81, "Sciannameo c. Gelvan", en "L.L.", 28/4/81, fallo 79.639; conf. Sala B, 27/10/80, "Zanon c. Antonucci", en "E.D.", 26/12/80, fallo 33.906; Cám. Nac. Espec. Civ. y Com., Sala III, 22/8/80, "Peña c. Rodríguez", en "E.D.", 22/11/80, fallo 33.781. Conf. Omar U. Barbero, *Indexación de deudas de dinero,* Bs. As., ed. La Ley, 1980, nº 133.

de la realidad económica" [229]. Sin embargo, su pensamiento ha sido claramente expuesto en el *leading case* "Opezzo, Carlos, c. Municipalidad de Santa Rosa", del 17/4/79, al resolver con criterio valorista: "El reajuste de la cláusula penal no importa aumentar la indemnización pactada en relación de las circunstancias contractuales que las partes tuvieron en cuenta para fijar su monto al tiempo de surgir de la relación jurídica, sino, por el contrario, implica mantener los valores que en su momento fue intención real de las partes convenir, por sobre una expresión numérica que ha perdido su originaria medida representativa" [230].

Como hemos dicho, nos alejamos de la tesis valorista porque no aceptamos el reajuste a partir del momento de la concertación de la cláusula, sino a partir de la mora; y de la nominalista, en cuanto consideramos que la cláusula no deviene absolutamente inmutable, sino que ella debe ser reajustada a partir del incumplimiento imputable.

Sólo será posible el reajuste a partir de la estipulación cuando se invoque la teoría de la imprevisión; es decir, cuando el desfasaje económico haya sido de tal magnitud que haya escapado a toda posible previsión, y siempre y cuando se reúnan los otros requisitos del art. 1198. En este caso el juez procederá a un aumento de la cláusula desde la época de su constitución, pero el reajuste no significará volver al equilibrio perfecto, restituyendo los valores por entonces existentes, sino que la modificación será sólo equitativa a fin de no invertir el proceso trasformando al perjudicado en beneficiario y al favorecido por la inflación en

229 "Ricagno de Nocito c. Albornoz", 28/11/78, en "J.A.", 1979-II-97, fallo 28.240. También en "Noya, A., c. Ardison", 22/8/78, en "L.L.", 8/6/79, sumario 46.

230 "J.A.", 1979-III-257, fallo 28.584, con nuestro comentario, *Reajuste de la cláusula penal dineraria en razón de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda*, "E.D.", fallo 31.932, y "L.L.", diario del 9/5/79, en sección Crónica judicial.

su víctima [231]. En tal sentido se ha resuelto: "Atento la función indemnizatoria de la cláusula penal procede su actualización cuando ante el imprevisto y desorbitado envilecimiento de la moneda, el cálculo del porcentual predeterminado contractualmente resulta insignificante; aunque tal adecuación debe ponderar equitativamente las circunstancias particulares de cada caso" [232]. Recordamos —sin embargo— jurisprudencia contraria de la Cámara Nacional Especial Civil y Comercial: "No es posible argumentar sobre la base del art. 1198 del C. Civil para pretender el reajuste de la cláusula penal por desvalorización monetaria, pues la finalidad de la misma es prever precisamente las contingencias e incluso extraordinarias que pueden afectar el vínculo y en especial tratándose de la locación que celebrada en circunstancias anormales de desvalorización y carestía de la vida son los factores que han tenido en cuenta las partes para establecer el vínculo locativo" [233]. Pero, como se advierte, en el caso se computó la falta de imprevisibilidad en razón de la época en que la pena se pactó.

Por todo lo expuesto resulta recomendable convenir un pacto complementario que corrija la cláusula penal monetaria por medio de una cláusula de estabilización [234].

Se podrá criticar nuestra posición insistiendo en que ella vulnera el art. 655 del C. Civil, que no admite ninguna indemnización mayor en favor del acreedor; respondemos que la previsión del daño supuesto por la cláusula penal no puede extenderse hasta incluír los perjuicios provenientes del incumplimiento en el pago de la sanción; este incumplimiento, autónomo en sí mismo, también debe ser

231 Sobre los efectos del reajuste en la teoría de la imprevisión, ver Jorge Mosset Iturraspe, *El reajuste por excesiva onerosidad sobreviniente*, en "J.A.", 1977-III-545.

232 Cám. Nac. Civ., Sala E, "Belada c. Const. Patagónica", 8/2/77, exp. 211.595, inédito. Conf.: Lobato de Blas, ob. cit., p. 164.

233 Sala V, 31/3/77, "Andino c. García Fernández", "L.L.", 1977-D-180.

234 Conf.: Ruiz Vadillo, ob. cit., p. 392; Mosset Iturraspe, *La cláusula...* cit., p. 1256.

indemnizado no sólo mediante los intereses que la obligación accesoria devengue (ver § 164), sino con el reajuste por la depreciación monetaria operada. La obligación de pagar la pena, si bien es accesoria, tiene su propia individualidad, dando lugar a la correspondiente indemnización de perjuicios en caso de incumplimiento. Finalmente, recalcamos que el tema no se identifica con el del reajuste de la obligación principal mediando cláusula penal, que tratamos en el § 165.

§ 108. *Los pactos contrarios a la inmutabilidad.* — Las partes en ejercicio de la libertad contractual pueden estipular que si el importe de los daños supera la pena, se pueda pedir el exceso.

Nuestro Código Civil —a diferencia del español (art. 1152, 1º párrafo) y el italiano (art. 1382, última parte)— no contiene una disposición expresa en tal sentido. Sin embargo, ningún autor ha osado negar validez a estas convenciones, por cuanto aparece clara la aplicación del art. 1197 del C. Civil [235].

Esta cláusula puede presentar dos variantes:

*a*) Puede pactarse que la pena se deba con independencia de la indemnización ordinaria. O sea, se estipula como pena acumulativa.

*b*) Se conviene que la pena entra en sustitución de la indemnización ordinaria, pero se permite al acreedor pedir el importe total de los daños si son superiores a la pena. En este caso podría parecer que se desnaturaliza la ventaja fundamental de la cláusula penal (impedir el arbitrio judicial). Sin embargo, conserva la finalidad de relevar al acreedor de la prueba del daño y asegurarse determinada cuantía; es decir, por esa indemnización mínima, el acreedor no está obligado a probar los daños, pero si invoca la

235 Por vía de ej., ver Cazeaux y Trigo Represas, ob. cit., t. I, p. 273.

insuficiencia, deberá acreditar la cuantía de los daños no cubiertos por la convención accesoria [236]. Para la interpretación de estas cláusulas ver § 157.

### 109. ¿Es aleatoria?

Ha sostenido Eduardo B. Busso el carácter aleatorio de la cláusula penal; se funda en que no obstante constituír ésta la valuación anticipada de los daños y perjuicios, se debe aunque no existan daños; también para el acreedor sería aleatoria, pues pudiendo ser los perjuicios reales mayores a los pactados, sólo podrá reclamar la pena. Por eso no puede afirmarse que exista un pago sin causa cuando la pena se paga no obstante la inexistencia de daños, porque en los contratos aleatorios la causa no depende del efectivo intercambio de valores equivalentes. "El acreedor que pacta por anticipado una indemnización fija, corre el riesgo de sufrir una pérdida (si aquélla resulta insuficiente) a cambio de la posibilidad de obtener una ganancia (si resulta excesiva). Lo mismo ocurre al deudor. Existe, pues, posibilidades parejas que se sirven de contrapeso recíproco" [237]. La Suprema Corte de la Provincia de Mendoza se ha adherido a este criterio como un argumento coadyuvante para negar el reajuste por depreciación monetaria de la obligación principal mediante cláusula penal: "En la intención de las partes ha estado someterse voluntariamente a un riesgo [238] que se traduce para el deudor en pagar la pena, aun cuando mediara inexistencia de daño y para el acreedor recibir un monto inferior al perjuicio sufrido. Precisamente este carácter aleatorio de la estipula-

[236] Conf.: Espín Cánovas, ob. cit., t. 30, p. 167.

[237] Busso, ob. cit., t. IV, arts. 655 y 656, nº 9, p. 484.

[238] Recordamos que la moderna doctrina distingue entre álea y riesgo. El álea es una "probabilidad de una ventaja con la inherente probabilidad de una pérdida". El riesgo, en cambio, es "la probabilidad de un daño". Ver: Jorge Mosset Iturraspe, *Teoría general del contrato*, Orbir, Rosario, 1970, p. 84, nota 98.

ción se altera hasta desnaturalizar la institución si se admite el reajuste de la indemnización pactada en el contrato" [239].

Previo a contestar la pregunta del epígrafe, parece necesario recordar que no obstante la definición proporcionada por el art. 2051 del C. Civil, no existe uniformidad doctrinal sobre qué debe comprenderse dentro de la categoría de contratos aleatorios. Se sostiene —incluso— que la clasificación entre contratos conmutativos y aleatorios no muestra en la actualidad un interés remarcable.

Sin entrar en la ardua discusión de si es contrato aleatorio o no aquel en el cual una de las prestaciones es cierta para una de las partes e incierta para la otra [240], nos adherimos en general a la posición que define al contrato aleatorio como aquel en el cual la entidad del sacrificio, puesta en relación con la entidad de la ventaja, no puede ser conocida y apreciada en el acto de formación del contrato, sino que se revelará a continuación, según el curso de los acontecimientos. En cambio, en los contratos conmutativos, las partes pueden conocer, al momento de su perfeccionamiento, las ventajas y sacrificios que el negocio reportará [241].

Desde esta perspectiva bien puede sostenerse el carácter *aleatorio* de la cláusula penal, en razón de que los *daños* a producirse pueden ser *superiores* o *inferiores* o *inexistentes*, no obstante lo cual la cláusula se debe tal como fue pactada. Sin embargo, consideramos necesario efectuar las siguientes aclaraciones:

[239] S. C. de Mendoza, 1/8/78, "Ghisaura, Guillermo, en juicio Ghisaura, Hortensia, c. Guillermo Ghisaura, p. Ejec. hip. casación"; "Genesy, José A., en juicio 70.825, Genesy, José, c. Alfredo Verdaguer, p. Ejec. hip. casación", en "Jurisprudencia de Mendoza", 2ª serie, nº 6, ps. 68 y ss.

[240] Se pronuncia por la afirmativa: Spota, ob. cit., *Contratos*, t. I, p. 162; por la negativa, Francesco Messineo, *Doctrina general...*, cit., ps. 423 y ss.

[241] Messineo, ob. cit., t. I, p. 423. Conf.: Mosset Iturraspe, *Teoría general...*, cit., ps. 83 y 84.

1º) El carácter aleatorio es relativo porque el art. 656 permite disminuír excepcionalmente la cláusula cuando se cumplen los requisitos objetivos y subjetivos ya analizados.

2º) Esta característica no impide invocar la teoría de la imprevisión, tal como lo hemos merituado en el § 107. En efecto, el art. 1198 del C. Civil dispone que él se aplica a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. En la cláusula penal, el álea consiste en la existencia o no del daño, en su mayor o menor extensión. Y como bien lo ha marcado la moderna doctrina, la noción del álea —como concepto jurídico— debe diferenciarse de las oscilaciones económicas, que son extrínsecas a cada contrato [242]. Es decir, si el desfasaje económico ha superado cualquier cálculo previsible, entendemos que se trata de una cuestión ajena al *álea normal* de la cláusula y, por ende, será admisible la invocación de la teoría de la imprevisión. No es válido sostener que no están en juego los principios de justicia conmutativa, porque no se trata de recomponer prestaciones sino de la determinación de indemnizaciones oportunamente tarifadas. Cuando la cláusula penal se ha tornado irrisoria, en la mayoría de los casos deja a la obligación principal sin causa. Piénsese, por ej., en una pena compensatoria que accede a un contrato principal conmutativo. Si la acreedora de la cláusula penal ya entregó la prestación a su cargo, ¿cómo puede válidamente sostenerse que no están en juego los principios de justicia conmutativa si por efecto de la cláusula penal el acreedor prácticamente nada recibirá como contraprestación? Que no se diga que en este caso el acreedor puede optar por el cumplimiento de la principal, pues como ya se ha expuesto, en muchas ocasiones ello es imposible (o por desaparición del objeto, o porque se trata de obligaciones de hacer no fungibles, etc.).

[242] Mosset Iturraspe, *Teoría general*... cit., p. 85, nota 101.

## Capítulo IV

# CLASIFICACIÓN

### § 110. Advertencia inicial.

Tradicionalmente la doctrina nacional distingue la cláusula penal en compensatoria y moratoria. Se dice que la primera es aquella que prevé el incumplimiento, en tanto que la segunda contempla el cumplimiento tardío. Se destaca que Vélez Sarsfield —admitiendo la crítica de Marcadé [1] a las disposiciones del Código Civil francés— contempló no sólo la inejecución absoluta sino también la conducta morosa del deudor. Se sostiene que esta clasificación surge del art. 652 del C. Civil y que es correlativa de la división de los daños en moratorios y compensatorios.

Esta posición —basada en la admisión del predominio de la función indemnizatoria— es, en nuestro criterio, estrecha e incompleta. La cláusula penal no sólo puede prever estas dos situaciones, sino que, además de esta alternativa, puede ser pactada para los casos de cumplimiento defectuoso, parcial, fuera del lugar convenido, de distinta manera, etc.[2]. Estas circunstancias fueron tenidas en cuenta por Vélez Sarsfield en el art. 660 del C. Civil. Sería preferible —no obstante— introducir modificaciones en el ca-

[1] Marcadé, ob. cit., t. IV, nº 649.

[2] Conf.: Trimarchi, ob. cit., p. 36; Polacco, ob. cit., p. 613; Peirano Facio, ob. cit., ps. 253 y ss.

pítulo con el fin de que no surjan dudas sobre la admisibilidad de estas cláusulas. En tal sentido se pronunció la comisión que estudió el proyecto de 1936 siguiendo la línea introducida por Freitas (art. 990 del anteproyecto) y continuada por el Código Civil alemán (art. 339) y el Código Civil brasileño (art. 917)[3].

Por eso, si bien admitimos la clasificación tradicional en moratorias y compensatorias (a mérito de su gran arraigo en la doctrina nacional), aclaramos que deben contemplarse dentro de las primeras todas aquellas estipulaciones que prevén cumplimientos producidos de manera diferente de lo pactado. En consecuencia, la categoría de cláusulas penales moratorias incluye la ejecución tardía, irregular, parcial, defectuosa, o fuera de lugar.

Recordamos, con Moisset de Espanés[4], que *cumplimiento*, en sentido estricto, es sólo aquel que se produce del modo debido (en cuanto al tiempo, lugar y modo). Por tanto, cualquier alteración en la forma de cumplimiento sería, genéricamente, incumplimiento. Pero esta palabra

[3] A pedido de Spota, la Comisión de la Sección de Derecho Civil propuso modificar el art. 599 del Anteproyecto en el sentido de que la cláusula penal puede ser pactada para los casos de "retardo o de incumplimiento total o parcial".

Los artículos citados en el texto, correspondientes a códigos y proyectos de la legislación comparada, tampoco son plenamente satisfactorios. El art. 990 del *Esboço* de Freitas dice: "Es facultativo designar en los actos jurídicos una pena o multa para el caso en que el deudor incurre en *falta*". Esta terminología produciría en nuestro país grandes discusiones doctrinales. En este sentido, ver en el § 80 las diversas interpretaciones dadas a igual palabra incorporada al art. 656, 2ª parte, del C. Civil. El art. 339 del C. Civil alemán dispone: "Si el deudor prometiere al acreedor el pago de una suma de dinero como pena para el caso en que no cumpla su obligación o no la cumpla del modo convenido". Si bien la palabra "modo" es suficientemente amplia, podría llegar a sostenerse que no contempla ni el tiempo ni el lugar. Por último, el art. 917 del C. Civil brasileño expresa: "La cláusula puede referirse a la inejecución completa de la obligación o de alguna cláusula especial o simplemente a la mora". También aquí podría afirmarse que faltan referencias al modo y al lugar de cumplimiento.

[4] Luis Moisset de Espanés, *Las obligaciones de no hacer y la mora*, "J.A.", Doctrina, 1974-678 y ss. Conf., con la inclusión de los cumplimientos defectuosos en las penas moratorias, Silvio Rodrigues, ob. cit., vol. II, p. 94.

tiene en el lenguaje jurídico corriente una acepción más limitada, reservándose para aquellas hipótesis en las cuales la prestación debida no se realizó. Entre el cumplimiento perfecto y el incumplimiento (total) nos encontramos con una serie de matices entre los cuales ubicamos el cumplimiento parcial, defectuoso, fuera de lugar, etc. Estas formas incompletas, tan poco estudiadas por la doctrina nacional, han sido resueltas por la jurisprudencia por razones prácticas, aplicando análogamente el régimen jurídico de la mora. La solución que proponemos continúa, en consecuencia, esta tendencia jurisprudencial.

### § 111. IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN.

La determinación del tipo pactado es de indudable trascendencia práctica por las siguientes razones:

1) La pena estipulada para el caso de incumplimiento absoluto no es trasladable a los casos de mora, y viceversa. Ésta es una consecuencia del principio general conforme al cual toda pena debe ser interpretada restrictivamente.

2) La acumulación de la pena con el cumplimiento efectivo de la obligación principal sólo es procedente, por regla general, cuando la cláusula es moratoria (art. 659 del C. Civil).

3) Para algunos autores franceses —motivados por la especial redacción del Código que comentan y cuyas disposiciones difieren del nacional en este aspecto—, la reducción por cumplimiento parcial sólo alcanza a la pena compensatoria, pero no a la moratoria. Hemos rechazado oportunamente esta interpretación para el derecho argentino [5].

4) Las cláusulas compensatorias se agotan, por lo general, en una sola prestación. Las moratorias, en cambio, suponen prestaciones duraderas o reiteradas (se devengan por mes, por día, etc.). Ello implica resolver *hasta cuándo* ellas

[5] Ver capítulo III, § 71, excepciones al principio de la inmutabilidad.

son debidas; el tema se incluye en el más general de la "cesación del estado de mora". En algunos casos la respuesta es sencilla: se devengan hasta el momento de producirse el cumplimiento o el incumplimiento definitivo (ver § 148, 156 y 157), sin que al efecto tengan incidencia los cumplimientos parciales [5-1]. Pero en otros la solución no es tan clara. La jurisprudencia ha resuelto esta problemática vinculándola al elemento "daño" (no obstante estar éste presumido) (§ 143). En un caso en que el locador de obra se había comprometido a demoler un inmueble que se destinaría a playa de estacionamiento, bajo sanción de una multa diaria por demora, se estableció que ella debía devengarse sólo hasta el momento en que los locatarios (propietarios del inmueble) estuvieron en condiciones de peticionar administrativamente la habilitación de ella, aun cuando más allá de esa fecha se produjeron otros perjuicios que se reclamaron por separado por no estar comprendidos en la multa [5-2].

### § 112. PAUTAS PARA LA DETERMINACIÓN.

Atento a las diferencias apuntadas, resulta imprescindible proporcionar algunos criterios rectores para analizar cuál ha sido el tipo pactado cuando las previsiones contractuales no han sido claras.

En general, los autores argentinos —siguiendo a los franceses— coinciden en que si la pena se estipula sin expresión particular, debe presumírsela compensatoria [6]. Se fundan en el art. 659 del C. Civil argentino y sus correlati-

[5-1] Los cumplimientos parciales servirán para disminuír la cláusula penal (art. 660 del C.C.), pero no para detener su curso. Conf. Cám. Nac. Civ., Sala D, 23/3/76, "Furer c. Ameca", "E.D.", 67-488, fallo 28.386.

[5-2] Cám. Nac. Civ., Sala B, 27/10/80, "Zanon y Cía. c. Antonucci", "E.D.", 26/12/80, fallo 33.906.

[6] Conf.: Mosset Iturraspe, p. 1248, nº 99; Gatica Pacheco, nº 305; Piola, ob. cit., Digesto, t. VII, 2ª parte, p. 368; para este último autor la excepción a la regla es la pena pactada como accesoria de una transacción; en este caso, ella se presume siempre moratoria.

vos de la legislación comparada (1229, inc. 2, del C. Civil francés; 1537 del C. Civil chileno; 1383 del C. Civil italiano; *etc.*), por el cual el acreedor *no* puede pedir el cumplimiento de la principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio *a menos* que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo. Ello da a entender que el régimen común presumido por el Código cuando no media pacto especial es el de la pena compensatoria [7].

Lo expuesto no significa que la pena moratoria requiera términos sacramentales, sino que la intención contraria puede resultar tanto de una declaración explícita, cuanto de otras circunstancias implícitas, pudiéndose formular las siguientes reglas:

1) Si el monto de la pena es inferior al valor de la obligación principal debe presumírsela —salvo prueba en contrario— *moratoria.* Lo contrario haría desaparecer su función compulsoria [8]. El proyecto de 1936 dispone en tal sentido: "En caso de duda se resolverá según las circunstancias y principalmente con arreglo *al valor* de la prestación accesoria".

2) A veces la propia naturaleza de las obligaciones es la que dilucida el problema. Acertadamente los autores chilenos refieren el siguiente ejemplo: cuando el pacto principal comprende varias obligaciones y el cumplimiento de ellas sea necesario para conseguir o satisfacer el fin propuesto, debe considerarse moratoria. Si una persona se obliga con otra a construír una casa estipulándose que en un plazo determinado deberá presentar los planos y especificaciones, dentro de otro mayor la obra gruesa termi-

[7] En contra, para el derecho uruguayo: Peirano Facio, ob. cit., ps. 260 y ss., por diferir en su redacción con la solución argentina y francesa.

[8] Conf.: Laurent, t. XVII, nº 459; Demolombe, t. XXVI, nº 657; Huc, t. VII, nº 374; Piola, t. VII, 2ª parte, p. 368; Puig Peña, t. IV, vol. I, p. 87; Baudry-Lacantinerie, t. II, nº 1364; Busso, t. IV, art. 652, nº 140. Conf.: Cám. Ap. Rosario, Sala II, 15/9/64, "Batisttoni c. Gagliardo", "Rep. L.L.", XXVII, p. 316, nº 51; Cám. Civ. 2ª, 18/2/24, fallo citado por Carlos Battock, voz *Cláusula penal*, en *Enc. jurídica Omeba*, t. III, p. 43.

nada, en otro la terminación de los pisos, en otro las tareas de pintura, etc., y se pacta una multa respecto de cada una de estas obligaciones, ellas sólo producen sus efectos respecto de las estipulaciones a que ellas se refieren y, por consiguiente, deben estimarse moratorias y acumulables a la obligación principal; en efecto, no cabe presumir que el acreedor se satisface con el pago de la pena porque de hecho necesita los planos para poder comenzar a construír, la obra gruesa para colocar los pisos, etc. [9].

3) Se señala también que si la obligación "requiere necesariamente de su cumplimiento para restablecer la situación jurídica quebrantada por la inejecución del contrato", la cláusula debe presumirse moratoria. Por ej., si se pacta una cláusula para el supuesto de que la cosa entregada por arrendamiento, comodato o cualquier otro vínculo precario no sea restituída dentro del término convenido [10].

4) Tampoco deben descartarse las relaciones de carácter personal que existan entre las partes, las costumbres del lugar, etc., que servirán como elementos para detectar la voluntad de los celebrantes.

5) Si la cláusula penal accede a obligaciones de no hacer, generalmente debe estimársela compensatoria, porque este tipo de obligaciones normalmente no admite el estado de mora, sino que suponen *incumplimiento* [11]. Recordamos, sin embargo, que en el derecho nacional Moisset de Espanés, en el trabajo señalado en nota 4 de este capítulo, admite la mora en las obligaciones de prestación negativa.

En consecuencia: podemos afirmar que al igual que en el Código Civil alemán (arts. 339 a 341) o en el Código

[9] José Clemente Fabres, *Instituciones*, t. X, Sgo. de Chile, 1912, p. 335, nota 60, citado por Gatica Pacheco, nº 306. Conf., con el principio de que la naturaleza de la obligación puede decidir la cuestión, Puig Peña, t. IV, vol. I, p. 87.

[10] Conf.: Gatica Pacheco, nº 306.

[11] Da Silva Pereira, ob. cit., vol. II, p. 134.

Federal de las Obligaciones suizo (art. 160) debe estarse a lo que las partes hayan dispuesto de manera explícita o implícita. Pero en caso de duda —no obstante las reglas señaladas— sobre cuál ha sido la intención, deberá acudirse al principio de la doctrina francesa y presumir que la cláusula es compensatoria.

§ 113. DIVERSOS CONTENIDOS DE LAS CLÁUSULAS PENALES.

Las eventuales previsiones de las partes pueden tener contenidos sumamente diversos. Analizaremos los más comunes.

§ 114. *Pena estipulada en previsión de un "perjuicio" determinado o de todos los daños producidos.* — La cláusula puede pactarse previendo un solo tipo de daños, o bien en consideración a todas las lesiones que sean consecuencia de la falta de cumplimiento de la prestación principal.

A falta de estipulación expresa en contrario, debe entenderse que la pena tiene por finalidad proporcionar el resarcimiento de todos los perjuicios derivados del incumplimiento. La Suprema Corte de Mendoza ha dicho que si se pretende accionar por otros daños a los previstos debe probarse que esos daños no proceden del hecho dañoso previsto por las partes [11-1]. Aplicando este principio se ha resuelto que si "por la mora de la constructora se derivaron aumentos por mayores costos y por ende perjuicios a la dueña de la obra, los mismos están contemplados por la cláusula penal" [11-2].

También por eso —salvo estipulación en contrario— debe presumirse que cubre no sólo el daño material sino también el moral: "La indemnización establecida contrac-

11-1 S.C. Mendoza, 1/8/78, "L.S.", 154, p. 172, inédito.

11-2 Cám. Nac. Civ., Sala A, 13/12/79, "Persano, M., c. Fariñas de Trasar", "L.L.", diario del 23/6/80, fallo 78.430.

tualmente no ampara únicamente el daño material sufrido sino todo el daño derivado del incumplimiento" [12].

En especiales circunstancias —incluso— la cláusula se pacta para asegurar principalmente el daño moral. Gino Gorla nos recuerda un curioso caso resuelto por el Tribunal de Comercio de Lyon en setiembre de 1936 [13]: dos sociedades israelitas habían pactado con el carnicero Barouk Bittoum que éste sólo vendería en su negocio carne "Kacher" (es decir, procedente del sacrificio hecho según las formas rituales). Para el supuesto del incumplimiento de esta obligación de no hacer (se obliga a no vender carne de otro origen) se pactó en concepto de daños y perjuicios 500 francos por cada kilogramo de carne vendida que no fuera "Kacher". Habiendo violado el comerciante la palabra empeñada y reconociendo haber vendido 12 kilos de carne no "kasher" a persona *no* israelita, los acreedores reclamaron el cumplimiento de la cláusula penal. El tribunal francés condenó al pago de la cláusula (aunque la redujo), sosteniendo que la conducta de Bittoum les causó a los miembros de la sociedad un perjuicio moral al sembrar malestar e inquietud entre los miembros de la colectividad, en cuanto no tendrían de allí en más la seguridad de estar comiendo carne de conformidad con los preceptos religiosos.

Sin embargo, muchas veces las cláusulas contractuales son tan oscuras que provocan grandes dudas a quien debe interpretarlas. Así, por ej., la Sala IV de la Cám. Nac. Esp. Civ. y Com. debió resolver un caso en el cual se había estipulado una suma determinada para el caso de incumplimiento en la obligación de entregar el inmueble a su debido tiempo. Pero a renglón seguido se decía que si no

[12] Cám. Nac. Civ., Sala B, 11/2/81, "L.L.", 1981-B, fallo 79.649; Sala C, 10/11/77, "Gómez c. Langone", "L.L.", 1977-A, fallo 75.287; ídem, 16/6/77, "Altman, Bernardo, y otro c. Polak", en "L.L.", diario del 24/2/78, fallo 75.456. Conf.: Víctor Loewenwarter, *Derecho civil alemán*, t. I, Santiago de Chile, ed. Universidad de Chile, 1935, p. 180.

[13] Gorla, ob. cit., t. II, ps. 341 y ss.

obtuviese la devolución al vencimiento, el locador "podría iniciar las acciones correspondientes de daños y perjuicios". La mayoría entendió que esta aclaración no permitía acumular pena y daños y perjuicios, sino que éstos habían sido prefijados precisamente por la cláusula penal; la minoría consideró que se había creado al acreedor la opción de reclamar o la cláusula o los daños y perjuicios [14].

Tal como hemos explicitado, salvo disposición en contrario, la cláusula contempla todos los daños derivados de la inejecución, por lo que la solución de la mayoría parece correcta, salvo que en el caso existieran otras circunstancias relevantes que no surgen de la lectura del fallo comentado.

En materia de resolución de boletos de compraventa una reiterada e interesante jurisprudencia tiene resuelto que "la cláusula penal en virtud de la cual el incumplimiento de las obligaciones contraídas produce la mora automática, quedando facultados los vendedores a dar por resuelta la operación con pérdida de las sumas abonadas en concepto de indemnización, sólo resarce el daño ocasionado por la resolución y hasta ese momento, y no comprende el perjuicio que el vendedor sufre por la conducta ulterior del adquirente que retiene ilícitamente el inmueble, ya sin título alguno" [15]. Aparentemente, esta solución contraría la regla general que hemos proporcionado. Sin embargo, es correcta porque parece claro que la voluntad de las partes ha sido prever los daños derivados de la resolución en sí, y no los producidos por otra causa, cual es la retención ilegítima.

[14] 18/10/77, "Cavvadas, P., c. Branca, Salvador, y otros", en "J.A.", 1978-I-524, fallo 27.217.

[15] Cám. 1ª Apel. Bahía Blanca, 18/6/68, "Cía. Financiera del Sur c. Confort", en "L.L.", 138-952, "E.D.", 23-617, y "J.A.", 3-1969-584; Cám. Nac. Civ., Sala C, 12/8/69, "Pizado c. Errecart de Fraga", "L.L.", 140-756; ídem, 24/4/73, "Von Kaull c. O'Donnell", "E.D.", 51-600; Sala B, 18/9/67, "Vacani, Carlos, c. Gil", "J.A.", 1968-I-431, y "L.L.", 131-1210 (18.333-S); Sala B, 17/2/67, "Boueris, Juan, c. Vasallo", "L.L.", 126-736; Sala A, 4/4/67, "Ereny c. Salgado", "J.A.", 1967-IV-249; 30/6/66, "Suárez c. Molanes", "J.A.", 1966-V-58.

Obviamente, la cláusula penal no comprende las costas judiciales devengadas con motivo de la acción ejercida ante el incumplimiento. Pero nada obsta a que las partes así lo estipulen. Es decir, entre las partes es válido el pacto por el cual se acuerda que las multas fijadas cubrirán igualmente las sumas correspondientes a los honorarios de los abogados intervinientes y los otros gastos que motive la ejecución. Sin embargo, los abogados deben ser considerados *res inter alios acta*, y en consecuencia tendrán acción para ejercer sus derechos contra los obligados al pago de los honorarios por los montos regulados, sin estar limitados por las sumas pactadas. Recordamos a título informativo que la ley brasileña 22.626, del 7 de abril de 1933, de represión de la usura, reputaba en su art. 8 que las multas o las cláusulas penales se habían establecido para atender a las expensas judiciales y los honorarios de los abogados [16].

§ 115. *Pena estipulada en previsión de un "resultado" determinado.* — Puede establecerse que la pena se deba sólo cuando el acto produzca los efectos que le son propios o que ella sea exigible cuando el acto tenga lugar, aun cuando todavía no haya llegado a producir sus efectos naturales. Volveremos sobre el punto al tratar los requisitos para la procedencia de la cláusula penal en el siguiente capítulo. Digamos, por ahora, que el problema fue estudiado por Pothier, quien aclaraba con el siguiente ejemplo reiterado por sus continuadores: se realiza una partición o una transacción a la cual se agrega una cláusula penal para el supuesto de que las partes intervinientes accionen posteriormente por nulidad de ella. Aunque en definitiva la acción de nulidad sea rechazada, procede la cláusula penal que fue prevista para el solo supuesto de accionar, aunque de hecho no se hayan producido resultados disva-

[16] Conf.: De Barros Monteiro, ob. cit., vol. 4º, p. 202.

liosos porque la transacción o la partición permaneció inalterada [17].

Demolombe proponía este caso: si pacto con mi vecino que no debo alquilar mi casa a un inquilino que tenga una profesión que produzca ruidos (por ej., un trompetista), bajo la cláusula penal de que si incumplo con esta obligación de no hacer debo pagar determinada suma de dinero, deberá analizarse si la voluntad de las partes ha sido que la pena se deba por la sola concertación del contrato de locación o si ella sólo se debe cuando la convención produce sus efectos y el trompetista ocupa efectivamente el inmueble [18].

§ 116. *Pena estipulada en previsión de una "conducta" determinada.* — Ya hemos expuesto que la pena compensatoria no es trasladable a los casos de pago tardío, y viceversa. Más dudosa, en cambio, resulta la solución sobre si las otras modalidades que puede presentar la cláusula penal moratoria permiten su traslado de unas a otras.

Es discutible si la pena que prevé el incumplimiento absoluto es aplicable a los casos de cumplimiento defectuoso. Laurent recuerda un famoso caso resuelto por la Corte de Casación francesa en sentido negativo [19]. Se trataba de un contrato de suministro celebrado por el municipio de una ciudad belga y una compañía de gas, en virtud del cual esta última se obligaba a proporcionar el servicio de alumbrado público, sujeta al pago de una pena exigible por cada foco que no estuviese encendido durante todo el tiempo que señalaba el contrato. La municipalidad pretendió hacer valer la cláusula porque los focos alumbraban mal; la compañía de gas excepcionó diciendo que la estipulación preveía que los focos no estuviesen encendidos, y en el caso lo estaban aunque la iluminación fuera defi-

[17] Pothier, *Oeuvres*, t. II, nº 348.
[18] Demolombe, t. XXVI, nº 687.
[19] Laurent, t. XVII, nº 450.

ciente. La Corte de Casación resolvió diciendo que la compañía no podía dejar impunemente a la ciudad a media luz, y que como la mala iluminación era un caso no previsto en el contrato, el juez debía fijar la indemnización correspondiente a este perjuicio con sujeción a las normas sobre liquidación judicial, no estando limitado por la cláusula penal.

En cambio, la Cám. Nac. Civ., Sala B, ha resuelto: "La deficiente entrega de la obra contratada al determinar su necesaria complementación y perfeccionamiento equivale a la falta de entrega oportuna y, en principio, da lugar al funcionamiento de la cláusula penal estipulada por las partes" [20].

En virtud del principio de interpretación restrictiva consideramos que la solución acertada es la de la Corte de Casación francesa: cuando la conducta realizada no encuadra dentro de la prevista, los daños deben liquidarse de conformidad con el sistema general.

En este sentido se pronuncia la moderna doctrina española [21].

Es decir, la cláusula penal sólo abarca el supuesto convencionalmente establecido, dejando los demás intactos. Por ej., si una obligación debe cumplirse en la ciudad de Mendoza y se pacta una cláusula penal para el supuesto de que se cumpla parcialmente, y el deudor entrega una parte de lo adeudado en la ciudad de Córdoba, debe no sólo la cláusula penal por el cumplimiento parcializado, sino los daños y perjuicios liquidados conforme a las normas del derecho común derivados de la entrega en un lugar distinto del convenido.

Con este mismo criterio se ha resuelto: "Cuando en el contrato de venta de pescado, concertado entre un pescador y un comerciante del ramo, se ha estipulado que el pri-

[20] 23/4/74, "Alterman, M., c. Kavalier S.A.", "J.A.", 24-1974-194.
[21] Ruiz Vadillo, ob. cit., p. 398.

mero no podría vender pescado a terceros, so pena de una multa de $ 50 por la primera vez, y de sumas mayores determinadas por las subsiguientes, esta cláusula penal no impide al comerciante reclamarla por haberse violado lo pactado, y además exigir una suma mayor por incumplimiento total del contrato por parte del pescador. Es un caso en que la cláusula penal se refiere al incumplimiento de una obligación determinada, lo que no exime al contratante de la responsabilidad por los daños originados en el incumplimiento de otras obligaciones" [22].

§ 117. *Pena estipulada en previsión del incumplimiento de "una obligación" o de la ejecución "global" de todas las prestaciones contenidas en la principal.* — La cláusula puede establecerse para el caso de inejecución global de la obligación principal vista como una unidad o para el evento de incumplimiento de sólo alguna de las prestaciones. Por ej., en un contrato de compraventa puede preverse una cláusula penal para el supuesto de no entregarse la posesión, de no escriturar, de no efectuarse las mejoras que se pactaron a cargo del vendedor previas a la entrega, etc. Es decir, en las obligaciones emergentes de un mismo negocio jurídico pueden pactarse tantas cláusulas penales cuantas sean las prestaciones que nazcan del referido negocio. Salvo estipulación en contrario, la cláusula incluye todas las prestaciones a cargo del deudor. Ésta es la solución más conforme con los principios generales, "pues si se entendiera que se puede exigir tantas veces la pena como obligaciones no prestadas existen, se agravaría la condición del deudor de modo notable, por aquello de que los hombres se presumen, en principio, no ligados por obligaciones de índole alguna" [23].

[22] S.C. Bs. As., 31/12/43, "Borone c. D'Alessio", "J.A.", 1944-I-630.
[23] Peirano Facio, p. 280.

Sin embargo, como señala Hedemann [24], ha de examinarse cuidadosamente cuál ha sido la voluntad de las partes expresada en el contrato. Ella nos demostrará con frecuencia que la mera contravención de una obligación secundaria a veces no provoca la aplicación de la pena.

En ciertos casos es la propia ley la que da normas supletorias interpretativas. Así, por ej., el art. 1582 del C. Civil dispone que las cauciones en materia de locación o sublocación obligan no sólo al pago de los alquileres o rentas, sino a *todas las demás obligaciones* del contrato si no se hubiese expresamente limitado al pago de los alquileres o rentas.

[24] Hedemann, ob. cit., t. III, p. 55.

## Capítulo V

# REQUISITOS PARA LA EXIGIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

En este capítulo respondemos a la pregunta: ¿cuándo se debe la cláusula penal?

Es decir, indicamos cuáles son los requisitos que deben cumplirse para que el acreedor tenga derecho a reclamar la pena.

### § 118. Incumplimiento total o cumplimiento parcial, defectuoso, fuera de tiempo o lugar.

El primer presupuesto es que exista un vínculo jurídico nacido con anterioridad al hecho que motiva la aplicación de la pena; es decir, encontramos una obligación principal previa que el deudor incumplió o cumplió parcial o defectuosamente, fuera de tiempo, lugar o modo convenido (esto depende de los diversos tipos de cláusula que pudieron pactarse).

El cumplimiento de esta exigencia deberá ser analizado conforme a las pautas de la buena fe (art. 1198 del C. Civil). Por eso no debe considerarse incumplimiento el que afecta circunstancias irrelevantes que no fueron determinantes de la voluntad de las partes. Dice bien Ruiz Vadillo que el incumplimiento debe afectar lo esencial de la obligación prevista por los celebrantes del acto [1].

[1] Ruiz Vadillo, ob. cit., p. 399, citando jurisprudencia del Supremo

§ 119. IMPUTABILIDAD.

Es muy discutible si en el derecho romano era o no requisito para la procedencia de la pena que el incumplimiento le fuera imputable al deudor. Para algunos autores era indiferente que el deudor fuera o no responsable del incumplimiento de la principal [2]. Se fundan en algunos textos que así parecen solucionar el problema en algunos casos particulares (L. 8, de V. D., 45, 1; Paulo, D., 9, 2, 22 pr.). Savigny y Maynz, en cambio, afirman que de una combinación de las diversas decisiones pareciera deducirse que el deudor podía invocar la imposibilidad fortuita: los principios lógicos y sobre todo el de la buena fe, llevaron a no aplicar la letra rigurosa de la convención y, por ende, a liberar al deudor cuando probaba que de hecho había realizado todo cuanto podía para evitar la imposibilidad [3].

Notoriamente influídos por la doctrina francesa, la mayoría de los autores nacionales sostienen que siendo la imputabilidad a título de culpa o dolo uno de los requisitos para la procedencia de la acción de daños y perjuicios del derecho común, lo es también para la aplicación de la cláusula penal [4]. No podemos olvidar, sin embargo, que existe en el Código Civil argentino una disposición —el art. 654— que no tiene correlativo en el derecho francés. Por ello pre-

---

Tribunal de España en apoyo de su posición. Conf.: Lobato de Blas, ob. cit., p. 159.

[2] Ver: Jörs-Kunkel, *Derecho privado romano*, trad. por Pietro Castro, Labor, Barcelona, 1937, p. 259; Caramés Ferro, ob. cit., t. II, p. 255; Lobato de Blas, ob. cit., p. 37.

[3] Savigny, t. 2, nº 80, p. 447; Maynz, t. II, p. 450, nº 258.

[4] Algunos códigos extranjeros contienen disposiciones expresas en tal sentido. Por ej., el art. 714 del C. de Costa Rica dispone: "El cumplimiento de la cláusula penal sólo puede exigirse en los casos y cuando concurran las circunstancias en que, al no haber cláusula penal, se podrían reclamar daños y perjuicios, según lo dispuesto en el capítulo anterior".

tendemos resolver la cuestión con prescindencia de las argumentaciones dadas por los autores galos.

Es necesario distinguir varios supuestos que analizamos en los siguientes parágrafos.

§ 120. *Incumplimiento debido a caso fortuito.* — Dispone el art. 654 del C. Civil: "Incurre en la pena estipulada el deudor que no cumple la obligación en tiempo convenido, aunque por justas causas no hubiere podido verificarlo".

El art. 665 dice: "si la obligación principal se extingue sin culpa del deudor queda también extinguida la cláusula penal".

§ 121. *Fuente del art. 654 del C. Civil argentino.* — La mayoría de la doctrina nacional ha afirmado que ningún código de la época contiene una frase tan "draconiana": ni el proyecto de Goyena, ni Freitas, ni el Código de Chile, ni el francés, etc.[5].

Recordemos que en la nota al art. 654, Vélez menciona la ley XXXVII de la Partida 5ª, tít. XI. Esta ley distinguía entre penas que "eran puestas en juicio" y las que eran puestas fuera de él (llamadas convencionales y que son el antecedente directo de la cláusula penal que rige en nuestros días). En estas últimas la parte incumpliente estaba obligada a pagar la pena, "*e non se puede excusar por embargo que aya*", pero el deudor se liberaba si la cosa cierta

[5] Ver: Colmo, ob. cit., nº 180. Conf.: Busso, t. IV, art. 654, nº 4. En cambio, la Compilación Foral de Navarra, aprobada por la ley del 1 de marzo de 1973, dispone en la ley 518 que el deudor no quedará liberado de la obligación penal aunque concurra alguna causa que pudiera liberarle de la obligación principal. Sus comentadores han dicho que aunque la solución pudiera parecer dura, "debe tenerse en cuenta que, en la inmensa mayoría de los casos, afecta a deudores económicamente poderosos, tales como grandes empresas que realizan importantes contrataciones" (García Granero y otros, *Derecho foral de Navarra, Derecho privado, Recopilación privada*, Pamplona, 1971, citado por Lobato de Blas, ob. cit., p. 70). Incidentalmente dice este autor: "Nótese la similitud del art. 654 del C. Civil argentino con la regulación contenida en la Compilación Foral de Navarra" (p. 85).

se perdía sin culpa del deudor antes del vencimiento del término.

La antigua doctrina española tenía sobre el punto discordancias similares a las que hemos señalado en la romanista. Para algunos, cuando la pena era convencional, el incumplimiento inimputable no excusaba; en cambio, sí relevaba de responsabilidad en las penas judiciales. Otros, sin embargo, distinguían entre obligaciones de prestación determinada y de contenido indeterminado. En estas últimas el deudor debía pagar la pena aunque el incumplimiento de la principal obedeciera a caso fortuito.

La ley de Partidas —colocada al pie de la nota al art. 654— proporcionó una solución conciliadora, porque si bien daba como regla que la pena convencional siempre se debía aunque el incumplimiento fuera inimputable, admitía como excepción el caso en que se debían cosas ciertas y éstas perecían sin culpa del deudor antes del cumplimiento del término.

Pero esta ley de Partidas dejó subsistente un gran problema en cuanto a la delimitación y alcance de la expresión "embargo". Señala acertadamente Peirano Facio [6] —el autor que con más profundidad ha estudiado estos antecedentes— que ella no puede ser interpretada en su significación técnica actual, porque en esa época el derecho procesal no había alcanzado autonomía ni científica ni didáctica. Recuerda que el Diccionario de la Real Academia atribuye a esta palabra (como segunda acepción) el sentido de "embarazo, impedimento, obstáculo"; o sea que equivale a dificultad grande que contraría o impide llevar a cabo alguna cosa.

Esta ley de Partidas fue adoptada por Acevedo al proyectar el Código Civil para el Uruguay, pero a fin de eliminar las discusiones motivadas por la interpretación que correspondía dar a la expresión "embargo", la sustituyó por

[6] Peirano Facio, ob. cit., ps. 345 y ss.

*justas causas*. De este proyecto tomó Vélez, aunque en forma parcializada, el contenido del art. 654 del C. Civil [7]. Recordamos, incluso, que ya el art. 290 del C. de Comercio de la provincia de Bs. As., redactado por Vélez y Acevedo, disponía en el mismo sentido que el art. 654 del C. Civil argentino.

El texto completo del art. 1434 del proyecto de Acevedo, que fue tomado textualmente por el 1369 del Código uruguayo, es el siguiente: "Incurre en la pena estipulada el deudor que no cumple dentro del tiempo debido, aun cuando la falta de cumplimiento provenga de justas causas que le hayan imposibilitado de verificarlo. Sin embargo, si la obligación 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". De la simple lectura del artículo trascrito se deduce con facilidad que éste fue el antecedente inmediato de la norma nacional.

Sin embargo, la solución del derecho uruguayo difiere del nuestro: en primer lugar porque Vélez omitió trascribir la segunda parte del art. 1434, y además porque incluyó una disposición de carácter general, cual es el art. 665, que no tiene correlativo en el Código oriental.

§ 122. *Su interpretación doctrinal y jurisprudencial*. — Por abrumadora mayoría la doctrina y jurisprudencia nacional afirma que el art. 654 *no* ha contemplado el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor [8], sino que la

[7] Conf.: Mosset Iturraspe, ob. cit., p. 1244; Segovia, t. I, p. 163; Peirano Facio, ob. cit., ps. 348 y ss.

[8] Ver, a vía de ej.: Llambías, t. I, nº 360; Salvat, t. I, nº 221; De Gásperi-Morello, t. III, nº 1530; Cáceres, p. 145; Busso, t. IV, art. 654, nos. 4 y ss.; Llerena, t. III, p. 132; Machado, t. 2, p. 388; Ferreyra, p. 372; Lafaille, t. I, nº 240; Celestino Piotti, *Sobre los arts. 654 y 655 del C. Civil*, en "Boletín del Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba", 1943, p. 86. Es el criterio mayoritario en la jurisprudencia: "La existencia de una cláusula penal no impide que el caso fortuito o la fuerza mayor liberen al deudor" (ver Cám. Paz Cap., Sala I, 22/2/72, "Quilmes Inmobiliaria c. Catic", "J.A.", 14-1972-80, y "E.D.", 42-725; Cám. Fed. Rosario,

expresión *justas causas* indica sólo que el deudor no queda liberado por razones que puedan justificarlo subjetivamente; así, por ej., no exime del pago el incumplimiento por error —de cálculo o de otro tipo [9]— ni la buena fe del deudor [10] ni el exceso de confianza. Sobre este último supuesto el relato de dos casos resueltos por nuestros tribunales nos traerán claridad sobre la posición asumida: en uno de ellos un vendedor de inmueble es advertido por el escribano interviniente que sobre la cosa enajenada pesa una hipoteca erróneamente inscrita, porque en realidad gravaba un fundo vecino; el vendedor se obliga ante los

---

11/12/74, "Puerto de Rosario c. Cía. Argentina de Elevadores", "L.L.", 49-489, y "J.A.", 1948-I-491; Cám. Civ. 1ª Cap., 17/5/37, "Zolezzi c. Subirana", "J.A.", 6-972; Cám. Civ. 2ª Cap., 8/9/24, "González c. Tiret", "J.A.", 14-190; Cám. Civ. 2ª Cap., 10/6/49, "J.A.", 1949-IV-207, "Lococo, A. S., c. Caputo"; Cám. Fed. Cap., 13/11/19, "Dyckerhoff c. O.S.N.", "J.A.", t. 3, p. 996; Cám. Nac. Civ., Sala B, 4/9/57, "Municipalidad de la Cap. c. Piotrkowsky", "J.A.", 1957-IV-347, y "L.L.", 90-69; Cám. Nac. Apel. Civ. Cap., Sala C, 31/12/52, "Municipalidad de la Cap. c. Gral. Guido Inmobiliaria Argentina", "J.A.", 1953-II-47; Cám. Nac. Civ., Sala D, 14/4/67, "Etchegoin c. Tiesi", "E.D.", 20-582, "L.L.", 128-672, y "J.A.", 1967-IV-236. *En contra* se ha pronunciado Mario A. Rivarola, *Tratado de derecho comercial argentino*, t. III, C.A., Bs. As., ed. 1939, nº 850, en forma incidental y basado exclusivamente en la interpretación gramatical del art. 654. Al indicar las diferencias que median entre la cláusula penal del derecho civil y la prevista en el art. 189 del C. de Comercio, señala que mientras el caso fortuito libera en el caso de pena que accede a un contrato de trasporte comercial, no lo hace en el derecho civil por aplicación del art. 654; Jorge Mosset Iturraspe, ps. 1224 y ss., fundado en los antecedentes de la norma y en el carácter compulsorio de la cláusula penal propia; sólo un viejo fallo de la Cámara Civil del 12/11/1881 se adhirió al criterio minoritario que estamos reseñando ("Fallos", t. 3, p. 232, cit. por Llambías, t. I, nº 360, nota 94).

[9] Cám. Nac. Civ., Sala B, 3/9/71, "Braniff Airways c. Italfina", "L.L.", 146-320, y "E.D.", 44-619. Conf.: ídem, 4/9/57, "Municipio de la Capital c. Piotrkowsky", "L.L.", 90-69, y "J.A.", 1957-IV-347. Tampoco exime la ignorancia de determinados hechos. En este sentido se ha dicho: "Reconocido el documento privado que acredita que los arquitectos se comprometieron a terminar la obra para una fecha determinada a partir de la cual pagarían al dueño de la obra el alquiler que éste abonaba por la casa que ocupaba, corresponde condenar al pago de la cláusula penal, sin que para ello sea óbice la ignorancia alegada del monto del alquiler" (Cám. Civ. 1ª Cap., 29/10/26; "J.A.", t. 22, p. 947).

[10] Giuseppe Piola, t. VII, 2ª parte, p. 317. Conf.: Cám. Nac. Civ., Sala D, 28/8/63, "Salemi c. Saumell", "L.L.", 112-110.

compradores a cancelar el gravamen dentro de un plazo cierto que se fija para escriturar, pactándose una cláusula moratoria por cada día de atraso en el cumplimiento de la obligación de hacer. El deudor tenía dos vías para cumplir con su acreedor: o pagaba la hipoteca y luego repetía dichas sumas contra el verdadero deudor, o discutía contra la Administración por la traba errónea; prefirió este último camino, el que le insumió muchísimo tiempo en virtud de pesados procedimientos burocráticos. Vencido el plazo fijado, debió pagar la pena moratoria pactada; el tribunal decidió que aunque mediaban justas causas, éstas no impedían ejecutar la cláusula penal [11]. En el otro caso dos personas que no habían adquirido todavía el dominio sobre un inmueble, suscribieron con un tercero un contrato de locación de obra por el cual éste debía construír para aquéllos un edificio dentro de determinado plazo. Los locatarios, a su vez, se comprometieron a pagar a los constructores una cláusula penal moratoria por cada día que se retrasaren en la entrega del inmueble donde el edificio debía construírse. Los locatarios tuvieron dificultades para que se les hiciera entrega efectiva de la posesión, por lo que no pudieron cumplir en el plazo estipulado con su obligación de dar, a fin de que los constructores pudieran comenzar las tareas. La Cámara resolvió que "quien no ha entrado aún en la posesión de la cosa debe cargar con su exceso de confianza en la realización de actos de terceros" (se refería aquí al acto del vendedor que debía hacer tradición del inmueble a los deudores de la cláusula) [12].

[11] Fallo citado por Rosalinda Aída Romero, *Cláusula penal*, en "Lecciones y Ensayos", nº 3, 1957, p. 49, quien se adhiere a la solución dada. En cambio, si la falsa o errónea inhibición del vendedor fue conocida con posterioridad a la celebración del convenio debe ser considerada fuerza mayor liberatoria. Conf.: Cám. Nac. Civil, Sala E, 6/11/79, "Stacey c. Tello", "E.D.", 23/6/80, fallo 33.109, y "L.L.", 1980-A-227, fallo 77.935.

[12] Cám. Civ. 1ª Cap., 17/5/73, "L.L.", 6-975.

§ 123. *Fundamentos, respuestas y réplicas a la tesis mayoritaria.* — Esta posición que descarta el supuesto de caso fortuito y fuerza mayor como sinónimo de *justas causas,* se funda en los siguientes argumentos [13].

*a*) Una disposición aislada y accidental no puede derogar los principios generales fundamentales en materia de responsabilidad que establecen como causal eximitoria por excelencia al caso fortuito (art. 513 del C. Civil)[14].

Responde Peirano Facio que este argumento parte de una petición de principio, porque presume que toda la materia de la responsabilidad está regida por la norma que establece que la fuerza mayor es eximente, lo cual implica un sofisma porque se basa en una premisa no demostrada [15].

Replicamos que esta premisa es indiscutible en el derecho argentino: el art. 513 del C. Civil está ubicado en el título I de la parte I, que trata de las obligaciones en general: la propia metodología usada por el legislador confirma que el caso fortuito es en el derecho nacional el eximente genérico.

*b*) Es cierto que en algunos supuestos el legislador ha admitido responsabilidad sin culpa (por ej., arts. 2118, 2173, 1129) y que considera válido el pacto por el cual el deudor asume los riesgos del caso fortuito (arts. 515, 1914, etc.)[16], pero esto es demostrativo de que para que la fuerza mayor no exima se necesita una disposición legal *clara* y

[13] El criterio que considera al caso fortuito como eximente aun cuando se haya pactado una cláusula penal, es el predominante en la doctrina comparada. A vía de ej., compulsar las siguientes obras: Espín Cánovas, ob. cit., t. 30, p. 160; Puig Peña, t. IV, vol. I, p. 81; Valverde y Valverde, ob. cit., t. 3, p. 86; Demolombe, ob. cit., t. XXVI, nº 689; Laurent, t. XVII, nº 438; Huc, t. VII, nº 377; Colin y Capitant, t. VI, p. 50; Enneccerus, t. 2, vol. I, p. 190. En contra: Stolfi, ob. cit., t. III, nº 647; Alfredo Vicuña, *De las obligaciones con cláusula penal,* Santiago de Chile, 1903, citado por Gatica Pacheco, nota 806; Peirano Facio, ob. cit., ps. 345 y ss.

[14] Salvat. ob. cit., nº 221.

[15] Peirano Facio, ob. cit., p. 350, nº 166.

[16] Ver: Mosset Iturraspe, ob. cit., p. 1245.

*precisa* en contrario, o un pacto expreso: la doctrina más especializada ha reconocido siempre que esta cláusula de asunción de riesgos debe constar en forma indubitable y ser objeto de interpretación restrictiva [17].

*c*) El art. 665, ubicado en el mismo título que el 654, dispone expresamente que si la obligación principal se extingue sin culpa del deudor, también queda extinguida la cláusula penal. Este argumento es de tanto peso, que el propio Peirano Facio lo cita como razón suficiente para no aplicar al derecho argentino la solución que propugna para el uruguayo [18].

Es evidente que la cuestión no puede ser resuelta con criterios simplistas. No caben dudas de que las dos disposiciones trascritas responden a distintas fuentes y, por ende, a diferentes concepciones sobre la naturaleza de la cláusula penal: mientras el 654 tiene raigambre española (donde la cláusula penal tenía preeminentemente una función compulsiva), el 665 reconoce filiación francesa (donde predomina la función indemnizatoria). Pero en nuestro derecho positivo ambas funciones son igualmente trascendentes. Por ello resulta indispensable compatibilizar ambas normas. Esta armonización debe ser tal que sus resultados no signifiquen una reiteración inútil de los principios generales, pero tampoco la predeterminación de exclusiones a ellos, porque las excepciones deben ser claras y precisas.

§ 124. *Posibles soluciones de armonización que descartamos.* — *a*) Que el art. 654 rige *después* de la mora del deudor, en tanto que el art. 665 regula una situación

[17] Conf.: Francisco Soto Nieto, *El caso fortuito y la fuerza mayor*, Bosch, Barcelona, 1965, p. 117. En tal sentido cabe señalar que ningún autor menciona entre los supuestos de asunción de fuerza mayor determinado por la ley el caso de la cláusula penal; ver Alberto Coustasse y Fernando Iturra, *El caso fortuito ante el derecho civil*, Ed. Jurídica de Chile, Sgo. de Chile, 1958, capítulo quinto, en especial nos. 51 y ss.

[18] Peirano Facio, p. 351.

producida *antes* de la demora imputable [19]. Si así fuera, el codificador no habría sino reiterado las soluciones proporcionadas por los arts. 513, 889, 2203, 892, 2269, 3779, etc. Esta superposición de normas sería inútil, porque nunca nadie ha discutido que cuando el deudor está en mora —exista o no cláusula penal— asume los riesgos de la contratación.

En tal sentido, ha resuelto la Cám. Nac. Civ., Sala B: "de acuerdo con el art. 513 del C. Civil, constituído en mora el deudor, en nada afecta a la aplicación de la cláusula penal pactada la circunstancia que, con posterioridad a aquélla, haya surgido una huelga a la cual el deudor atribuye el carácter de caso fortuito que le impidió el cumplimiento de la obligación a su cargo" [20].

*b*) Que el art. 654 prevé los supuestos de *falta de culpa,* en tanto que el 665 contempla *el caso fortuito.* Confesamos que en un primer momento nos sentimos atraídos por esta posibilidad. Es decir, cuando se ha pactado una cláusula penal no le bastaría al deudor acreditar que asumió todas las diligencias posibles según las circunstancias de persona, tiempo y lugar, sino que debería *además* probar que el hecho que le impidió cumplir fue imprevisible o que previsto no pudo evitarlo.

La distinción entre *falta de culpa* y *caso fortuito*, es aceptada por gran parte de la doctrina nacional y —en nuestra opinión— surge con claridad del nuevo art. 1113 del C. Civil. En efecto, en los daños causados con las cosas basta acreditar que el deudor *no tuvo culpa*, es decir, que asumió todas las diligencias posibles; en tanto que si el daño se produce por el riesgo o vicio de la cosa, no basta con probar la ausencia de culpa, sino el hecho de la víctima, de un tercero por quien no se debe responder o el

[19] Gutiérrez Fernández, *Códigos o estudios fundamentales de derecho civil español*, Madrid, 1968, t. IV, p. 114, citado por Peirano Facio, nº 168.
[20] 22/4/65, "Cabello, Osvaldo, c. Baribassé", "L.L.", 119-237.

caso fortuito extraño a la cosa [21]; es decir, la ruptura del nexo causal.

Sin embargo, a poco de andar, desechamos también esta posición. El art. 665 del C. Civil menciona la extinción *sin culpa* del deudor. En su visión subjetiva de la responsabilidad Vélez Sarsfield distinguió la falta de culpa del caso fortuito. Tanto es así que en algunas disposiciones sólo exige la falta de culpa (a vía de ej., compúlsese arts. 556, 578, 584, 586, 627, 642, 647, 888, etc.), mientras que en otros requiere el caso fortuito (por ej., arts. 1630, 789, etc.). Insistimos en que el 665 no requiere la prueba de este *plus* (el caso fortuito), sino que le basta con que el deudor acredite que cumplió todas las diligencias posibles.

*c*) Que el art. 654 ha creado un caso de inversión de la carga de la prueba de la culpa. Es decir, podría sostenerse que pactada una cláusula penal, la ley presume la culpa del deudor y, por ende, es a su cargo acreditar que de su parte no hubo culpa. O sea, se habría creado una suerte de obligación de resultado que emana no del propio objeto, sino de la voluntad de las partes no expresada sino presumida por la ley [22].

[21] Es inútil pretender un listado de todos los autores que aceptan esta distinción. Operada la reforma de 1968, el tema de la responsabilidad civil reeditó su carácter de "vedette" de la ciencia jurídica contemporánea. En contra, sosteniendo que en todo supuesto el deudor debe acreditar el hecho positivo y concreto ajeno a él (caso fortuito, hecho de la víctima o de un tercero), Roque Garrido, su ponencia a las 2as. Jornadas de Derecho Civil, San Rafael, Mendoza, 1 a 4 de diciembre de 1971, tema IV: La demostración "que de su parte no hubo culpa", ¿es o no equivalente a la prueba de la culpa de la víctima o de un tercero o del caso fortuito?

[22] Sobre la tan conocida distinción entre obligaciones de medio y de resultado, ver Demogue, ob. cit., t. V, 1237, ps. 538 y ss., y t. VI, nº 599, p. 644, ampliamente adoptada en la doctrina nacional. Conf. con el régimen de la prueba mencionado en el texto: Roberto Martínez Ruiz, *Obligaciones de medio y de resultado*, "L.L.", 90-756 y ss. No desconocemos la interesante distinción conceptual hecha por Llambías sobre el punto (ob. cit., t. I, nº 172), quien no obstante aceptar la diferencia entre obligaciones de medio y de resultado, afirma que la distinción en el régimen de la prueba es de hecho, y no de derecho; en el régimen de la responsabilidad contractual lo que se prueba siempre es el incumplimiento, porque en las obligaciones de medio el incum-

Esta interpretación tampoco puede ser defendida. En la mayoría de los supuestos la sola inserción de una multa no puede suponer un resultado, porque ello podría contrariar normas éticas. Por ej., un médico se compromete a prestar asistencia a un enfermo y a pagar determinada suma de dinero si el paciente muere. No tenemos ninguna duda de que dicha cláusula penal es nula por violar las reglas de la ética profesional. Bien dice Litvinoff [23]: "Teóricamente, al menos, las partes deberían ser libres para convertir una obligación de medio en una de resultado. Sin embargo, en la práctica no parece que este tipo de cláusula goce de favor. Además, aun en el caso de que se presentara una previsión contractual de este tipo, su validez seguramente inspiraría serias dudas". Y concluye: "la naturaleza de la prestación debida impide en tales casos garantizar el resultado, por evidentes razones de ética profesional; una solución diferente atentaría contra el orden público".

Es decir, una obligación es de medios o de resultado por su objeto-fin, y la inserción de la cláusula penal no debe producir un cambio en su naturaleza. Analicemos otros ejemplos: un banquero alquila a su clienta una caja de seguridad bajo sanción de que si no entrega las cosas allí guardadas al momento de ser solicitadas, pagará determinada suma de dinero. La obligación del banquero de restituír las cosas depositadas es una obligación de resultado

---

plimiento reside precisamente en haber obrado con culpa. De uno u otro modo, lo concreto es que el obrar culposo debe ser acreditado por el acreedor en las obligaciones de diligencia, llámese a esto prueba de la culpa o del incumplimiento.

Las críticas a la clasificación de las obligaciones en de medio y de resultado han sido reeditadas por Augusto César Belluscio, *Obligaciones de medio y de resultado. Responsabilidad de los sanatorios*, en "L.L.", 1979-C-19, comentario fallo 77.270.

23 Saul Litvinoff, *Cláusulas relativas a la exclusión y a la limitación de responsabilidad*, en "Revista de la Asociación de Derecho Comparado", año 1977, nº 1, p. 97.

en sí misma, y la inserción de la cláusula no tiene absolutamente ninguna incidencia en el régimen de la carga de la prueba de la culpa ante el incumplimiento. En todo caso, deberá acreditar el hecho extraño, imprevisible e inevitable para el banquero. Un trasportista se obliga a trasladar a una persona desde un punto de partida a otro de destino. El vehículo en el cual viaja sufre desperfectos que provocan su vuelco, y el pasajero no llega sano y salvo. Se haya o no pactado una cláusula penal, al pasajero le bastará con probar el incumplimiento; es a cargo del trasportista acreditar el caso fortuito, el hecho de la víctima o de un tercero por quien no debe responder (art. 184 del C. de Comercio).

En un sistema subjetivo, cual es el que subyace en el derecho nacional, pese a las modificaciones introducidas, consideramos que toda inversión de la carga de la prueba debe emanar de la ley o de la naturaleza de la obligación incumplida. Permaneciendo inmodificable el objeto debido y no existiendo disposición que ordene la inversión mediando cláusula penal, también esta solución debe ser rechazada.

*d*) Que el art. 654 rige para las cláusulas penales puras (aquellas que cumplen sólo función compulsoria), en tanto que el 665 regla la cláusula penal impura (que tiene función indemnizatoria)[24].

Esta posición fue esbozada por la doctrina y jurisprudencia uruguaya aunque utilizando distinta terminología. Los profesores de Obligaciones, J. J. Amézaga y J. Bayley, enseñaron en sus clases que una cosa es la cláusula penal y otra la estipulación por la cual se liquidan anticipadamente los daños y perjuicios. Cuando se pacta la primera, el deudor toma a su cargo una gran responsabilidad, y no puede exonerarse invocando la existencia del caso fortuito. En cambio, el que se limita a pactar pura y simplemente el monto de los daños y perjuicios, evita cuestiones sobre el

[24] En este sentido, compulsar Mosset Iturraspe, ob. cit., p. 1245.

importe a pagar en definitiva, pero no toma a su cargo los riesgos que no pueden serle imputados.

Esta distinción es admitida por la jurisprudencia uruguaya desde 1924 en adelante, habiéndose resuelto que "en el sistema legal uruguayo existen dos instituciones, la cláusula penal y la liquidación convencional de los daños y perjuicios; la primera se debe cuando no se cumple la obligación dentro del término debido, aun cuando la falta de cumplimiento provenga de justa causa que le haya impedido verificarlo, mientras que la segunda no se debe si la falta de cumplimiento es por justa causa, es decir, por caso fortuito o fuerza mayor" [25].

Aunque valoramos el notable esfuerzo doctrinal que significa la clasificación apuntada, ya hemos expresado que en el derecho argentino la cláusula cumple una función *ambivalente*. ¿Cómo acreditar qué tipo de cláusula quiso pactarse? Insistimos en que la cláusula penal —tal como está regulada en el derecho nacional— absorbe ambas funciones, por lo que tampoco esta solución resuelve el problema planteado [26].

*e*) Que el art. 665 sólo se aplica cuando la obligación principal es de dar cosas ciertas. Se afirma que la fuente del art. 665 es también el proyecto de Acevedo, el que siguiendo la tradición española previó como un supuesto de excepción a la regla de la inexcusabilidad de las justas cau-

[25] J. J. Amézaga, *La influencia del proyecto Acevedo sobre las obligaciones con cláusula penal en el Código Civil*, y Bayley, apuntes de sus clases, ambos citados por Peirano Facio, ob. cit., nos. 62 y ss.; Juzg. Letr. 1ª instancia, 9/11/44, "Rep. L.L.", VII-1945, p. 266, sumario 36. Conf.: Tribunal de Apelaciones 3º Turno Montevideo, Uruguay, "L.L.", 43-952; Corte Suprema del Uruguay, 21/10/60, en "Rep. L.L.", XXII, p. 206, nº 125; Trib. Apel. 1º Turno, 15/10/56, "Rep L.L.", XXIII, p. 188, nº 192.

[26] El propio autor citado en nota anterior reconoce que salvo los supuestos en que surja clara la voluntad de pactar una cláusula con neta función compulsoria, en los demás casos debe considerarse que ésta es impura. Por ello, concluye recomendando que quienes pacten la cláusula expliciten si su aplicación se ha de producir por el mero incumplimiento o por un incumplimiento imputable.

sas, el de pérdida sin culpa de la cosa cierta a entregar [27].

Tampoco compartimos esta posición. La fuente del art. 665 no es el proyecto Acevedo. Es más, sobre el particular Vélez se apartó *ex profeso* de él al no trascribir la segunda parte del art. 1434. Ello nos parece claro si se tienen en cuenta las siguientes razones: es sintomático que no haya trascrito enteramente el artículo, a lo cual debe sumarse la metodología utilizada, porque el 665 no se coloca en forma inmediatamente posterior al 654, sino que ambos están separados por varios artículos; además, el 665 no distingue, sino que aparentemente sienta una norma general. Incluso una interpretación finalista nos convence de la injusticia de la solución: ¿por qué eximir al deudor cuando la obligación es de *dar* cosas ciertas, y no cuando es de *hacer* un servicio? ¿Por qué no eximirlo cuando deja de cumplir por caso fortuito una obligación de no hacer determinada *ab initio*?

§ 125. *Nuestra posición.* — La tan deseada compatibilización puede lograrse mediante dos tipos de argumentaciones.

*a*) Debe distinguirse entre prestaciones determinadas (dar cosas ciertas, hacer y no hacer) y prestaciones indeterminadas (de género y de cantidad)[28].

En estas últimas, si el caso fortuito opera *antes* de la elección o de la individualización, no eximirá al deudor del pago de la cláusula penal, porque tampoco le impide el cumplimiento de la principal (art. 604 y concs. del C. Civil).

[27] También este camino es recorrido por Mosset Iturraspe, ob. cit., ps. 1245 y ss.

[28] Ubicamos entre las primeras a las obligaciones de género limitado (*unum de certis* o *incertum ex certis*), o sea, la obligación de entregar una cosa incierta a elegir entre un número determinado de cosas (por ej., la obligación de entregar una de las 10 vacas que tengo en mi establo) cuando todas las prestaciones se pierden por caso fortuito.

En cambio, si se trata de prestaciones determinadas o si el caso fortuito se produce después de acaecida la elección o individualización, entonces rige plenamente el art. 665 (arts. 603, 609 y concs. del C. Civil).

Esta solución coincide con las normas generales, pero no es una reiteración inútil, porque —teniendo en cuenta los antecedentes de la norma— se quiso dejar aclarado debidamente que la eximición opera *no sólo* en las obligaciones de *dar* cosas ciertas, sino en todas aquellas de prestación determinada.

*b*) Se puntualiza que la falta de culpa que se invoca como eximente en las obligaciones de prestación determinada, debe interpretarse con criterio restrictivo. Es decir, pactada una cláusula penal, la conducta del deudor debe ser juzgada con mayor severidad que en los casos normales: su más leve culpa le acarreará responsabilidad. En tal sentido se ha dicho: "La invocación del caso fortuito, tratándose de la aplicación de una cláusula penal tiene alguna contra legal, pues aunque existe acuerdo en que la parte final del art. 654 debe aplicarse con suma liberalidad, siempre a ese caso habrá que apreciarlo con mayor severidad"[29].

No se nos escapa que puede imputarse a esta posición el hacer revivir el criterio clasificatorio de la culpa en grados, expresamente repudiado por Vélez en la nota al art. 512 del C. Civil, pero de hecho es que nuestro código no pudo sustraerse a la influencia romana (ver arts. 413, 1724, 2202, 2266 a 2669, nota al 3225, 1462, 1463, etc.). Pues bien: sepa el deudor de una obligación con cláusula penal que deberá extremar las precauciones que le imponen las circunstancias de persona, tiempo y lugar, porque el con-

[29] Cám. Civ. Cap., Sala B, 15/4/66, "Marini c. Soriano", "E.D.", 19-195, "J A.", 1966-III-269, y "L.L.", 122-735; ídem, 22/12/66, "Humansky, Naun, c. Buj", "J.A.", 1967-III-191; Sala D, 14/4/67, "Etchegoin, N., c. Tiesi", "J.A.", 1967-IV-236.

cepto de culpa "se afina" cuando media una cláusula penal pactada [30].

§ 126. *Incumplimiento producido por un hecho imprevisible que tornó excesivamente oneroso el cumplimiento de la principal.* — De todo lo expuesto en el punto anterior se deduce la gran dificultad que presenta resolver si el deudor puede liberarse de la cláusula penal invocando un acontecimiento imprevisible que si bien no hizo imposible el cumplimiento de la prestación, la tornó excesivamente onerosa; es decir, si podría el deudor invocar la teoría de la imprevisión (art. 1198 del C. Civil).

Hace algunos años nos adherimos al criterio de Galli y sostuvimos que el artículo impedía la aplicación del instituto en cuestión [31]. Sin embargo, un nuevo estudio del tema nos inclina a la solución contraria: es ilógico sostener que la teoría de la imprevisión faculta al deudor a no cumplir con la principal, pero lo obliga a prestar la accesoria; por lo demás, el principio de la buena fe probidad impuesto por el art. 1198 debe tener cabida aun cuando se haya pactado una cláusula penal. Reconocemos, no obstante, lo dudoso de la cuestión. La Sala C de la Cám. Nac. de Comercio ha resuelto: "La aplicación lisa y llana de la cláusula penal obrante en la propuesta de compra, dando por inexistentes las circunstancias extraordinarias producidas entre junio y julio de 1975 que produjeron alteraciones de las circunstancias previstas para contratar importa un ejercicio abusivo de un derecho, en tanto se des-

[30] Este afinamiento del concepto de culpa no es extraño a nuestro derecho positivo. A él recurrió la jurisprudencia dominante antes de la sanción de la ley 17.711, para declarar responsable al conductor de un automóvil cuando era demandado por la víctima-peatón. A tal efecto, compulsar Alfredo Orgaz, *Responsabilidad del automovilista*, separata de la "Revista del Trabajo, Seguro y Previsión Social", 1934.

[31] Aída Kemelmajer de Carlucci, ob. cit., "J.A.", Doctrina, 1972, p. 377; Galli, en notas a Salvat, *Obligaciones*, t. I, nº 221a.

vía del fin que la inspiró en el marco de la seguridad contractual prevista, que incluía aun el álea de la inflación, en cuanto ésta, en límites razonables, se suponía iba a sobrevenir" [32].

§ 127. *Incumplimiento producido por hechos imprevisibles cuando existe mora del deudor o pacto de garantía.* — Por aplicación de los principios generales, el deudor deberá la cláusula penal, no obstante la existencia del hecho imprevisible, si éste se produjo cuando ya estaba constituído en mora (arts. 513, 1198, 889, 892, 2203, 2269, 3779, etc.).

También será pasible de la cláusula penal cuando asumió por pacto expreso el caso fortuito. Aunque la doctrina coincide en la validez de los pactos por los cuales el deudor asume los riesgos de la contratación, se disiente en cuanto a la naturaleza jurídica de ellos cuando se ha pactado una cláusula penal. Para algunos, la existencia de esta cláusula no desnaturaliza la pena [33]; en cambio, para otros la penal se ha convertido en un pacto de garantía. En tal sentido dice Spota: "Más que de una cláusula penal, media una estipulación que significa la asunción del riesgo técnico o económico de la locación de obra" [34].

§ 128. *Incumplimiento debido a culpa del acreedor.*— La cláusula penal no se debe si el incumplimiento del deudor debe imputársele al acreedor. Ésta era la solución en el derecho romano (Digesto, libro XLV, título I, fragmento 122, § 3); fue propiciada por Pothier y actualmente es

[32] 7/9/77, "Cabo Bautista, O., c. Luva S.A.", "E.D.", t. 75, p. 621, sumario 51.

[33] Puig Peña, t. IV, vol. I, p. 81; Gatica Pacheco, nº 312.

[34] Alberto G. Spota, *Tratado de la locación de obra*, 3ª ed., vol. II, Depalma, Bs. As., 1976, nº 256. Conf.: Llambías, t. I, nº 360.

aceptada por la doctrina moderna, aun por aquellos que atienden exclusivamente a la función compulsoria [35].

Los códigos no contienen —generalmente— una norma expresa sobre el punto. Hace excepción el art. 1847 del Código de Méjico, que dispone: "No podrá hacerse efectiva la pena cuando el obligado a ella no haya podido cumplir el contrato por el hecho del acreedor, el caso fortuito o fuerza insuperable".

El silencio de la ley se justifica en atención a que una norma expresa en tal sentido sería redundante, porque la solución no hace sino aplicación del principio de que nadie puede alegar su propia torpeza.

Fundándose en la culpa del acreedor un viejo fallo impidió el ejercicio de la cláusula penal: "No procede la pérdida de la suma retenida por el comprador para asegurar la terminación y funcionamiento de las obras de desagüe, si aquél introdujo modificaciones en la casa que entorpecieron el despacho de los certificados finales e impidieron el cumplimiento de la obligación asumida por el vendedor dentro del plazo fijado, y ello, ya se considere la estipulación como cláusula penal o como mero depósito" [36].

Con el mismo criterio, la Cám. Nac. Civ., Sala E, ha resuelto: "Es impropio e ilegal que funcione contra el comprador la cláusula que establece que cualquiera que sea la causa de la no escrituración dentro del plazo convenido, aquél debía abonar una suma determinada, siendo que fue el único contratante que se preocupó que se designara escribano y sobre el cual no pesaba la realización de los trámites que, en definitiva, prolongaron el plazo" [37].

[35] Ver: Mosset Iturraspe, ob. cit., p. 1246; Trimarchi, ob. cit., p. 37, nota 35. Conf. con el principio expuesto en el texto: Polacco, ob. cit., nº 123; Orosimbo Nonato, ob. cit., vol. II, 2ª parte, p. 58.

[36] Cám. Civ. 2ª Cap., 14/10/29, "J.A.", 31-571; conf. ídem, 9/5/23, "J.A.", 10-561.

[37] 17/9/68, "Dell'Olivastro c. Puente", "E.D.", 24-592. Conf.: Cám. Com. Cap., 27/12/40, "G.F.", 150-148; Cám. Paz Letrada, Sala II, 25/7/45, "Falconi, L., c. Luoni Hnos.", "Rep. L.L.", nº VI, p. 151, sumario 1; Cám.

Laurent [38] trae un ejemplo muy ilustrativo: si un mandante se compromete a pagar una cláusula penal al mandatario si le revoca el poder, ésta no se debe si la revocación se efectúa por abuso de confianza del mandatario, porque evidentemente la cláusula se ha pactado para los casos de revocación arbitraria; lo contrario sería legitimar un robo o un delito.

§ 129. *Incumplimiento de la obligación asegurada debido a culpa de ambos.* — Nuestra jurisprudencia tiene resuelto que "si la conducta de las partes autoriza a dudar en cierta medida de su recíproca buena fe en el cumplimiento de lo pactado y él ha sido irregular, no obstante lo cual esas irregularidades fueron mutuamente aceptadas o se consintieron, queda excluída la aplicación de la cláusula penal prevista en el contrato" [39].

En otros casos, en cambio, la mutua culpabilidad sólo ha operado como *correctivo*, y no como factor de eliminación de la cláusula: "La multa diaria estipulada como cláusula penal para el caso de falta de escrituración en el plazo fijado, debe ser aplicada a la demandada con el correctivo que se funda en factores de demora atribuíbles a la actora y que contribuyeron a dilatar la escrituración" [40].

Sin pretender agotar el difícil tema de la concurrencia de culpas (mal llamada compensación de culpas), concluímos con la doctrina y jurisprudencia mayoritaria que los jueces están facultados para valorar ambas culpas y atribuír a cada uno, proporcionalmente, la parte que le corres-

---

Civ. 2ª Cap., 10/6/49, "Clemente Lococo c. Nicolás Caputo S.A.", "L.L.", 56-101; Cám. Nac. Civ., Sala C, 8/3/51, "Macri, José, c. Sánchez", "L.L.", 62-374.

[38] Laurent, t. XVII, nº 438.

[39] Cám. Nac. Civ., Sala B, 13/3/68, "E.D.", 26-369, y "L.L.", 131-973. Conf.: Cám. Com. Cap., 12/5/42, "G.F.", 158-312.

[40] Cám. Nac. Civ., Sala B, 3/9/71, "E.D.", 44-619. Conf.: Mucio Continentino, ob. cit., p. 121, nº 23.

ponde en las consecuencias dañosas; en esta apreciación los jueces están dotados de amplio poder [41]. De este principio deducimos que habiéndose pactado una cláusula penal, ella deberá ser reducida teniendo en cuenta la conducta culposa del acreedor. En supuestos excepcionalísimos podrá llegarse a su eliminación cuando el proceder imputable del deudor no ha tenido relación causal adecuada con el del incumplimiento.

§ 130. *Incumplimiento de las obligaciones a cargo del acreedor.* — En el punto anterior analizamos la situación producida cuando la obligación que está asegurada mediante la cláusula penal no se cumple por el deudor, pero motivado también por una conducta imputable al acreedor. Aquí, en cambio, resolvemos el caso de un deudor que no cumple con las obligaciones a su cargo, a las cuales acceden cláusulas penales, pero a su vez el acreedor no ejecuta acabadamente las suyas; obviamente nos referimos al caso de las obligaciones recíprocas. Estas prestaciones están regidas especialmente por los arts. 1201 y 510. El primero permite oponer la *exceptio non adimpleti contractus* ante el incumplimiento de la contraparte, y el segundo impide la mora de una de las partes si el otro no cumple o no se allana a cumplir.

Parece claro, en consecuencia, que quien invoca la cláusula penal, debe a su vez haber cumplido las obligaciones a su cargo. Este principio ha sido reiteradamente aceptado por nuestra jurisprudencia: "Habiendo faltado ambos contratantes a las obligaciones que les incumbían, ninguno de ellos puede exigir la aplicación de la cláusula penal convenida" [42]. "La aplicación de la pena prevista para el caso de incumplimiento de las obligaciones contrac-

[41] A vía de ej., ver Cazeaux y Trigo Represas, ob. cit., t. I, p. 192.
[42] Cám. Com. Cap., 13/5/42, "G.F.", 158-312.

tuales por una de las partes supone el cumplimiento de las suyas por la contraparte" [43].

§ 131. CONSTITUCIÓN EN MORA.

El tercer requisito se vincula con la constitución en mora.

§ 132. *Antecedentes históricos.* — La regla general en el derecho romano era que la pena se debía desde que existía incumplimiento de la principal.

Es decir, si la obligación era pura y simple, el acreedor tenía derecho a exigir la pena tan pronto como la obligación principal, habiendo podido ser ejecutada, no lo había sido. Pero el deudor podía evitar el pago de la pena cumpliendo con la principal *antes* de que se procediese a la *litis contestatio* [44]. Si había plazo fijado, en cambio, la pena se debía irrevocablemente por el mero cumplimiento de él. Esta solución derivaba —según la mente de los juristas romanos— de la misma naturaleza de las cosas, por lo que Justiniano, rechazando algunos intentos de la época clásica, estableció enfáticamente la innecesariedad de la previa interpelación. En tal sentido, la disposición contenida en el libro VIII, título XXVIII, fragmento 12, del Código dice: "Y si se hubiera añadido que si en el tiempo prefijado no se hubieran ejecutado estas cosas pagará cierta pena, sepa que de ninguna manera puede alegar para evitar esta pena que nadie le avisó. Sino que aun sin aviso quedará sujeto a la misma pena a tenor de la estipulación, porque él mismo debe conservar en su memoria lo que prometió, no pretender que por los demás se le manifieste".

[43] Cám. Nac. Com., Sala B, 10/4/57, "Spiropulos c. Carracedo", "J.A.", 1958-III-10, sumario 117.

[44] Conf.: Bernardo Windscheid, *Diritto delle pandette*, trad. por Fadda y Bensa, t. II, Torino, 1930, nº 285, p. 117; Maynz, ob. cit., t. II, nº 258, p. 449; Petit, ob. cit., nº 474; Van Wetter, t. II, nº 308; Carvalho de Mendonça, t. I, nº 207; Laurent, t. XVII, nº 436.

Ésta era también la solución de las leyes de Partidas (Partida 5ª, título XI, ley XXXV).

Pero el código de Napoleón, siguiendo antigua jurisprudencia francesa, resolvió en contra de este principio, disponiendo: "Se haya o no estipulado término dentro del cual debe cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituído en mora si la obligación es positiva" (art. 1230). Este criterio fue aceptado por los códigos que continúan las líneas generales del francés: por ej., código de Chile (art. 1538), Ecuador (art. 1581), Colombia (art. 1595), El Salvador (art. 1490), Uruguay (art. 1329), etc. En esas legislaciones, en consecuencia, la doctrina no dudó en afirmar que regía para las obligaciones con cláusula penal el mismo sistema de constitución en mora que para la obligación principal, porque en ellos no regía el principio del *dies interpellat pro homine*, ni aun en las obligaciones de plazo cierto [45].

§ 133. *Doctrina nacional anterior a la ley 17.711.* — En nuestro país el legislador omitió reiterar una norma como la mencionada en sus precedentes, e introdujo artículos que aparentemente son contradictorios: el art. 654 parece suponer una mora de pleno derecho, mientras que el art. 655 exigiría la constitución en mora.

Esta supuesta contradicción fue resuelta de distinta forma por nuestra doctrina: la mayoría [46] consideró que regía plenamente el art. 655, fundada en los siguientes argumentos.

[45] Ver, a vía de ej.: Larombière, t. II, art. 1230, nº 2; Baudry-Lacantinerie, t. XIII, nº 1367; Demogue, t. VI, nº 476; Demolombe, t. 26, nº 680; Mourlon, t. II, nº 1303.

[46] Llambías, ob. cit., t. I, nº 361 bis; De Gásperi-Morello, t. III, nº 1530; Salvat-Galli, t. I, nos. 222 y 223; Llerena, t. III, p. 134; Lafaille, t. I, nº 246, que en su *Tratado* se rectifica de la posición contraria que había sostenido en sus clases; Colmo, nº 179; Cám. 1ª Apel. C.C. y Minas de Mendoza, "Ferreyra c. Cahi", "Jurisprudencia de Mendoza", XXXIII, p. 345, 22/4/70; Cám. 2ª C.C. y Minas de Mendoza, "Trudnide c. Correa", "Jurisprudencia de Mendoza", XXXII, p. 134, 7/3/67; ídem, 16/5/67, "Torre c.

*a*) El texto expreso del art. 655.

*b*) El art. 657, referido a las obligaciones de no hacer, quedaría vacío de contenido porque si en todo tipo de obligaciones la mora se produce por el mero cumplimiento del término, no se advierte qué sentido tiene la inclusión del artículo.

*c*) La tesis contraria supone dividir la materia de la mora según exista o no una obligación accesoria; semejante dualidad de régimen requeriría una disposición expresa y categórica.

*d*) La tesis contraria adolece de una rigidez excesiva e inconveniente.

La minoría[47], en cambio, sostuvo que mediando cláusula penal moratoria, el deudor debía la cláusula por el solo vencimiento del término. Se fundaba:

---

Ferrandi", XXXII, 282; Cám. Fed. Mendoza, 25/9/58, "Amaya c. Consejo de Reconstrucción de San Juan", "J.A.", 1959-II-413; Cám. Civ. Rosario, 30/9/55, "Establecimiento Klockner c. Figuerola", "L.L.", 81-226; Cám. Com. Cap., 26/5/50, "Noel c. Botta", en "L.L.", 59-669, y "J.A.", 1950-III-290; Cám. Com. Cap., 30/9/40, "Guagui c. Villar", "G.F.", 148-214; Cám. Com. Cap., 27/7/38, "Rey c. Paolillo", "J.A.", 65-199; Cám. Paz Letrada, Sala I, 27/8/64, "Shine c. De Masgotra", "Rep. L.L.", XXVI, p. 1028, sumario 19, y "J.A.", 1965-I-64; Cám. Paz Letrada, Sala III, 1/4/48, "G.P.", 79-139; Cám. Paz Letrada, Sala V, 19/3/69, "Rubio c. Mogoliansky", "J.A.", 3-1969; Cám. Nac. Paz, Sala IV, 11/2/66, "Cuyen c. Pichón", "J.A.", 1966-II-200; Cám. Nac. Civ., Sala A, "Giangreco c. Leto", 1/10/65, "J.A.", 1966-I-652; ídem, 3/12/59, "Esteban c. Revestido", "J.A.", 1960-III-183; ídem, 11/6/59, "Encina, Manuel, c. Santa María", "L.L.", 95-509, y "J.A.", 1959-IV-385; ídem, 31/8/62, "Alezalde, A., c. Funcia", "L.L.", 109-721, "J.A.", 1963-III-5, sumario 36, y "E.D.", 5-134; Cám. Com. Cap., Sala C, 7/9/60, "Casella c. Gandolfo", "J.A.", 1961-III-6; Cám. Nac. Civ., Sala D, 14/4/67, "Etchegoim c. Tiesi", "J.A.", 1967-IV-236, y "L.L.", 128-672; ídem, 23/5/72, "Centeno c. Vernazza", "L.L.", 146-452; ídem, 18/8/71, "Colombo c. Vocaturo", "E.D.", 44-380; ídem, 14/7/65, "Bradley Eashington c. Legeren", "L.L.", 121-662 (sum. 12.923); Sala E, 23/12/70, "Goldfrad c. Terza", "L.L.", 95-509. El requisito de la constitución en mora se exigía aun en los contratos administrativos; Cám. Nac. Fed., Sala Civil y Comercial, 24/11/60, "Pfeiffer c. Gobierno Nacional", "L.L.", 101-878, y "J.A.", 1961-III-3.

[47] Guillermo Borda, t. I, nº 63; Machado, t. II, p. 381; Edgard Ferreyra, p. 370; Celestino Piotti, p. 72. Tuvo también acogida jurisprudencial: Cám. Nac. Civ., Sala B, 20/11/68, "Braga c. Padilla", "L.L.", 135-433, y

*a*) En los antecedentes históricos de la norma: los textos justinianeos ya mencionados, recogidos por Molitor y la vieja legislación española (Partida 5ª, título XI, ley XXXV).

*b*) En la elocuente circunstancia de que Vélez haya omitido reiterar un principio similar al de su antecedente próximo, el 1230 del C. Civil francés.

*c*) En que la inclusión de la cláusula penal moratoria hace presumir que el término pactado tuvo carácter esencial, y de allí la aplicación de las excepciones previstas en el viejo art. 509: "Es particularmente demostrativa de la intención de pactar la mora *ex re*, la cláusula según la cual se pagará cierta suma por cada día de demora. No admitirla importa un rígido formalismo que desconoce la intención común claramente puesta de manifiesto en tal cláusula" [48].

La tendencia minoritaria fue recogida por el Anteproyecto de 1936, que disponía: "Sólo incurrirá en pena el deudor constituído en mora. En las obligaciones a término será exigible desde el vencimiento". Ésta es la solución del art. 1213 del C. Civil italiano: "Si la obligación principal contiene un término en el cual debe cumplirse, la pena se debe cuando el término se vence; si la obligación no contiene término la pena no se debe por el deudor sino cuando ha sido constituído en mora".

§ 134. *Nuestra propuesta.* — En virtud del carácter accesorio de la cláusula penal, interpretamos que, salvo previsión contractual en contrario, no hay razones para de-

---

"E.D.", 25-658; Cám. Nac. Civ., Sala B, 7/5/65, "Caratozzolo de Meir c. Benbassat", "L.L.", 119-237, y "J.A.", 1965-VI-192; Cám. 2ª C.C. Córdoba, 30/6/59, "Corporación Ghayca c. Eizips", "Rep. L.L.", XXIII, p. 233, nº 48; Cám. Nac. Paz, Sala II, 21/2/62, "Lord c. Iglesias", "J.A.", 1962-III-337, "L.L.", 107-310, y "E.D.", 5-141; Corte Suprema de Salta, 17/3/67, "Keticoglu c. Maigua", "L.L.", 127-397.

[48] Borda, ob. cit., t. I, nº 63.

jar de lado los principios establecidos en el título I de la parte relativa a las obligaciones en general.

En consecuencia, la ley 17.711 ha venido a modificar sustancialmente el planteo formulado antes de su sanción. El art. 655 deberá interpretarse en consonancia con lo dispuesto por el art. 509; la constitución en mora a que se refiere el primero, se produce de la manera prevista en el segundo. Por ello formulamos las siguientes reglas.

§ 135. *a) Obligación principal con plazo esencial.* — Cuando el plazo fijado para el cumplimiento de la principal es esencial o perentorio, el deudor debe la pena por el solo acaecimiento de aquél [49]. Esto parece una verdad de Perogrullo. Si la cláusula penal se adjunta a la obligación de ejecutar un concierto en determinada fecha aniversario, es evidente que el simple incumplimiento hará que se deba *ipso facto* la pena, puesto que la obligación principal es de aquellas que no admiten demora ni tardanza en su ejecución. Es la solución admitida uniformemente por la doctrina.

Esta simple regla requiere, sin embargo, algunas aclaraciones. Operado el vencimiento del término fijado para el cumplimiento de la principal, se produce su *incumplimiento* (parece innecesario recordar que en las obligaciones de plazo esencial no puede hablarse estrictamente de estado de "mora" porque no habrá en definitiva "cumplimiento tardío"). Pero además del *incumplimiento* de la principal, se opera no sólo la *exigibilidad* de la cláusula penal, sino también *su mora.* Resumamos brevemente algunos conceptos: la exigibilidad es un *presupuesto* del estado de mora, pero no se identifica con él. Por ej., en el Código Civil argentino (anterior a la reforma producida por la ley 17.711), vencido el término cierto, la obligación se hacía

[49] Ver antecedentes del derecho francés en Peirano Facio, ob. cit., nº 160, p. 335.

*exigible*, pero la mora no se producía sino mediante la interpelación; hoy es factible pactar que no obstante el vencimiento del término que torna exigible a la obligación, será menester la interpelación para colocar en mora al deudor. Es decir, *conceptualmente* una cosa es la *exigibilidad* y otra *la mora*. Por ello es menester explicar por qué, en el caso que analizamos, el estado de incumplimiento se identifica con el de la mora, salvo que la cláusula penal estuviese sometida a plazo o condición. Insistimos en que para nosotros se trata de un supuesto de mora *ex re* en la obligación de pagar la cláusula penal, porque la esencialidad del plazo previsto para el cumplimiento de la principal "trasciende", "se traslada", "tiñe" a la accesoria. ¿Cuál sería el fundamento legal para poner sobre el acreedor la carga de interpelar? No existe razón legal para que no pesen sobre el deudor los riesgos de la contratación en su plenitud (o sea, tanto en sus elementos esenciales como accidentales) desde el momento en que se produce el incumplimiento en el término perentorio determinado. Por ej., una persona se obliga a trasportar un caballo al hipódromo el día fijado en que se corre un gran premio, bajo sanción de que si el animal no llega en el día determinado, el acarreador deberá pagar una pena cuyo objeto consiste en dos potrillos pura sangre que tiene en su *stud*. Si el deudor incumple con su obligación de trasladar, cae también en mora en su obligación de dar los dos potrillos; por eso, si éstos mueren al día siguiente —aun por caso fortuito—, deberá su valor (arts. 579, 893, 889), aunque el acreedor de la pena no lo hubiese interpelado para que entregara la accesoria. Insistimos, cuando la pena no está sometida en sí misma a una modalidad, la mora se produce juntamente con la de la obligación principal.

§ 136. *b*) *Obligación principal sometida a plazo cierto*. — Si la obligación principal es a plazo cierto, el deudor debe la pena y la principal por el solo vencimiento del

término. La solución inversa supondría una contradicción en los propios términos de la ley, porque la pena, en lugar de hacer más fuertes los derechos del acreedor, los debilitaría: resulta que si la obligación no está reforzada mediante cláusula penal, el deudor cae en mora por el solo vencimiento del término (art. 509, 1ª parte); en tanto que si lo está se requiere interpelación. Tan ilógica solución nos convence de que si la obligación es a plazo cierto, se haya o no estipulado una cláusula penal, el deudor se halla en mora por el solo vencimiento del término. Y este simple paso del tiempo torna *exigible* la cláusula penal [50].

Pero esta *exigibilidad,* ¿produce también la constitución en mora de la obligación que contiene el negocio cláusula penal? Podría sostenerse que no, acudiendo precisamente al principio de la autonomía negocial de la cláusula que venimos propiciando; es decir, podría considerarse que la mora del negocio principal no se traslada al accesorio; que el vencimiento del término fijado para la principal ha hecho nacer a la cláusula penal como una obligación *pura* y *simple,* y que ésta, como tal y según la opinión mayoritaria, requiere la interpelación para la constitución en mora [51].

Estamos convencidos de que esa solución no puede prosperar, no sólo porque contraría toda la dimensión dinámica de la mora que la reforma del año 1968 incorporó a nuestro ordenamiento positivo, sino porque *olvida* la finalidad punitoria o sancionatoria del instituto en estudio. Dicha función —causa final del negocio— no puede dejar de contemplarse sin riesgo de parcializar el problema. La necesidad de la interpelación supone borrar la función aflictiva de la pena permitiendo al deudor nuevas dilacio-

[50] Conf.: Augusto M. Morello, su correspondencia epistolar de marzo de 1978, quien aclara así su opinión vertida en su magnífica obra *El boleto de compraventa inmobiliario,* Ed. Platense, La Plata, 1975, p. 692, donde incidentalmente parece opinar lo contrario.

[51] Ver autores citados en notas 56 a 59.

nes. También en este caso el plazo fijado para la principal trasciende a la cláusula penal. Salvo que ésta estuviese sometida a alguna modalidad, debe considerarse que el plazo fijado para la principal lo ha sido también para la accesoria.

El art. 654 del C. Civil da un fuerte apoyo a nuestra posición. Sin olvidar la interpretación que hemos hecho de él en el punto anterior, debe recalcarse que también da pie para interpretar que desde que se produce el vencimiento del término convenido, el deudor soporta *todos los riesgos de la cláusula penal,* aunque por justas causas no hubiese cumplido con la pena, precisamente porque *ya ha caído en mora,* sin necesidad de interpelación a cumplir con la sanción. Es decir, el valor de la cláusula penal se debe aunque no se pueda cumplir con ella por causas no imputables al deudor, cuando se está en mora en la obligación de pagar la pena; y la constitución en mora se opera cuando la obligación principal es a plazo cierto y la cláusula no está sujeta a modalidad, desde que se opera el vencimiento de éste. Aun a riesgo de ser reiterativos, pretendemos explicar mejor nuestra idea por medio de un ejemplo: Juan se obliga a construír sobre un inmueble un edificio de determinadas características en un plazo cierto, imponiéndose como sanción para el supuesto de cumplimiento tardío la entrega de cierta cantidad de materiales de fabricación extranjera por cada día de demora. Vencido el término estipulado se produce la exigibilidad de la pena; posteriormente se cierra la importación de los mencionados materiales; el deudor, aunque no haya sido interpelado para la entrega de ellos, debe su valor, porque su mora le impide la invocación del hecho del príncipe (arts. 513 y 889). La obligación de dar los materiales de importación debe ser juzgada como de plazo cierto vencido y, por ende, aplicar el art. 509 en su primer apartado. Ésta es la razón por la cual en el capítulo III admitíamos la

revaluación de la cláusula penal dineraria a partir de la mora de la principal [52].

La solución que propiciamos rige tanto para las penas moratorias como para las compensatorias. Peirano Facio y la Sala C de la Cámara Nacional Civil, en cambio, sostienen que en las últimas puede ocurrir que sea necesaria la constitución en mora por el cumplimiento de la accesoria. Fundan su posición en que, producido el incumplimiento imputable, nace para el acreedor una opción: requerir la principal o la pena; la determinación de cuál de dichas posibles realizaciones obligatorias tendrá efectivamente lugar queda a cargo del acreedor: "Si el deudor sólo puede hacer efectiva su obligación penal desde el momento en que el acreedor le haya hecho manifestación de que opta por la ejecución de ella, resulta que, antes de esa elección del acreedor, el deudor tiene una obligación que no puede cumplir". Por eso, "cuando la cláusula penal o la obligación principal no se exigen por el acreedor inmediatamente de cumplirse la constitución en mora del deudor, o cuando al tiempo de intimarse la mora no se ha hecho constar de modo auténtico cuál es la prestación que el acreedor pretende que se cumpla, es preciso proceder a una segunda intimación" [53].

No compartimos el criterio propuesto. Es cierto que la opción está en cabeza del acreedor, pero también lo es que el deudor tiene derecho a liberarse; de allí que esté facultado para recurrir a la consignación, salvo supuestos de excepción [54]. En consecuencia, vencido el término, el

[52] Ver § 107. Conf. con la solución para el derecho brasileño: Mucio Continentino, ob. cit., p. 86.

[53] Peirano Facio, ob. cit., nº 163, p. 345; Cám. Nac. Civ., Sala C, 22/11/79, "Petracca c. Corona", "L.L.", 1980-B-328, fallo 78.253; 12/2/81, "Sciannameo c. Gelvan", en "L.L.", 1981-B, fallo 79.639.

[54] Sobre el derecho a consignar del deudor moroso ver Carlos A. Lagomarsino, *El pago por consignación en las obligaciones de dar sumas de dinero*, en *Homenaje a la memoria del profesor Alfredo Colmo*, Perrot, Bs. As., 1962, p. 103; Cazeaux-Trigo Represas, t. II, vol. 2, p. 179.

deudor ha caído en mora en ambas obligaciones (principal y accesoria), porque si pretendió liberarse de la pena debió consignar la principal con sus accesorios. Por eso no es totalmente exacta la afirmación de que "el deudor tiene una obligación que no puede cumplir". Insistimos que requerir la interpelación contraría la sistemática general de la figura.

Para Barbero, en cambio, se cae en mora en las penas compensatorias, "no bien tuvo lugar el incumplimiento definitivo de la prestación"; para las moratorias es "imprescindible que haya cesado el estado de mora en el cumplimiento de la principal"; se funda en el art. 1198, afirmando que esto es lo que verosímilmente las partes entendieron [54-1].

Reiteramos que estas concepciones desnaturalizan la concepción dinámica que la ley 17.711 incorporó al ordenamiento argentino.

§ 137. *c) Obligación principal sometida a plazo incierto.* — Si la obligación principal estuviese sometida a un plazo determinado incierto, será necesaria una comunicación recepticia por la cual el acreedor comunique al deudor el advenimiento del hecho para que se torne exigible la cláusula penal. Obviamente no desconocemos la fuerte tendencia doctrinal que afirma que también en este tipo de obligaciones rige la regla *"dies interpellat pro homine"*, que consagra el primer párrafo del art. 509. Sin embargo, esta posición puede llevar a contrariar el principio de la buena fe contractual (art. 1198 del C. Civil), en razón de que el deudor puede desconocer el acaecimiento del hecho previsto por las partes, precisamente por tratarse de circunstancias que aunque deben acaecer necesariamente, no se conoce cuándo ello ocurrirá. Nos adherimos así a Alterini,

54-1 Omar U. Barbero, *Indexación de las deudas de dinero*, nº 134.

que exige en estos casos una simple comunicación recepticia [55].

§ 138. *d) Obligación principal sometida a plazo tácito.* — Si la obligación principal está sometida a plazo tácito, el deudor no debe la pena sino a partir de la interpelación efectuada por el acreedor. Insistimos que aunque se trate de una pena compensatoria no acumulable a la principal, bastará con que el acreedor intime al cumplimiento de la principal, siendo innecesario un nuevo requerimiento. Es decir, aun cuando en la interpelación requerida para constituír la mora, el acreedor no haya hecho constar que opta por una u otra prestación, el deudor habrá caído en mora tanto en su obligación de pagar la principal, como en la de satisfacer la pena, pues si quiso liberarse de ella debió consignar la principal con todos sus accesorios.

§ 139. *e) Obligación principal pura y simple.* — Igual solución rige cuando la obligación principal es pura y simple; es decir, será necesaria la interpelación para que el deudor quede constituído en mora y se haga exigible el cumplimiento de la pena. La doctrina argentina mayoritaria sostiene que aunque las obligaciones puras son exigibles desde su concertación, se requiere interpelación para la constitución en mora. Los fundamentos dados a esta solución son variadísimos, pero todos llevan al mismo puerto: Borda y Bustamante Alsina [56] consideran que en estas obligaciones existe un plazo, que está dado por el momento en que el acreedor exige el cumplimiento de la obligación. Entienden, además, que la problemática de la

[55] Atilio A. Alterini, *Mora, enriquecimiento sin causa, responsabilidad*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1971; Aída Kemelmajer de Carlucci, *La mora en las obligaciones puras y simples*, "L.L.", 1976-A-408.

[56] Guillermo Borda, *La reforma del Código Civil. Mora*, en "E.D.", t. 29, p. 758; Jorge Bustamante Alsina, *Teoría de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Bs. As., p. 95.

mora se rige por las normas legales específicas respectivas a las obligaciones según los contratos de los cuales ellas deriven; se dice que "son casos de obligaciones sin plazo en los que el cumplimiento de la obligación está diferido a la potestad de cada una de las partes o de ambas". Esta posición ha sido criticada por Boffi Boggero [57], sosteniendo que no puede hablarse de "plazo" prorrogado por el tiempo que el deudor tarda en cumplir sus obligaciones, porque el plazo supone posponer la exigibilidad de la obligación; debe hablarse simplemente de una actividad del acreedor que denota interpelación. Para otros autores, el requisito de la interpelación surge de la circunstancia legal de no contener el art. 509 una norma general, sino regular casos específicos, por lo que todo supuesto no contemplado debe resolverse bajo la norma subyacente que se estima es la de la interpelación. Por eso la mora se produciría cuando vence "el razonable emplazamiento para cumplir, del que no cabe prescindir" [58]. Se agrega a este argumento el que "siendo la mora una situación de imputabilidad, ella sólo resulta *ministerio legis* en los casos en que taxativamente lo establece, lo que no acontece con las obligaciones puras y simples" [59]. Por último, una tercera posición a la cual nos hemos adherido antes de ahora —y que tiene grandes puntos de contacto con la primera esbozada—, sostiene

[57] Luis M. Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones*, t. 2, ed. Astrea, Bs. As., 1973, p. 167.

[58] Jorge J. Llambías, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. II, p. 841. Conf.: Patricio Raffo Benegas y Rafael A. Sassot, *Mora (art. 509 del C. Civil)*, en "J.A.", Doctrina, 1970, p. 764; Ramella, *La mora*, doctrina en torno del Código Civil, en "L.L.", t. 140, ps. 1040 y ss.

[59] Jaime Verdaguer González, *Consideraciones en torno a la mora del deudor en la reforma (ley 17.711)*, en "Rev. Jurídica", nº 21, Tucumán, U. Nac. de Tucumán, 1970, p. 240. En cuanto a la norma que subyace para resolver todo supuesto no contemplado en el nuevo art. 509, las opiniones son discordantes. Así, a la tesis expuesta en el texto, se opone la de Bustamante Alsina (ob. cit., p. 93), que extrae de la primera frase del art. 509 esta conclusión: "Sentar un principio general según el cual la mora automática (*ex re*) cubre todos los casos no exceptuados absorbiendo en el mismo todas las hipótesis de mora legal".

que las obligaciones puras y simples pueden ser enmarcadas dentro del 2º párrafo del art. 509, es decir, el que fija el régimen de las obligaciones de plazo tácito. Ello, en razón de que el Código argentino, a diferencia de otros de la legislación comparada (por ej., art. 1494 del C. de Chile; 1551 del C. Civil de Colombia; 1365 del C. Civil de El Salvador; 1537 del C. Civil de Ecuador; etc.), no contiene una definición de plazo tácito. Esta circunstancia permite al doctrinario formular un concepto con mucho mayor libertad [60]. En tal sentido debe decirse que generalmente se admite que tengan cabida dentro de él no sólo aquel plazo que se deduce de circunstancias objetivas (como puede ser el lugar de cumplimiento, la naturaleza de la prestación, el fin de la obligación), sino igualmente de circunstancias subjetivas (es decir, aquel que surge de la conducta de las partes posterior a la concertación de la obligación). No desconocemos la crítica que a tal postura encierra implícitamente la obra de Llambías y expresamente la monografía de Ramella, cuando sostienen que este enfoque supone dar una extensión desmesurada al concepto de plazo, ya que éste difiere la *exigibilidad* de la obligación, mientras que las obligaciones puras y simples pueden ser exigidas en cualquier momento por el acreedor. Pensamos que estos argumentos han sido exitosamente rebatidos por Moisset de Espanés, quien afirma que como las obligaciones puras y simples son exigibles desde su nacimiento, si no se cumplen en esta etapa, es que el acreedor está otorgando implícitamente un plazo para su cumplimiento; pero ello no significa que ha renunciado a su exigibilidad, ya que de la propia naturaleza de la obligación surge que ésta no está diferida en el tiempo [61]. Como en-

[60] Destaquemos que aunque el Código Civil contuviera tal definición, ella no obligaría al intérprete por no ser una norma ordenatoria.

[61] Luis Moisset de Espanés y Enrique Merino, *Reflexiones sobre la clasificación de los plazos, la mora y la obligación de inscribir una trasferencia de automotores*, en "E.D.", t. 41, p. 1007. Ver, para mayores argumentacio-

seña Larombière, en estos casos la interpelación hace "nacer y decaer el plazo al mismo tiempo" [62].

§ 140. *f) Obligación principal sometida a plazo indeterminado.* — Si la principal está sometida a un plazo incierto indeterminado se requerirá la fijación judicial del plazo, vencido el cual deben aplicarse los mismos principios explicados para las obligaciones de plazo cierto.

§ 141. *Validez de los pactos que eximen de la carga de interpelar.* — ¿Es válido el pacto por el cual las partes estipulan que la pena se deberá sin necesidad de interpelación previa en aquellos supuestos en que es legalmente exigible? Llamativamente, Puig Peña [63] contesta en forma negativa. Larenz, en cambio, se pronuncia por la validez; nosotros nos adherimos al autor alemán, pues si las partes pueden pactar que la pena se debe no obstante el incumplimiento inimputable, no vemos razón para negar validez a la estipulación que elimina el requisito de la constitución en mora para la procedencia de ella [64].

§ 142. *El problema en las obligaciones negativas.* — Dispone en términos enfáticos el art. 657 del C. Civil: "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".

Según la doctrina generalizada, esta norma encuentra su justificación en que las obligaciones de no hacer, por

---

nes, nuestra nota a fallo en "L.L.", 1976-A-408. En contra: Rodolfo B. Rotman, *Exigibilidad directa o necesidad de previa interpelación luego de reformado el art. 509 del C. Civil*, en "L.L.", 1976-C-255, y Gurfinkel de Wendy, *Revaluación de deudas dinerarias*, Depalma, Bs. As., 1976, p. 76. Estos dos autores confunden, a nuestro entender, el estado de mora con su presupuesto objetivo.

[62] M. Larombière, ob. cit., t. I, p. 477. Conf.: Luis de Gásperi y Augusto M. Morello, ob. cit., t. II, p. 233.

[63] Puig Peña, t. IV, vol. I, p. 82.

[64] Larenz, t. I, p. 370.

su propia naturaleza, no son susceptibles de retardo, y que sólo por una impropiedad del lenguaje puede decirse que en ellas el deudor cae en mora por la sola comisión del hecho, cuando en realidad allí existe directamente incumplimiento [65].

No obstante el rigor de los términos, contenidos igualmente en sus precedentes (arts. 1557 y 1538 del C. Civil de Chile; 1230 del C. Civil francés; 1433 del Proyecto de Acevedo; etc.), la doctrina se ha preocupado en efectuar algunos distingos. Tal como hemos expuesto al analizar los diversos tipos de cláusulas, los autores han diferenciado los casos en que la cláusula se pacta con la finalidad de garantir el cumplimiento mismo, de aquellos en que se estipula previendo los efectos de dicho incumplimiento; en el primer supuesto la pena se debe aun cuando del incumplimiento no resulte perjuicio alguno para el acreedor. Recordamos el famoso ejemplo proporcionado por la doctrina francesa e italiana: cuando la cláusula penal accede a una transacción o una partición, es indudable que se ha querido garantir los simples inconvenientes que pudieran derivar del ejercicio de la acción, aun cuando ésta no prospere y en definitiva no produzca daños [66]. En cambio, en otros supuestos pareciera que la pena se ha pactado sólo para el caso en que la violación a la obligación de no hacer produzca sus efectos (por ej., en la obligación de no alquilar a persona con determinadas características), por lo que la simple violación del deber no produciría la exigibilidad de la pena.

[65] En contra de esta posición, ver el valioso trabajo de Luis Moisset de Espanés, *Las obligaciones de no hacer y la mora*, en "J.A.", Doctrina, 1974-676, quien entiende que es posible que el deudor caiga en mora en las obligaciones de no hacer que no se agotan en una sola prestación única o instantánea, sino que suponen situaciones de pasividad permanente.

[66] Ver: Marcadé, t. IV, nº 652; Demolombe, t. XXVI, nos. 681 y 687; Giorgi, t. IV, nº 457; Pothier, *Obligaciones*, nº 348; Gorla, t. I, p. 239; señala este último que en el derecho actual esta cláusula podría ser atacada de nula por coartar el derecho de defensa en juicio.

Consideramos que éstas son soluciones de equidad y que sólo pueden tener cabida en casos excepcionales, en los cuales aparezca clara la voluntad de las partes; en estricto derecho la pena es exigible en todos los casos, aun cuando la inejecución de lo pactado no haya causado perjuicio al acreedor (arts. 656 y 657), porque, precisamente, éste se presume.

Concluímos, con Larombière, que en las obligaciones de no hacer la pena se debe por el mero incumplimiento, aun cuando no se hayan producido los efectos perniciosos que se pretendió evitar, sin perjuicio de otorgar a los tribunales la facultad de investigar cuál fue la verdadera intención de las partes, la que deberá aparecer, sin embargo, como *indubitable* para eximir del pago de la pena [67].

Señalamos, además, que debido al carácter definitivo de la pena, ésta se debe aunque luego el acreedor pierda el interés que tuvo en cuenta al establecerla. Por ej., la pena prevista en una convención de no instalarse (cláusula de no competencia) se debe aunque el acreedor venda su fondo de comercio; por esa razón, el acreedor conserva el derecho a la cláusula moratoria devengada desde que se produjo el incumplimiento hasta que procedió a la venta del negocio [68].

E insistimos en que la pena se debe desde que tal incumplimiento se produce, aun cuando sea una multa compensatoria. Por ello, rechazamos el criterio de la Sala D de la Cám. Nac. de Comercio cuando resolvió que "si en el pacto existen dos obligaciones (una no comerciar, y otra pagar una multa si se comercia), cada una de ellas tiene su propio régimen de infracción y de mora, de suerte que si se trata de determinar cuándo ocurrió la mora res-

[67] Larombière, t. III, art. 1230, nº 5. Conf.: Gatica Pacheco, nº 318; Mucio Continentino, p. 94, nº 18.

[68] Conf.: Von Tuhr, t. II, § 86, p. 237, nota 3; Busso, art. 632, nº 107.

pecto del pago de la multa convencional, por aplicación del principio *favor debitoris* (art. 218, inc. 7, del C. de Comercio) la imposición de los accesorios deberá computarse desde el emplazamiento, y no como pretende la actora desde la reiniciación del comercio" [69]. El Dr. Alberti, preopinante de la causa, sostiene en su voto que debe distinguirse entre la mora en el cumplimiento de la obligación de no hacer (más que mora, incumplimiento) y la de la cláusula penal. Y afirma: "Si en esta figura nos halláramos ante una sola obligación, con dos prestaciones de alternatividad subsidiaria (no comerciar, o pagar la multa), yo diría que la infracción a la primera prestación coloca en mora respecto de la restante. Pero si el análisis revelara en el pacto dos obligaciones (una no comerciar, y otra pagar una multa si se comercia), me resulta difícil sostener lo mismo. Bien pudiera decirse que cada una de ellas posee su propio régimen de infracción y de mora. Y paréceme que la multa convencional no es apenas una segunda prestación de la misma obligación, sino una obligación distinta, aunque accesoria en general". Termina sosteniendo que si el acreedor hubiese reclamado el cumplimiento de la principal, es decir, la cesación de la actividad comercial, la pena no se hubiese debido, lo que hace menester la interpelación al pago de la pena. De los principios expuestos precedentemente se deduce el error del fallo que comentamos. La pena convencional supone —como tantas veces lo hemos dicho— la existencia de *una sola obligación*, no teniendo el deudor la posibilidad de liberarse mediante el pago de la pena. Tal como hemos explicado al analizar el supuesto de la mora en las obligaciones de plazo cierto, la opción que el acreedor tiene de reclamar la principal o la accesoria, no impide que la mora de la multa se produzca en forma concomitante con la de la principal. Si alguna

[69] 3/11/78, "Loyevnicov, E., c. Yandelevich", "L.L.", 27/11/78, fallo 76.604.

duda puede caber en otro tipo de obligaciones, en las de no hacer la solución es clara ante el categórico texto del art. 657 del C. Civil.

§ 143. EL DAÑO CAUSADO.

Hemos afirmado reiteradamente que la cláusula penal en el derecho nacional no constituye una simple liquidación anticipada de los daños, pues presenta un carácter compulsorio que la aleja de éstos. Siendo congruente con esta posición, el Código ha resuelto que el deudor no podrá eximirse de satisfacer la pena probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno (art. 656).

El codificador zanjó así toda dificultad interpretativa. En cambio, en el derecho francés, la inexistencia de una norma categórica motivó algunas discrepancias doctrinales. Por ej., Dalloz [70] sostuvo que si el incumplimiento no produjo perjuicios, la pena no se debe. Esta posición está indudablemente influída por la finalidad liquidadora de perjuicios que predomina en el derecho francés. Sin embargo, es hoy criterio predominante —aun en ese país— que la modificación más importante que la cláusula penal produce en el régimen común de la indemnización de daños, es la de la innecesariedad de acreditar la existencia y el monto de los perjuicios. Afirma De Page que la ley presume que las partes, al estipular la cláusula penal, implícitamente reconocen que la inejecución o retardo será siempre dañoso [71].

Nuestra jurisprudencia tiene reiteradamente dicho que la fijación de una cláusula penal releva al acreedor de la prueba del daño efectivamente sufrido, porque si el deudor pudiera eximirse de satisfacer la pena probando que

[70] Dalloz, *Obligaciones*, nº 1595, citado por Demolombe, t. 26, nº 663.
[71] De Page, t. 3, nº 124.

el acreedor no ha sufrido daños, se habría hecho de la cláusula penal una estipulación completamente inútil [72].

Por eso debe afirmarse, con Rezzónico, que esta indemnización es ficticia y arbitraria en tanto y en cuanto no guarda relación alguna con los daños [73].

Por último, cabe señalar que el art. 656 es supletorio de la voluntad de las partes, por lo que éstas podrían pactar que sólo habrá lugar a la pena si el incumplimiento acarrea daños [74]. Como se analizó al tratar las obligaciones de no hacer, esta estipulación no requiere términos sacramentales y podrá resultar del contexto general del contrato interpretado con criterio restrictivo para no vulnerar la función compulsoria.

[72] Cám. Nac. Civ., Sala B, 15/4/66, "Marini, José L., c. Soriano y Sasson, Isaac, y otro", "J.A.", 1966-III-269; "L.L.", 122-735; Cám. Nac. Civ., Sala B, 17/11/54, "Cotos y otro c. Lipana y otro", "J.A.", 1955-III-66.

[73] Rezzónico, vol. I, p. 244. Conf.: Busso, t. IV, art. 652, nº 77.

[74] Demogue, t. VI, nº 487; Gatica Pacheco, nº 319.

## Capítulo VI

# EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL

La temática desarrollada en los capítulos anteriores ha dado las bases necesarias al que debemos abordar. Respondemos al interrogante ¿qué consecuencias produce la incorporación de la estipulación penal?

A fin de ordenar los conceptos es necesario separar el análisis de los efectos que se producen cuando existe pluralidad de sujetos. No es que en este caso no operen también las consecuencias que señalamos en la primera parte, sino que la pluralidad produce efectos particulares que es menester examinar por separado.

## Parte primera

# EFECTOS EN GENERAL

### § 144. Derechos del acreedor.

Nos proponemos analizar la extensión y límites de los derechos del titular de la cláusula penal.

§ 145. 1) *A exigir el cumplimiento de la obligación principal.* — Es un principio indiscutible que la inserción de una cláusula penal no obsta a que el acreedor exija el

cumplimiento de la principal. El Código francés dispone en su art. 1228 que el acreedor, en lugar de pedir al deudor moroso la pena estipulada, puede exigir de él la ejecución de la obligación principal. En nuestro Código surge implícitamente del art. 659.

Negar este principio universalmente aceptado sería contradictorio, porque el acreedor de una obligación con cláusula penal se hallaría en peor situación que el de una simple obligación pecuniaria, cuando precisamente estas estipulaciones accesorias refuerzan o amplían los derechos del acreedor ensanchando el haz de facultades que ordinariamente le corresponden [1].

Significaría igualmente una excepción injustificada al sistema general de las cauciones; así, por ej., nadie duda de que el acreedor retenedor no sólo tiene derecho a permanecer en la tenencia de la cosa ajena hasta tanto le sea pagado lo debido en razón de ella, sino que también tiene derecho a exigir el cobro de su crédito.

Además supondría el derecho del deudor a liberarse de la principal pagando la cláusula penal, expresamente negado por el art. 658 del C. Civil.

Un viejo fallo de la Cám. Com. de la Capital parece contradecir el principio expuesto: "La sociedad anónima no tiene derecho a exigir el cumplimiento del contrato de suscripción de acciones si el suscritor ha incurrido en mora en el pago de sus cuotas y han caducado, por ello, todos sus derechos, según la cláusula penal estipulada" [2]. El caso era el siguiente: una sociedad anónima demandó al suscritor el cumplimiento del contrato de suscripción; pero en éste existía una cláusula por la cual si el deudor (suscritor)

[1] Conf.: Marín Pérez, ob. cit., t. XIX, p. 924; Barbero, ob. cit., t. III, nº 636; Peirano Facio, ob. cit., nº 177; Ruiz Vadillo, ob. cit., p. 403.

[2] Cám. Com. Cap., 16/6/31, "Teatro 25 de Mayo S.A. c. Corte", "J.A.", 35-1431. La ley 19.550 resuelve la cuestión expresamente en el art. 193, facultando a la sociedad a optar por la caducidad de los derechos o por el cumplimiento de la prestación.

no regularizaba su mora en el pago de las cuotas vencidas en el término de tres meses, la acción caducaba, pasando el valor de las cantidades entregadas al fondo de reserva, perdiendo el suscritor todo derecho a los dividendos. Tanto el juez de primera instancia como la Cámara consideraron que habiendo trascurrido los tres meses previstos en el contrato, la acción había caducado de pleno derecho, no existiendo acción para el cumplimiento de la principal, sino tan sólo derecho a retener la cláusula penal pactada. Como lo explicaremos oportunamente (§ 168), debe distinguirse la facultad resolutoria de la cláusula penal pactada para el caso de resolverse el contrato. Ambas tienen como presupuesto el incumplimiento, pero conceptualmente no se confunden. En ese supuesto —al parecer— se había previsto un pacto resolutorio de características propias, en tanto y en cuanto operaba en pleno derecho; es en virtud de la resolución del contrato que se extinguieron las obligaciones principales, y en razón del pacto expreso la sociedad anónima tenía derecho a retener las sumas entregadas (lo que operaba como cláusula penal). El impedimento para reclamar la principal no surgía de la existencia de una cláusula penal sino de haberse operado *ipso iure* la resolución (*infra*, § 306).

§ 146. *El pacto expreso en contrario.* — Nuestro Código Civil, adoptando el principio de autonomía de la voluntad, admite que las partes pacten *expresamente* que el deudor podrá liberarse mediante el pago de la pena (art. 658). También es válida, en consecuencia, la similar convención por la cual se impide al acreedor exigir la prestación principal, limitando su derecho a reclamar la pena.

Vinculado a tales convenciones, es necesario insistir en los siguientes aspectos.

*a*) Que nuestro Código Civil, siguiendo la tradición española (art. 1153 del C. Civil español), exige una mani-

festación *expresa* de la voluntad, siendo insuficiente la manifestación tácita (art. 918 del C. Civil argentino)[3]. Este requisito fue mantenido en el proyecto por la Comisión de Estudios Legislativos. Spota propuso su supresión, reemplazándolo por una expresión más amplia (que el derecho surja *inequívocamente* de la convención); pero su proposición no prosperó, pronunciándose la Comisión por el criterio de Lafaille, quien alegaba que en esta materia no debía darse al juez libertad para interpretar, porque la cláusula penal no debe ser nunca un recurso para que el deudor se exima, por su propia voluntad, del cumplimiento de la obligación[4].

La jurisprudencia nacional y extranjera ha exigido, con buen criterio, el pacto expreso[5].

*b*) Que aunque el Código Civil —siguiendo la tradición francesa y española— legisla este supuesto entre las disposiciones relativas a la cláusula penal, no debió hacerlo, porque en realidad esta convención no tiene naturaleza de tal.

[3] La exigencia de pacto expreso es mencionada también por los clásicos franceses. Ver: Demolombe, t. XXVI, nº 652; Baudry-Lacantinerie, t. II, nº 1347.

[4] Ver Comisión de Estudios Legislativos, ob. cit., *Actas*, t. III, p. 139.

[5] Ha dicho un tribunal de El Salvador: "No es dable convertir una cláusula penal en una obligación facultativa, si es muy clara la intención de los contratantes, debiendo estarse a ella más que a la literalidad de las palabras" ("Serpas c. Díaz"; "J.A.", t. 57, sec. Jur. Extranjera, p. 5). La Suprema Corte de Bs. As. también ha exigido el pacto expreso: "La cláusula del boleto de compraventa según la cual, si la venta no se efectuara por culpa del vendedor, cualquiera fuera la causa, él deberá devolver al comprador las sumas recibidas más un importe igual a título de indemnización, configura una cláusula penal en los términos del art. 652 del C. Civil, y conforme al art. 658 de dicho Código —inspirado en el principio de que la cláusula penal constituye como regla una estipulación hecha en favor del acreedor— el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente se hubiere reservado ese derecho" (11/8/64, "Dell'Aglio, Nicolás, c. Zubiri, Balbino", "D.J.B.A.", 72-93, y "E.D.", 14-293, sum. 68). Es también el criterio de la Cám. Nac. Civ., Sala A: "El deudor no puede eximirse del cumplimiento de su obligación pagando la pena estipulada, o los daños y perjuicios, a menos que expresamente se hubiera pactado ese derecho" (31/11/67, "García, N., c. Salvador", "J.A.", 1968-II-71).

*Si al acreedor se le niega el derecho* de exigir la obligación principal, no existe ningún vínculo de subordinación que distinga una obligación principal y otra accesoria, porque paradójicamente el acreedor sólo tiene "derecho" a la accesoria. Existe simplemente una novación objetiva condicionada al incumplimiento del deudor [6].

Si la cláusula está redactada *concediendo al deudor el derecho* de liberarse mediante el pago de la pena, se da una suerte de obligación facultativa en su favor, porque si bien el objeto de la obligación sigue siendo la principal, el deudor puede liberarse con el pago de la pena [7]: No obstante, existe entre ambos tipos de obligaciones una diferencia muy sutil; mientras en las facultativas el *acreedor* no tiene opción (art. 646)[8], debiendo siempre reclamar la principal (salvo el supuesto de excepción previsto en el art. 648), en la cláusula penal puede reclamar una u otra, sin perjuicio de que el deudor haga uso del derecho excepcional a liberarse mediante el pago de la pena.

§ 147. *El derecho a exigir la principal en las obligaciones de hacer.* — El derecho en cuestión reviste algunas peculiaridades cuando la cláusula penal accede a obligaciones de hacer.

[6] Recuerda Maynz (t. II, p. 258, nota 20) que Paulo expresa que en estos casos existe una *quasi novatio*; conf. Huc, t. VII, nº 372; Busso, t. IV, art. 659, nº 5.

[7] Van Weter, t. 2, nº 309; Gatica Pacheco, ob. cit., nº 323; Ospina Fernández, ob. cit., nº 202. En cambio, el Código del Brasil dispone llamativamente en su art. 918: "Cuando se estipula la cláusula penal para el caso de total incumplimiento de la obligación, ésta se convierte en alternativa a favor del deudor". De modo tal que en la legislación del vecino país, el pacto está implícito en la pena compensatoria. Ésta era también la solución en el Código mejicano de 1884, hoy derogado (art. 1316). Ver: Borja Soriano, *Teoría general de las obligaciones*, 3ª ed., Porrúa, México, 1959, ps. 59 y ss.

[8] Art. 646: "El acreedor de una obligación facultativa puede, en la demanda de pago, no comprender sino la prestación principal". Aunque el artículo dice "puede" (lo que permite abrir la puerta a la idea o posibilidad de actuar de otra manera), en realidad el acreedor *debe* reclamar nada más que el cumplimiento de la principal. Ver: Salvat-Galli, ob. cit., t. I, nº 605; Rezzónico, t. I, p. 507; Cazeaux-Trigo Represas, t. I, p. 506.

Si se trata de obligaciones no fungibles (o sea, las que sólo pueden ser cumplidas por el deudor), y además la ejecución específica supone ejercer violencia sobre él, el acreedor no tendrá derecho a la principal, sino sólo a la cláusula penal pactada (art. 629 del C. Civil) [9].

Si accede a una obligación de hacer fungible y el acreedor opta por la vía prevista en el art. 630 del C. Civil (cumplimiento por un tercero), el deudor debe ser condenado al pago de todos los gastos producidos en ocasión de este cumplimiento, aunque superen el monto de la pena, porque estas sumas no se pagan a título de daños y perjuicios ni de pena, sino de cumplimiento de la principal [10]. No desconocemos las discrepancias doctrinales existentes en cuanto a la naturaleza jurídica del cumplimiento por terceros, pues si bien desde el punto de vista del acreedor se trata de cumplimiento específico, desde el ángulo del deudor es un cumplimiento por equivalente. Sin embargo, en el régimen argentino parece acertado sostener que estamos en presencia de ejecución *in natura* (ver arts. 505, inc. 2, y 630 del C. Civil).

§ 148. *El cúmulo en la cláusula penal moratoria.* — El derecho a exigir el cumplimiento no ofrece dificultad alguna en las cláusulas penales moratorias, ya que éstas son acumulables a la principal (art. 659).

§ 149. *La opción y el cúmulo en la compensatoria.* — En cambio, la cláusula compensatoria ofrece algunas dificultades. La regla general proporcionada por el art. 659 es que el acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas a su arbitrio. Esta prohibición reconoce antiguos precedentes: Recuerda

[9] Llerena, t. III, art. 659, nº 2; Borda, *Obligaciones*, t. I, nº 186.

[10] Demolombe, t. XXVI, nº 651; Peirano Facio, nº 177; Mosset Iturraspe, p. 1248.

Jörs Kunkel que los juristas romanos clásicos estimaron que procedía la *exceptio doli* cuando se requería simultáneamente principal y pena [11]. La no acumulación es también la regla consagrada en las leyes de Partidas (Partida 5ª, ley XXXIII, título XI), en el proyecto Acevedo (art. 1431), en el Código de Chile (art. 1431).

Pero, por supuesto, nada impide que se reclame la principal y la pena *en subsidio* [12].

La opción o elección, configurando una declaración unilateral de carácter recepticio, producirá efectos desde que es notificada al contratante incumpliente.

§ 150. *Fundamento de la regla de la no acumulación.* — Demolombe [13] lo ubica en el carácter resarcitorio de la cláusula penal: como la cláusula penal compensatoria resarce los daños que produce la falta de cumplimiento de la principal, su acumulación supondría un enriquecimiento sin causa, pues el acreedor recibiría dos veces la misma prestación (en especie y por equivalente).

Peirano Facio [14], defensor de la función compulsoria de la pena, sostiene que esta regla sólo tiene una razón de ser meramente accidental o circunstancial, cual es el injerto de normas del derecho francés en el Código uruguayo, imbuído del espíritu de la legislación española; entiende que el fundamento último sólo puede encontrarse en una razón de equidad, entendida ésta en el sentido de favorecer al deudor. Critica la doctrina francesa en atención a que los argumentos dados prueban demasiado, porque si así fuera, tampoco debería admitirse la cláusula que admite

[11] Jörs Kunkel, ob. cit., nº 111, p. 260, quien cita el texto de Labeón, D., 44, 4, 7, 7. Ver un amplio estudio de los textos romanos en Lobato de Blas, ob. cit., ps. 37 y ss.

[12] Cám. 1ª Cap., 27/11/19, "J.A.", 3-1016.

[13] Demolombe, t. XXVI, nº 653.

[14] Peirano Facio, ob. cit., nº 180.

la acumulación; la acusa, además, de una tendencia exagerada al causalismo.

Por nuestra parte, hemos aceptado la función dual o ambivalente de la cláusula; de ello se deriva que tanto el *favor debitoris* como el enriquecimiento sin causa fundamentan la prohibición. Los reproches formulados por Peirano Facio son insuficientes, porque cuando existe pacto de acumulación el pago tiene su causa en la voluntad de las partes; por lo demás, estando aquí en juego la causa-fuente, y no la causa-fin, no se advierte qué "riesgos" puede suponer la fundamentación [15].

§ 151. *Defensas procedentes cuando el acreedor reclama ambas prestaciones.* — ¿Qué ocurre cuando el acreedor viola la regla de la no acumulación y de hecho reclama ambas prestaciones?

Gatica Pacheco considera que el deudor podrá interponer la excepción de *plus petitio*, y el tribunal, en la disyuntiva de negar una de ellas, debe optar por la exclusión de la pena en razón del carácter accesorio [16]. Disentimos parcialmente con el mencionado autor. La excepción que corresponde articular como de previo y especial pronunciamiento es la de defecto legal, porque el actor peticionante impide que la contraparte tenga conocimiento cabal de lo que se le reclama. En tal sentido se ha resuelto que "la improcedencia de la acumulación de acciones debe hacerse valer mediante la excepción de defecto legal" [17].

Los distintos criterios propiciados se traducen en importantes implicancias prácticas. En la postura de Ga-

[15] En efecto, la doctrina anticausalista niega a la causa-fin como un elemento de la obligación; pero ningún autor ha osado negar el carácter de elemento esencial a la causa-fuente, que es aquí lo que está en discusión.

[16] Gatica Pacheco, ob. cit., nº 329, cita en su apoyo a José M. Manresa y Navarro, *Comentarios al Código Civil español*, t. VIII, p. 226.

[17] Cám. Nac. Com., Sala B, 22/7/64, en "L.L.", 117-836, y "E.D.", 9-512. Conf.: Santiago C. Fassi, ob. cit., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. 1, nº 1204; Carlo Carli, ob. cit., p. 196.

tica Pacheco se limita *ab initio* el derecho de opción del acreedor; en cambio, de aceptarse nuestra posición, acogida favorablemente la excepción, el tribunal debe emplazar al acreedor para que opte por una de las dos prestaciones (la principal o la accesoria), es decir, para que subsane el defecto en el modo de proponer la demanda (arts. 347 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y 176, inc. 3, del Código Procesal Civil de Mendoza), quedando en cabeza del acreedor la elección. En un caso análogo al que nos planteamos se resolvió: "Procede la excepción de defecto legal cuando a ciencia cierta no se sabe si se demanda el cumplimiento del contrato o si se acciona por daños y perjuicios juntamente con el cumplimiento o en sustitución del cumplimiento" [18].

Pero ¿qué solución corresponde si el deudor no plantea la excepción de defecto legal? De esta actitud no puede presumirse que ha aceptado tácitamente la acumulación, porque como explicamos en los siguientes puntos, el art. 659 exige para la acumulación términos claros. En consecuencia, al momento de resolver el juez deberá condenar a una sola de las prestaciones, excluyendo la pena por su carácter accesorio y subsidiario. La solución expuesta podría aparecer ilógica: si el deudor se defiende ampliamente, el acreedor tiene mayores derechos que si no lo hace; es decir, si opone la defensa, le da posibilidades al acreedor para que elija; en tanto que si calla, le niega el derecho a optar. Sin embargo, la estimamos correcta por los siguientes argumentos: no debe privarse al deudor del derecho a defenderse bien. Negarle la excepción de defecto legal sería violatorio de su derecho constitucional de defensa en juicio, porque al acumularse prestaciones que son contrarias entre sí, el demandado no sabe efectivamente de

[18] Cám. Nac. Civ., Sala A, 19/8/69, en "L.L.", 138-946, nº 23.671, citado por Héctor Maskin, *Actualización de jurisprudencia. Excepciones. Defecto legal en el modo de proponer la demanda*, en "L.L.", 144-752, nº 9.

qué defenderse, ni tampoco puede prepararse para cumplir una u otra prestación. Pero, si por inadvertencia no la plantea, tampoco es posible condenarlo al pago de ambas prestaciones. La única solución viable es que el juez haga lugar al pago de la principal, salvo que existieran constancias en autos que ésta se ha hecho imposible, en cuyo caso el juez mandará cumplir con la accesoria. Dejamos propuesto así, con suficiente flexibilidad, "un marco de interpretación funcional que se soporta además en el principio de acumulación eventual y en un bien entendido respeto por la efectividad del principio de economía, aunque, desde luego, preservando siempre aquellos otros valores superiores (congruencia y defensa en juicio) que conforman el adecuado servicio de la Justicia" [19].

Debemos reconocer, sin embargo, que en la mayoría de los casos sometidos a decisión, el deudor no plantea ninguna de las dos excepciones. Recordamos un viejo fallo resuelto por la Cám. Civ. 2ª de la Capital: los actores habían contratado con el demandado la construcción de una bóveda en el cementerio de la Capital, pactándose que para el caso de inejecución por parte del constructor, éste debía pagar una pena de $ 3.000. El juez de 1ª instancia condenó al pago de la pena y a la ejecución de la obra; apelada la sentencia, la Cámara (constituída por los doctores Gigena, Helguera, Salvat, Senillosa y Lagos) revocó parcialmente la sentencia, considerando que sólo correspondía hacer prosperar la demanda en su pretensión de ejecutar la principal, pero no en la cláusula penal, por ser ésta compensatoria y no acumulable [20].

§ 152. *Excepciones a la prohibición de acumular. a) El pacto en contrario.* El principio de la no acumu-

[19] Conf.: Augusto M. Morello, su correspondencia epistolar del 25 de abril de 1978.

[20] 18/8/24, "Molinari y otro c. Bruniux", "J.A.", XIII, p. 786.

lación no es de orden público, sino una regla meramente supletoria de la voluntad de las partes. En este sentido, dispone la última parte del art. 659 que es admisible la estipulación por la cual las partes declaran que el pago de la principal no entienda extinguida la obligación principal.

Esta cláusula era conocida en derecho romano con el nombre de *rato manente pacto;* refiere Arias Ramos [21] que ella no era admisible en los contratos de buena fe.

Recordamos que para un sector doctrinal éste es un caso en que la cláusula penal pierde función indemnizatoria, para atender exclusivamente a su finalidad compulsoria [22].

Pese a que el Código Civil argentino no exige declaración expresa, consideramos que el art. 659 debe ser interpretado de la misma manera que el art. 1153 del C. Civil español, es decir, que la facultad de acumular debe surgir *claramente* de la convención [23]. Por eso, la prueba de la estipulación recae sobre el acreedor que la alega.

En tal sentido se ha resuelto: "En caso de ambigüedad u oscuridad de la cláusula penal, debe aplicarse un criterio de interpretación restrictivo y hacer privar la regla de que el acreedor no puede pedir el cumplimiento de la principal y la pena, sino optar por una de las dos cosas" [24].

Por eso llama poderosamente la atención la liberalidad con que la Cám. Nac. Com., Sala A, resolvió en un viejo fallo la acumulación de principal y cláusula penal compensatoria [25]. En efecto, en un boleto de compraventa de un fondo de comercio se había pactado la suma de $ 10.000 como cláusula penal para el caso de incumplimiento por

21 Arias Ramos, ob. cit., t. II, p. 660.

22 Llambías, ob. cit., t. I, nº 344.

23 Conf: Llerena, t. III, p. 138, art. 659, nº 4.

24 Cám. Com. Cap., Sala A, 12/8/58, "J.A.", 1959-III-77; Cám. Civ. 2ª Cap., 31/7/50, "Szarkowsky c. Bacal", "J.A.", 1951-I-214.

25 Ver autos "Vara, José, c. Varela, Rodolfo F.", 13/10/54, "L.L." t. 77, p. 661.

alguna de las partes. La compradora omitió pagar el saldo de precio. La vendedora reclamó el cumplimiento de la obligación principal, con más la cláusula penal. El juez de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda, rechazando el rubro correspondiente a la cláusula penal; la Cámara, sin otro fundamento que no sea el que dicha suma se fijó en concepto de indemnización por el incumplimiento, hizo lugar a ambas pretensiones. No se hace mención, en los escuetos considerandos, a que haya existido un pacto claro que permitiera la acumulación.

Además, no debe olvidarse que esta acumulación puede provocar excesos o abusos por parte del acreedor, debiendo merituar el juez todos estos antecedentes a fin de proceder a su reducción si se dieran todos los presupuestos analizados al examinar el art. 656 [26]. Esta facultad de reducción era acogida expresamente por el art. 1081, primer párrafo, del Proyecto español de 1851, y es aceptada por la generalidad de la doctrina [27].

*b*) *Cláusulas que acceden a convenciones transaccionales.* El estudio de algunos textos romanos ha motivado discrepancias interpretativas. Relata Maynz que algunos autores, fundándose en ciertos pasajes (L. 17, C. de Pactis, 2.14), cayeron en el extremo de sostener que el acreedor, de pleno derecho y sin convención particular, puede acumular la principal y la pena cuando ésta se ha pactado en una transacción. Pero que precisamente ese pasaje les es contrario porque las palabras usadas (*rato manente pacto*) se refieren a que es la decisión de las partes, y no la del jurisconsulto, la que permite la acumulación [28].

Esta discusión se traslada al derecho francés e italiano. Según un sector, la pena se debe sin perjuicio de llevar adelante la transacción; es decir, sería un supuesto de acu-

[26] Ver § 80 a 85.
[27] Conf.: Larenz, t. I, p. 372.
[28] Maynz, t. II, nº 258.

mulación más allá de la voluntad de las partes, motivada por el interés legal en otorgar gran eficacia práctica a la transacción. Se presume, *iure et de iure*, que la inserción de una cláusula penal significa una renuncia a impugnar la transacción [29]. Ésta parece ser la solución de algunos códigos latinoamericanos: Chile (art. 2463), Colombia (art. 2486), El Salvador (art. 2209), Costa Rica (art. 1384), Uruguay (art. 2136), que disponen: "Si se hubiera estipulado una pena contra el que deja de ejecutar la transacción, habrá lugar a la pena, sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes". También aparece en algunos proyectos (por ej., art. 1037 del proyecto Bevilaqua).

Pero ante la carencia de un texto expreso en tal sentido, la mayoría de la doctrina francesa consideró que la sola inserción de una cláusula penal en una transacción no significa la derogación lisa y llana de la regla de la no acumulación; todo es una cuestión de interpretación de la voluntad de las partes y de prueba de ella. Dice Larombière: "Cuando en una transacción las partes estipulan una pena, su intención es, generalmente, no sólo asegurar la mejor ejecución del contrato, sino también imprimirle un carácter irrevocable o definitivo; entienden punir el espíritu de mala fe y chicana. Los tribunales tienen un poder discrecional de interpretación; pero en la duda deben aplicarse las reglas de derecho común, y por ello no deben ser acumuladas" [30].

En el Código argentino se carece de una disposición legal que admita la acumulación. En consecuencia, consi-

[29] Era la tesis de Toullier (t. III, nº 830) en el derecho francés, seguido por Delvincourt, en cuyas obras se inspiró Bello, evitando en el derecho chileno las amplias discusiones provocadas en Francia. En el derecho brasileño la sostiene Carvalho de Mendonça y Lacerda, ambos citados por Continentino, ob. cit., p. 263.

[30] Larombière, t. III, art. 1229, nº 5. Conf.: Laurent, t. XVII, nº 461; Duranton, t. XI, nº 345; Continentino, ob. cit., p. 263.

deramos que para las transacciones debe aplicarse el art. 659: a falta de disposición clara sobre el punto, la regla debe ser la de la no acumulación.

§ 153. *Oportunidad en que debe formularse la opción.* — Tal como hemos expuesto, la regla general es que el acreedor no puede acumular principal y pena, sino que debe *optar* por una de ellas. Pero ¿en qué momento nace este derecho de opción? Coincidimos con la doctrina mayoritaria en que se produce inmediatamente de operado el incumplimiento imputable, no siendo requisito indispensable que la prestación principal se haya tornado imposible. Ya hemos expuesto que el carácter subsidiario de la pena no debe llevar al extremo de negar el derecho de opción, claramente concedido por el art. 659 cuando utiliza la singular expresión "a su arbitrio" [31]. Por eso es erróneo afirmar como principio general que "es procedente la excepción de inhabilidad de título deducida en un juicio ejecutivo si se persigue el cobro de una cláusula penal sin que previamente se haya reclamado el cumplimiento de la principal que asegura" [32]. Por la misma razón carece de fundamento legal la resolución de un tribunal cordobés que dijo: "Si el deudor, por imperio de lo dispuesto en art. 658 del C. Civil, no puede eximirse de la obligación pagando la pena, el acreedor no puede tampoco reclamar el pago de la pena sin exigir previamente el cumplimiento de la principal" [33].

[31] Conf.: Mosset Iturraspe, ob. cit., p. 1239; Llambías, t. I, nº 344. En contra: Colmo, ob. cit., nº 167; Marty, t. II, p. 60.

[32] Cám. Paz Cap., Sala 4ª, 14/9/67, "Schdrow c. Fernández", "J.A.", 1968-II-227, y "L.L.", 134-929, 19.091-S, aunque en el caso la solución fue correcta, porque no se había producido la mora en el incumplimiento de la principal.

[33] Cám. 1ª Civ. Com. Córdoba, 6/4/56, "Raspanti, José, c. Goycochea", "Rep. L.L.", XX, 228, nº 54.

Este reclamo previo, insistimos, no es necesario, ya que el derecho a optar nace con el incumplimiento imputable.

§ 154. *Revocabilidad o irrevocabilidad de la opción.* — ¿Es la opción irrevocable? Lamenta Giorgi [34] que tan importante problema —no previsto en forma expresa ni en la legislación italiana ni en la argentina— haya pasado inadvertido para la generalidad de los autores de su época. En nuestros días no podemos imputar a nuestra doctrina semejante falla. Para algunos la opción es siempre irrevocable, de la misma manera que lo es en las obligaciones alternativas [35]; esta irrevocabilidad opera tanto en el caso en que se haya optado por la principal como por la accesoria. La "concentración" pone fin a las *"facultas electionis"* e impide todo posible *ius variandi* del acreedor.

Sin embargo, la tendencia mayoritaria en el derecho nacional y comparado es la consagrada implícitamente por el derecho alemán (art. 340), y explicada por sus comentadores: la opción del acreedor es irrevocable cuando elige la pena; la solución es razonable porque al preferirla, el acreedor ha demostrado su falta de interés en la prestación principal; el deudor dejará de tomar entonces los recaudos necesarios para su cumplimiento. En cambio, si optó por la principal, puede ocurrir que no obstante la decisión judicial que conmine al deudor a cumplir con ella, el obligado no la efectivice, o que la prestación se haya tornado imposible. En esos casos, debe concederse al acreedor el derecho de volver sobre sus pasos y reclamar la pena [36]. La

[34] Giorgi, t. IV, nº 462 bis.

[35] Demogue, t. VI, nº 474; Giorgi, t. IV, nº 462; Gómez Calero, ob. cit., p. 185; Mosset Iturraspe, p. 1239, quien admite que el acreedor pueda reclamar en forma subsidiaria la pena para no correr el riesgo de ver frustrado su interés patrimonial si se tornó imposible el cumplimiento en especie de la principal solicitada.

[36] Conf.: Borda, t. I, nº 185; Von Tuhr, t. II, p. 239; Enneccerus

solución propiciada es congruente con la que el Código Civil argentino proporciona en materia de resolución de contratos por incumplimiento (art. 1204). Es también la que expresamente consagra el art. 1229 de Filipinas: "Sin embargo, cuando después de exigir el cumplimiento resultare imposible sin culpa del acreedor, podrá pedir la pena". Obvio es decir que si reclamada la prestación principal ésta se cumple, será improcedente el cobro compulsivo de la pena. En tal sentido se ha resuelto: "Si se pacta una cláusula penal para el supuesto de incumplimiento por alguna de las partes de las obligaciones recíprocas, no puede exigirse el pago de la indemnización convenida, que es compensatoria, y no moratoria, si se logra el cumplimiento compulsivo del contrato" [37].

Por lo demás, si la prestación principal se ha hecho imposible por culpa del deudor, el acreedor no tiene derecho a reclamar los daños y perjuicios de conformidad con el derecho común, sino que su pretensión se limita a la cláusula penal por imperio de lo dispuesto en el art. 655.

§ 155. 2) *A exigir el cumplimiento de la pena.* — De lo expuesto en los puntos anteriores se deduce el derecho del acreedor a exigir el cumplimiento de la pena, el cual nace en el momento del incumplimiento imputable moroso de la obligación principal. Obvio resulta señalar que si la accesoria está sometida a alguna modalidad, su exigibilidad sólo se producirá cuando acaezcan los hechos previstos, con independencia del incumplimiento de la principal.

Este derecho a reclamar la pena puede presentar algunas variantes que nos proponemos analizar.

---

t. I, p. 189; Puig Peña, t. II, vol. I, p. 85; Ruiz Vadillo, p. 404; Ricci, t. XIII, nº 193; Continentino, nº 50, ps. 270 y ss.

[37] Cám. Paz Cap., Sala I, 28/4/61, "López Rodríguez c. Cossio". "J.A.", 1961-IV-546.

§ 156. *Acumulación de cláusulas penales moratorias y compensatorias.* — Ocurre frecuentemente que en un negocio jurídico se conviene más de una cláusula penal, previendo una el retardo y la otra el incumplimiento. ¿Puede el acreedor acumularlas, es decir, reclamar la moratoria por la tardanza hasta cierto momento y la compensatoria por la inejecución definitiva denunciada en ese momento? Llambías [38] responde afirmativamente a la cuestión porque, en principio, la tardanza en que incurre el deudor hasta un momento determinado no queda absorbida por el incumplimiento definitivo; pero esta absorción se produce siempre que el acreedor se funda en hechos contemporáneos. Es decir, para que sea posible la acumulación, el sujeto activo debe invocar hechos no simultáneos. Por ej., un comodatario de un automotor se obliga a pagar al comodante una multa de $ 9.000 por cada día de demora en la restitución, la que debe producirse el día 30/1/78; además se estipula la suma de $ 8.000.000 por la falta de restitución definitiva. El día 30/3/78 el vehículo se incendia (con o sin culpa del deudor; la solución es idéntica porque el deudor ya se hallaba en mora). El acreedor tiene derecho a exigir los $ 9.000 diarios desde el 31/1/78 hasta el 30/3/78, y además los $ 8.000.000 previstos ante la imposibilidad de restituír en especie. En cambio, si el vehículo se hubiese destruído antes del 30/1/78 por causa imputable al deudor, el acreedor sólo tendría derecho a exigir la pena compensatoria, porque al vencimiento del término el cumplimiento se había tornado imposible; es decir, en ese caso no existe mora sino incumplimiento, por lo que sólo la pena compensatoria puede ser aplicada.

§ 157. *Acumulación de pena y daños y perjuicios.* — Otra cuestión a resolver es si pueden acumularse cláusula

[38] Llambías, ob. cit., t. I, nº 346.

penal e indemnización ordinaria de daños y perjuicios derivados de la misma conducta prevista en la pena. En sistemas como el alemán la respuesta es afirmativa, porque la cláusula juega como indemnización mínima; en tal sentido, el art. 340, última parte, del B.G.B. dispone: "Si tuviese derecho a la indemnización de daños y perjuicios por inejecución, podrá exigir la pena como *mínimum* del perjuicio, sin que por esto le esté prohibido pedir mayor suma". Pero de conformidad con el sistema de inmutabilidad que insufla a nuestro Código, la solución debe ser negativa. El art. 655 del C. Civil argentino *prohíbe* al acreedor reclamar mayores daños aunque pruebe que la pena es insuficiente. La regla no es sino aplicación del principio *"non bis in idem"*.

En cambio, podrán acumularse daños y perjuicios moratorios y cláusula penal compensatoria, o viceversa, en los mismos supuestos que explicamos en el § 156, es decir, cuando la petición del acreedor no se funda en hechos contemporáneos [39]. En este sentido se ha resuelto: "Convenida la cláusula penal para el único caso de retardo, debe funcionar desde el momento en que se incurrió en mora hasta la iniciación de la demanda por resolución de contrato, pues a ese momento retrotrae sus efectos la sentencia que hace lugar a ella, y toda otra indemnización a que se creyere con derecho el accionante, como consecuencia de la rescisión decretada, forma parte de la indemnización por incumplimiento, ajena a la naturaleza y alcance de la cláusula penal pactada" [40]. Es decir, hasta el momento de producirse el incumplimiento definitivo se admite el devengamiento de la cláusula penal moratoria, la que no excluye

[39] Llambías, ob. cit., t. I, nº 347.

[40] Cám. Com. Cap., 27/7/38, "Rey c. Paolillo", en "J.A.", 65-199. Conf.: Cám. Nac. Civ., Sala D, 7/12/69, "Simini c. Bechio de Aguas", "L.L.", 101-63. Aunque, como se verá más adelante, pedida la resolución no correspondía liquidar los daños conforme a la cláusula penal sino al derecho común.

los daños y perjuicios derivados del incumplimiento posterior, definitivo, de conformidad con el régimen común.

Tal como se ha venido explicando, el principio de la inmutabilidad no impide la acumulación de cláusula penal y daños y perjuicios cuando la pena tuvo en consideración determinados perjuicios y se producen otros. En tal sentido, ha resuelto la Suprema Corte de la Provincia de Bs. As.: "La cláusula penal pactada teniendo en cuenta un perjuicio determinado resultante de la inejecución *parcial* de lo convenido, no impide al acreedor reclamar, además de la pena, los daños e intereses comunes en caso de haber experimentado, además del previsto, un perjuicio no comprendido en dicha cláusula, como el derivado de la inejecución total del contrato" [41].

Pero aun cuando se trate de daños derivados de la misma conducta o que hayan producido el perjuicio previsto en la cláusula, la acumulación de pena y daños será posible cuando medie cláusula expresa en tal sentido. En efecto, si el art. 659 del C. Civil admite que se pacte la posibilidad de reclamar conjuntamente principal y pena compensatoria, no se advierte por qué no sería posible estipular el derecho a reclamar pena y daños del mismo tipo [42]. En tal sentido, ha dicho la Cám. Nac. Civ., Sala A, "en el orden civil nada obsta para que se estipule una doble posibilidad por el mismo hecho, tales como la cláusula penal y el pago de daños y perjuicios" [43]. La cláusula deberá ser suficientemente analizada. En algunos supuestos se pacta la acumulación lisa y llana de la pena y todos los daños producidos. Pero si los términos no son suficiente-

[41] 2/9/43, "Barone c. D'Alesio", "L.L.", 34-257, y "J.A.", 1944-I-630, confirmando el fallo de la Cám. de Apelaciones de Dolores.

[42] Conf.: Trimarchi, ob. cit., p. 81.

[43] 8/10/65, expte. 108.140, "Municipalidad c. De Sanctis Hnos.", inédito. Conf.: Sala F, 7/10/69, expte. 146.032, "Sussex c. Corvalán", inédito.

mente claros, debe interpretarse que sólo pueden peticionarse *las diferencias* entre la multa y el efectivo daño [43-1].

Sin embargo, este derecho a la acumulación debe surgir de términos claros e inequívocos. Por eso resultan contradictorios con todos los principios expuestos, algunos fallos aislados que sin que surjan claramente algunas de las circunstancias señaladas, declaran como regla: "El pago de la multa pactada por el incumplimiento no excluye el pago del daño efectivamente sufrido" [44]. La norma básica es, precisamente, la inversa: la multa excluye la acción de daños y perjuicios del derecho común, salvo los casos señalados.

§ 158. *Acumulación de pena e intereses.* — En los párrafos sucesivos analizaremos el juego de la cláusula penal con las diferentes clases de intereses.

§ 159. *Pena e intereses moratorios no convenidos.* — El art. 622 del C. Civil dispone que el deudor moroso debe los intereses que estuviesen convenidos; si no hubiese intereses pactados, debe los legales, y si no se hubiere fijado interés legal, el que los jueces determinen. Si se ha pactado una cláusula penal, ¿se deben los intereses legales (o en su caso los judiciales)? [45]. Es cierto que entre la cláusula penal y los intereses moratorios median diferencias conceptuales muy significativas; pero también lo es que ambos indemnizan al acreedor por el mismo hecho; es decir, si la principal devenga intereses y además hay pactada una cláusula penal, de hecho es que el acreedor recibirá una indemnización *superior* a la pactada: reclama la indemnización pactada y además la que deriva del derecho co-

[43-1] Cám. Nac. Esp. Civil y Com., Sala IV, 21/8/80, "E.D.", diario del 24/10/80, fallo 33.658.

[44] A vía de ej., ver Cám. Nac. Com., Sala B, 13/6/51, "Montes c. Veiguela, A.", "L.L.", 65-596.

[45] Ver § 241 y 242, donde también explicamos la terminología aceptada.

mún. Por eso coincidimos con la tendencia jurisprudencial que veda la acumulación de *ambos rubros* en razón de que significaría doble sanción por el mismo hecho y además violación a lo normado por el art. 655 [46].

§ 160. *Pena e intereses moratorios convenidos o punitorios.* — Nadie duda sobre las importantes diferencias conceptuales que median entre intereses punitorios y cláusulas penales; sin embargo, un gran sector doctrinal señala que los intereses moratorios pactados reemplazan normalmente a la cláusula penal, porque en el fondo ambos tienen funciones análogas (coercitiva e indemnizatoria). Es decir, los intereses punitorios juegan a la manera de una cláusula penal en cuanto prefijan los daños y perjuicios compeliendo al deudor al cumplimiento [47]. Sin embargo, nada obsta a que las partes pacten cláusula penal y además intereses moratorios. En este caso deberán acumularse; en tal sentido se ha resuelto que "la condena al pago de la multa pactada como cláusula penal no obsta a que se imponga el pago de los intereses moratorios cuando se solicitó en la demanda" [48]. Pero normalmente ocurrirá que ambas sanciones serán exorbitantes, por lo que procederá la reduc-

[46] Cám. Nac. Civ., Sala A, relación 182.794, "Anorati c. Rodríguez", 4/6/73, inédito. Conf.: Cám. Nac. Com., Sala A, 12/8/74, "Crédito Americano c. Castro", "L.L.", 156-221, nº 70.922; Cám. 1ª C.C. Córdoba, 23/6/61, "Solano c. Martínez", "Rep. L.L.", XXIV, p. 239; S.C.Bs.As., 16/3/17, "Celulosa Carhué c. Pie, Abel", "Rep. L.L.", XXXI, 314, sumario 64, y "L.L.", 146-408. Este supuesto debe distinguirse del tratado en el § 161.

[47] Cám. Nac. Civ., Sala D, 5/6/64, "Apfelgrum de Schider c. García", "L.L.", 114-784, y "E.D.", 10-502; Sala E, 19/8/77, "Rodríguez Wallen c. Santos, Agustín", "L.L.", 1978-A, fallo 75.366; Cám. Nac. Com., Sala A, 18/7/66, "Díaz, Nicanor, y otro c. Real Constructora", "L.L.", 124-1134 (S. 14.373), y "J.A.", 1966-V-743; ídem, 4/3/71, "Aión S.A. c. Quebrachales S.A.", "E.D.", 37-246; ídem, 20/12/60, "Allende, Santiago, c. Unión Franconnières Textiles", "J.A.", 1961-II-413. Conf.: Llambías, ob. cit., t. II, nº 917; Borda, ob. cit., *Obligaciones*, t. I, nº 485; Lafaille, t. II, nº 1058; Laje, *Intereses moratorios y deudas por gastos comunes en la propiedad horizontal*, "L.L.", 107-823.

[48] Tribunal de Apel. 2º turno, del Uruguay, 27/2/31, "Rep. La Ley", XXIII, p. 769, nº 82.

ción conforme a las pautas determinadas por el art. 656, 2ª parte, del C. Civil. Por eso ha resuelto la Sala C de la Cám. Nac. Civ.: "No existe obstáculo legal a que se acumulen a la cláusula penal los intereses moratorios, pues tienden a reforzar la garantía, siempre y cuando la suma por ambos conceptos no exceda la tasa máxima admitida como lícita por la jurisprudencia del tribunal" [49].

§ 161. *Pena e intereses lucrativos o compensatorios o retributivos.* — Ningún obstáculo existe en acumular la pena a los intereses lucrativos, pues ambos cumplen funciones absolutamente diversas. Los intereses retributivos constituyen exclusivamente el precio del uso del capital ajeno y, por tanto, ninguna vinculación tienen con los daños y perjuicios. Por eso es perfectamente posible reclamar ambos rubros. Nos adherimos, en consecuencia, *in totum* a lo resuelto por la Cám. Nac. de Comercio cuando dijo: "Aun cuando se hubiera pactado una cláusula penal *stricto sensu*, ello no impide que se devengue los intereses compensatorios, pues éstos no tienen por finalidad la reparación de perjuicios tasados, lo que es propio de la *stipulatio poenae*, sino constituyen exclusivamente el precio del uso del capital ajeno" [50].

§ 162. *Pena e intereses sancionatorios.* — ¿Pueden los jueces imponer los intereses sancionatorios previstos en el art. 622 del C. Civil, cuando las partes han pactado una cláusula penal? Ningún obstáculo cabría a su imposición, pero en este supuesto la cláusula debe computarse "como si se tratara de intereses punitorios"; en consecuencia, el

[49] 30/3/70, "E.D.", 31-41. Conf. Cám. Nac. Civ., Sala D, 23/4/65, "Colabelli c. Inficore S.A.", "L.L.", 119-999 (12.430).

[50] Sala B, 15/2/78, "Banco Argentino de Comercio c. Magnacca", "L.L.", 1978-B, fallo 75.994, y "J.A.", 1979-III, Síntesis. Éste era también el criterio sustentado por la Sala A con lúcido voto del Dr. Llambías, *in re* "Inmobiliaria Brasilia c. Gorkin", 6/7/72, "L.L.", 149-218.

tope no podría superar el previsto por las normas reglamentarias de estos intereses que sancionan la inconducta procesal manifiesta [51].

§ 163. *Acumulación de pena y "astreintes".* — ¿Puede el juez condenar a *astreintes* cuando las partes han pactado una cláusula penal? De responderse afirmativamente esta pregunta, ¿son acumulables cláusula penal y *astreintes*?

Mazeaud-Tunc responden afirmativamente a la primera. Es decir, la estipulación de una cláusula penal no obsta a que el acreedor pueda reclamar el cumplimiento de la principal en especie, sancionando su incumplimiento mediante la aplicación de *astreintes*. Textualmente afirman: "La cláusula penal no limita el poder del juez de condenar a una *astreinte*. En verdad, mediante esta cláusula las partes han querido fijar por anticipado, de manera definitiva, la suma de dinero debida en el caso de incumplimiento o de mora en el cumplimiento. Pero, según los términos del art. 1288 del C. Civil, el acreedor puede reclamar siempre, *en lugar de la pena estipulada*, el cumplimiento. Éste puede ser ordenado entonces con pena de *astreintes*. Así, dondequiera que la coacción sobre los bienes pueda asegurar eficazmente la condena, la *astreinte* se emplea justificadamente" [52]. En cambio, Demogue responde negativamente; es decir, el acreedor tiene siempre el derecho a reclamar el cumplimiento de la principal, pero carece de la facultad de solicitar la aplicación de *astreintes* en razón de que los daños y perjuicios fueron previamente estipulados mediante la cláusula penal [53]. Una resolución de la Corte de Apelaciones de París parece adherirse al criterio

[51] A vía de ejemplo mencionamos los arts. 565 del Código de Comercio y 4 de la ley 3939 de la provincia de Mendoza. Confrontar Cám. Nac. Civ., Sala B, 11/2/81, "L.L.", 1981-B, fallo 79.649.

[52] Mazeaud-Tunc, ob. cit., t. III, vol. I, nº 2507-5.

[53] Demogue, ob. cit., t. VI, nº 470.

del último autor mencionado: "Cuando un contrato de trabajo contiene interdicción para el empleado de ocupar, después de la terminación de sus servicios, un empleo similar en determinada región y durante un plazo limitado y esta interdicción se sanciona con una cláusula penal, el empleador tiene derecho, en caso de violación de la promesa, a la indemnización prevista en la cláusula penal. Pero esta indemnización no puede acumularse con la ejecución efectiva de la obligación, *ni tiene derecho el empleador a que se condene al empleado a abandonar su nuevo destino bajo pena de astreintes*" [54]. En el derecho nacional se enrola en esta posición negativa Ival Rocca y la apoya dudosamente Goldschmidt [55]. El primero se afirma en razones constitucionales, sosteniendo que si el juez cambia "el daño legal" (que representa la cláusula penal) por el "daño *astreinte*", se está trasformando en legislador por derogar el art. 655.

Por nuestra parte, nos adherimos a la opinión afirmativa de los Mazeaud. No desconocemos la amplia polémica sobre la naturaleza jurídica de las *astreintes*. Pero es evidente —más allá del error de política legislativa que supone establecerlas en favor del acreedor [56]— que no existe una total identificación entre *astreintes* y daños y perjuicios, de la misma manera que ésta no se produce entre *astreintes* y cláusula penal. En consecuencia, no encontramos obstáculo legal alguno en que el acreedor reclame el cumplimiento de la obligación principal con la sanción de *astreintes*, aun cuando se hubiese pactado una cláusula penal. Ni el art. 666 bis del C. Civil, ni ninguna de las normas que le sirvieron de precedentes, contiene limitación

[54] 18/12/30, "L.L.", t. 8, sec. Jurisprudencia Extranjera, p. 31.

[55] Rocca y Omar Griffi, *Astreintes*, 2ª ed., ed. Grial, Bs. As., 1970, nº 60; Roberto Goldschmidt, *Las "astreintes", las sanciones por "contempt of court" y otros medios para conseguir el cumplimiento de hacer y no hacer*, en "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales" de la Universidad de Córdoba, año XV (1951), nº 3 y 4, p. 314, en especial nota 17.

[56] Ver lo que exponemos en el § 233.

alguna en tal sentido. Que la obligación principal esté asegurada mediante una cláusula penal no significa un impedimento legal para la aplicación de *astreintes*. Como simple argumento coadyuvante, recuérdese que mientras la sanción prevista en el art. 622, 2º párrafo, del C. Civil es subsidiaria de la que pudieran contener las leyes de procedimiento, ésta, la del art. 666 bis, no lo es, ni de las disposiciones procesales, ni de las estipulaciones contractuales. Y no podría serlo porque ambos institutos tienen distintos campos de aplicación. Las *astreintes* castigan conductas contrarias a la majestad de la justicia, mientras que la cláusula penal sanciona actitudes u omisiones que no requieren del ámbito jurisdiccional.

Pero el hecho de que el juez pueda condenar a *astreintes* no obstante la existencia de una cláusula penal, no supone que el acreedor pueda acumular *ambas pretensiones*. Bien dicen los Mazeaud que el acreedor debe *elegir*; no puede *acumular* la condena en especie, con las *astreintes* y con la pena [57]. Las razones son las siguientes: las *astreintes* tienden al cumplimiento en especie; es decir que mediante ellas se está logrando el cumplimiento de la obligación principal; si la pena es *compensatoria* y se acumulara a las *astreintes*, se violaría el art. 659 del C. Civil, que niega expresamente el derecho a acumular prestación principal y pena, salvo pacto expreso en contrario. Si la cláusula penal fuera *moratoria*, tampoco tal acumulación sería factible, porque supondría una doble sanción. Mucho se ha discutido sobre la procedencia o no de acumular *astreintes* y daños y perjuicios. Rocca y Griffi han dicho incluso que este problema implica un círculo vicioso sin salida, porque si los daños y perjuicios sufridos deben descontarse de lo que se pagó en razón de *astreintes*, éstas habrían perdido su función compulsoria; y si se manda pagar el total habría una superposición de cobros en favor del acreedor,

[57] Mazeaud-Tunc, ob. cit., t. III, vol. 2, nº 2637.

porque se le pagaría dos veces por el mismo daño, entrando a jugar los principios del enriquecimiento sin causa [58]. Esta falta de rigor deriva, en nuestra opinión, de la inexacta regulación de las *astreintes*; si su verdadera naturaleza reside en castigar conductas violatorias del mandato jurisdiccional, éstas no deberían imponerse en favor del acreedor, sino —como lo aconsejó el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil— en beneficio de instituciones de bien público [59]. Por ello es que estando establecidas en favor del acreedor, parece razonable —aunque quizá no se ajuste *in totum* al lógico rigor formal de los conceptos— la solución propuesta por Llambías [60]: Si las *astreintes* han superado el monto de los perjuicios, nada debe restituír el acreedor, porque la causa del mayor valor incorporado a su patrimonio está en la inconducta procesal de la otra parte; pero entonces no podrá iniciar ningún reclamo por los daños y perjuicios (convenidos o no mediante cláusulas penales), porque sería pretender doble sanción; en cambio, si las *astreintes* han sido insuficientes, será viable la reclamación del daño no cubierto por la sanción procesal, pero entonces la cláusula penal habrá dejado de funcionar y será menester acudir al régimen de indemnización del derecho común. En conclusión: la estipulación de una pena no coarta el derecho a reclamar el cumplimiento específico y la aplicación de *astreintes*, pero en ese caso el acreedor *no* puede reclamar la pena (sea moratoria o compensatoria).

§ 164. *Si la cláusula penal (o las astreintes impuestas) devengan intereses.* — Distinto del planteado en los

[58] Rocca-Griffi, ob. cit., nº 275.

[59] La recomendación en tal sentido era: "6º) El procedimiento a seguirse será la vía de apremio y el producido de las condenaciones conminatorias será destinado a fines de bien público, sin perjuicio de que el juez pueda asignarlo a cubrir el daño sufrido por el acreedor como consecuencia de la renuencia del deudor".

[60] El maestro Llambías propone esta solución para el caso de acumulación de *astreintes* y daños y perjuicios liquidados conforme a los principios del derecho común (ob. cit., t. I, nº 87).

puntos anteriores es el problema del epígrafe. Se trata de resolver si producida la mora del deudor en la obligación de pagar una cláusula penal que tenga por objeto dar sumas de dinero, ésta devenga intereses.

Si la cláusula penal es *compensatoria*, no abrigamos ninguna duda sobre la procedencia de los intereses sobre la suma adeudada. En contra de esta posición podría sostenerse que ella viola el principio de inmutabilidad de la pena previsto en el art. 655, porque en definitiva el acreedor estaría percibiendo *más* de la indemnización tarifada [61]. A tal argumento cabe contestar que los intereses moratorios no resarcen en este caso el incumplimiento de la obligación principal (que es lo que la cláusula prevé), sino la demora en el pago de la cláusula [62]. Ya hemos expuesto que, producido el incumplimiento, la pena adquiere cierta vida independiente. El deudor es, si se nos permite la expresión, incumplidor por "partida doble": al incumplir la principal debe la pena (si el acreedor optó por ésta); pero además debe los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la pena, que están representados por los intereses que la suma pactada ha devengado. Dicho de otra manera: los intereses no resarcen el incumplimiento de la principal, sino el cumplimiento tardío de

[61] En favor de la solución negativa con base en el principio de la inmutabilidad, ver Cám. Nac. Civ., Sala F, 29/5/69, "Madariaga c. Cadul", "L.L.", 137-820, y "J.A.", 4-1969-85; S.C. Bs. As., 16/3/71, "Celulosa Carhué c. Empresa Constructora Abel Landau", "J.A.", 13-1972, sec. Prov., 524, y "E.D.", 36-638; Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., Sala IV, 25/4/77, "Finochietti, Raúl, c. Massé", "J.A.", 1979-II-571; Cám. 4ª Civ. y Com. y Minas de Mendoza, 12/10/78, "Guatelli, Pedro, c. Jirala", en "Suplemento provincial de La Ley", diciembre de 1978, nº 0, p. 52, fallo 19P. El tribunal provincial hace devengar intereses a partir de la sentencia de primera instancia. Gatica Pacheco ubica a Colmo dentro de esta posición, pero en realidad el maestro argentino participa de la tesis opuesta. En el § 163 de su obra sólo cita jurisprudencia restrictiva, pero en el nº 173 sostiene la posición adversa a los fallos trascritos. En cambio, participa de la opinión negativa, Salvat, ob. cit., t. I, nº 215.

[62] Conf.: Ruiz Vadillo, ob. cit., p. 405, quien cita jurisprudencia conforme del Superior Tribunal de España.

la cláusula penal. La solución contraria supone permitir al deudor incumpliente el congelamiento de su deuda mediante un acto contrario a derecho. Ningún interés tendrá en cumplir el deudor, porque de cualquier manera nada deberá más allá de la cláusula penal. Aun a riesgo de resultar reiterativos, insistimos en que, incumplida la cláusula penal y estando en mora en su obligación de pagarla, el deudor asume todos los riesgos de la contratación, debiendo indemnizar —evidentemente— al acreedor por la demora en el pago de la accesoria (ya sea que el acreedor haya optado por ella o la haya acumulado a la principal por previsión contractual)[63]. En tal sentido se ha resuelto que procede disponer el pago de los intereses desde la interposición de la demanda sobre la suma que se fijó como pena por violación del contrato [64].

Las penas moratorias, en cambio, provocan algunas dudas. Si ellas acceden a obligaciones que no tienen por objeto dar sumas de dinero, deben regir los mismos principios expuestos en el punto anterior. Ningún inconveniente legal existe en que éstas devenguen intereses. Por ej., la vendedora se ha obligado a entregar la cosa enajenada en el término de 30 días, bajo apercibimiento de que si no lo hace pagará una pena de $ 100 diarios por cada día de demora. No existen razones ni legales ni morales para eximir al vendedor incumpliente de los intereses correspondientes a los $ 100 diarios. En efecto, la cláusula penal opera a la manera de un capital impago que debe redituar intereses por todo el tiempo que el deudor contraría la palabra empeñada de pagar en tiempo oportuno. El argumento de la inmutabilidad de la pena se contesta con las mismas réplicas efectuadas al tratar la cláusula compensatoria.

[63] Conf.: Borda, ob. cit., t. I, nº 207; Machado, t. II, p. 386, nota al art. 653; Leiva Fernández, "L.L.", 156-1172; Gatica Pacheco, nº 342.

[64] Cám. Com. Cap., 7/8/44, "Mancebo y Cía. c. Tufik", "G.F.", 171-504.

En cambio, cuando las penas acceden a obligaciones dinerarias, la cuestión resulta un poco más dudosa. Por ej., la compradora se obliga a pagar el precio $ 1.000, y para el supuesto de cumplimiento tardío, se estipula una pena de $ 10 diarios. En este caso, sustancialmente todo interés que devenguen los 10 pesos significan un interés sobre un interés (por cuanto en esencia esos diez pesos no representan sino el 1 % de interés diario); de este modo se produciría el anatocismo vedado por el art. 623 del C. Civil [65]. Sobre el particular caben las siguientes observaciones.

*a*) Que vieja jurisprudencia entendió que "no constituye anatocismo la estipulación de intereses punitorios devengados por las cuotas de intereses no satisfechos a tiempo" [66], precisamente con el argumento de que en este caso los intereses punitorios constituyen cláusulas penales. La suma que debe pagarse en caso de mora, importa en realidad establecer una cláusula penal para asegurar el cumplimiento de la obligación, conforme a lo dispuesto en el art. 652 del C. Civil, y no una acumulación de intereses sobre intereses, por cuyo motivo no juega la prohibición del art. 623 del Código citado [67].

Por nuestra parte, *no* compartimos este criterio. No es posible que en virtud de la invocación de la cláusula penal, se consagre lisa y llanamente el fraude a la ley [68].

[65] Cám. Nac. Civ., Sala C, 9/12/74, "Asociación de Beneficencia Dotal San Jorge c. Villamil", en "J.A.", 27-1975-111, y "Repertorio", XXXV, 1975-A-I, 945, nº 86; Cám. Nac. Civ., Sala D, 20/10/76, "Schachter Broide c. Chici", "L.L.", 1977-B-181 (*en este caso se admitió el devengamiento de* intereses porque la pena accedía a una obligación de hacer); Cám. Paz, 30/3/40, "J.A.", 70-88.

[66] S.T. Santa Fe, 30/12/58, "Dumont c. Fridman", "J.A.", 1959-III-342, y "L.L.", 98-681.

[67] Cám. Civ. 1ª Cap., 21/12/37, "Soc. Arg. de Edificaciones c. García, Jesús", "L.L.", 9-427, y "J.A.", 60-850; Cám. Civ. 2ª Cap., 25/10/38, "Sociedad Argentina de Edificación c. Verri, Luis", "L.L.", 12-251; Cám. 2ª La Plata, Sala 2ª, 28/8/59, "Alcántara c. Pereira", "J.A.", 1960-V-11, nº 128.

[68] Ver: Jorge Mosset Iturraspe, *Anatocismo*, "J.A.", 24-1974, p. 173; Guillermo Díaz, *Anatocismo e intereses punitorios*, "J.A.", 60-851. En este mismo orden de ideas, ha dicho el Dr. Vocos en su voto en disidencia: "Aun

Nuestro Código *veda* el devengamiento de intereses sobre intereses, salvo pacto en contrario posterior o existencia de liquidación judicial aprobada. En consecuencia, admitir el anatocismo por esta vía, supondrá en definitiva permitir que viole la ley impunemente.

*b*) Es cierto que no existe identidad conceptual entre intereses punitorios y cláusula penal, pero es real que ambas cumplen una función muy similar: compeler al deudor al pago de la deuda y prefijar los daños. Es razonable que a los efectos de disminuír o no las cláusulas penales los jueces no estén maniatados, rigiéndose exclusivamente por las tasas de interés, pero no lo es que apliquen soluciones absolutamente dispares para regular situaciones parecidas: permitir sustancialmente el anatocismo cuando se ha pactado una suma fija de dinero (cláusula penal) y vedarlo cuando se ha pactado un porcentaje (intereses) es contrario a toda lógica. Es decir, la falta de identidad permite al juez manejarse con libertad dentro de ciertos márgenes, pero a su vez la similitud obliga a dar soluciones coherentes.

No desconocemos que importante doctrina y jurisprudencia sostienen el devengamiento de intereses cualquiera que sea la obligación a la cual accede la pena; en tal sentido se ha resuelto que "el contratante que incurre en la sanción de la cláusula penal pactada debe también los intereses de ésta desde que fue puesto en mora mediante la interpelación extrajudicial" [69]. Pero insistimos en que ella nos

---

cuando el tribunal ha admitido la revalorización de la cláusula penal, cuando ésta asume la forma de pacto de intereses punitorios, su eventual reajuste queda sometido a las mismas previsiones legales que rigen el anatocismo" (Cám. Nac. Civ., Sala A, 23/8/78, "Fernández c. Vidal", "L.L.", 1978-D, fallo 76.594). Advertimos, sin embargo, que se trata de un problema distinto: acumulación de reajustes (que no aceptamos, como explicamos luego) e intereses.

[69] Cám. Com. Cap., 31/7/44, "Cinematográfica Argentina S.A. c. Matropiedra", "L.L.", 35-804; Cám. Civ. Com. Santa Fe, Sala 1ª, 23/4/76, "Colasanti c. Parera", "J.A.", 1977-III, índice, p. 87; Gatica Pacheco, nº 242; Leiva Fernández, "L.L.", 156-1172.

acerca muy peligrosamente al fraude a la ley, permitiendo por vía indirecta violar el sabio precepto del art. 623, que es, en nuestro criterio, de orden público.

Debemos, sin embargo, hacer una aclaración: si el acreedor reclama *sólo la cláusula penal moratoria* (por ej., porque el deudor cumplió con la principal, habiéndose hecho oportuna reserva de reclamar la cláusula penal), es viable la pretensión de cobrar intereses sobre la cláusula, en función de que se ha *capitalizado,* siendo ella el monto reclamado. Se nos podrá atacar de formalistas, porque otorgamos o no el derecho a los intereses basándonos en un hecho contingente, cual es que la pena se reclame o no juntamente con el capital. Sin embargo, estimamos que tal crítica sería injusta, porque la prohibición del art. 623 se *funda más que en el derecho a reprimir la usura, en evitar* la sorpresa o la extorsión. Coincidimos con Mosset Iturraspe en que éste es el fin último del artículo, porque si así no fuera la prohibición debiera ser absoluta. Por eso, una vez que la cláusula penal se ha capitalizado, pareciera que de ninguna manera el deudor podrá sostener que ha sido extorsionado o sorprendido [70].

En tal sentido debemos recordar el fallo plenario de la Cám. Fed. Civ. Com. y Contencioso-Administrativo, por la gran similitud que guarda con el caso: "Cuando se demanda el cobro de una suma de dinero correspondiente a intereses devengados por un capital totalmente cancelado con anterioridad, relativo a certificados de obra, procede condenar en la sentencia al pago de intereses sobre la suma reclamada" [71]. En el voto de los camaristas que se pronunciaron por la afirmativa, y en especial en el del Dr. Pérez Delgado, se meritúan las mismas razones con las cuales fundamos nuestra solución: la capitalización de la deuda y la falta de presunción de conducta extorsiva.

[70] Mosset Iturraspe, ob. cit., "J.A.", 24-1974, p. 173.

[71] 29/6/78, "M.B.M.S.A. c. Dirección Gral. de Parques Nacionales", "J.A.", 1978-III, fallo 27.575, y "L.L.", 1978-C, fallo 76.214.

§ 165. *Cláusula penal y depreciación monetaria.* — Oportunamente prestamos nuestro decidido apoyo a la tesis hoy reinante en la jurisprudencia nacional que admite el reajuste monetario de la deuda principal cuando el deudor es moroso en su cumplimiento [72]. También dijimos en el § 106 que el deudor moroso en la obligación contenida en la cláusula penal, debe soportar la repotenciación de la accesoria.

Pero el tema que tratamos bajo este capítulo es otro: si la estipulación de una pena *obsta* o *perjudica* al reajuste dinerario de la *obligación principal.* La solución del tema está íntimamente vinculada al *fundamento jurídico* por el cual se admite la repotenciación de la deuda principal dineraria. Sabido es que la jurisprudencia y la doctrina se enrolan en dos vertientes distintas: para una, se trata de un problema del sistema monetario basado en las funciones del dinero; se sostiene que debe prevalecer la función de cambio de la moneda por encima de las otras funciones; que el prestigio de la moneda nacional y su valor no pueden ser respaldados en el ámbito del derecho privado, porque la función de éste es la de hacer justicia entre las partes, y cuando la moneda se deprecia el derecho privado tiene que tener en cuenta esa realidad, exista o no mora del deudor. Esta posición lleva al *valorismo* absoluto [73], que sostiene que la condena a soportar la indexación no es una pena al deudor moroso ni un resarcimiento de daños y perjuicios, sino un mecanismo corrector de cifras, derivadas de la oscilación del poder de adquisición de la moneda, destinado a mantener el equilibrio patrimonial entre el deu-

[72] Ver nuestra nota a fallo: *Deudas pecuniarias y de valor: hacia una jurisprudencia de valoraciones,* "J.A.", 1976-IV-276.

[73] Para la diferencia entre valorismo y revaluación, ver Eliyahu Hirschberg, *El principio nominalista,* trad. por Jorge M. Roimiser y Mónica G. C. de Roimiser, Depalma, Bs. As., 1976. Se adhiere, entre otros, a la posición de que la repotenciación no significa aplicar los principios de la responsabilidad civil, Epifano Condorelli, *Régimen procesal de la indexación,* Ed. Platense, La Plata, 1978, p. 91.

dor y el acreedor para que ninguno de ellos se pueda considerar ni perjudicado ni beneficiado. Si el reajuste no significa *un resarcimiento de daños*, no existe impedimento alguno en hacer lugar a la repotenciación del capital principal, aun cuando se haya pactado una cláusula penal. En este sentido se ha resuelto que "intereses, cláusula penal y revalorización, son instituciones diferentes que persiguen finalidades también diversas tanto de orden jurídico como económico. Aquéllos significan la renta normal del capital comprometido (arts. 621 y ss. del C. Civil); y en el caso de punitorios, penalidad ante el incumplimiento o cumplimiento moroso. La cláusula penal constituye estimación pecuniaria fijada por las partes intervinientes previniendo los posibles daños y perjuicios derivados del incumplimiento (arts. 652 a 656 del C. Civil), y no precisa la prueba de los daños producidos por su misma naturaleza convencional. Pues bien, tales daños y perjuicios pueden producirse ante el incumplimiento de la obligación, independientemente de que haya existido o no envilecimiento de la moneda, y es de advertir que todo incumplimiento acarrea, normalmente, algún perjuicio, aun en el caso de que el signo monetario no haya sufrido variaciones, puesto que el perjuicio no deriva ya de la depreciación sino del simple retardo en la ejecución de la prestación convenida. Cierto es que la norma del art. 655 del C. Civil dispone que la multa impuesta en la obligación entra en el lugar de la indemnización de los perjuicios e intereses cuando el deudor se hubiese constituído en mora. No obstante, al ser conceptos diferentes, no se oponen entre sí, como tampoco uno puede ser comprensivo del otro: la cláusula penal cubre los presuntos daños emergentes del incumplimiento, mientras que la actualización, sin modificar intrínsecamente el valor comprometido, intenta la adecuación de los guarismos representativos de aquél, de modo que el capital resultante guarde proporcionada relación con

la variación meramente cuantitativa operada por obra del proceso inflacionario" [74]. En esta misma posición, y asimilando los intereses punitorios a las cláusulas penales, se ha resuelto que "no obsta a la actualización por depreciación monetaria la circunstancia de que las partes hayan convenido intereses moratorios, ya que ellos no constituyen una revalorización de la deuda" [75].

Ésta es la tesis de la Corte Suprema de la Nación, que ha resuelto *in re* "Cangiani, Arnaldo H., c. Ortiz, Roberto, suc., y otros", el 6 de setiembre de 1979: "Es admisible en

[74] 3ª Cám. de Apel. en lo Civil, Comercial y Minas de la ciudad de Mendoza, 15/1/77, "Sosa Carrera c. Lucio Pereyra, por hipotecaria", fallo 11.792, inédito. Conf.: Ignacio Gortari, *Naturaleza jurídica de la revalorización monetaria. Algunas derivaciones prácticas*, "E.D.", t. 78, ps. 795 y ss.; Cám. Nac. Com., Sala D, 12/5/78, "Bungallo c. Pocaluzko", "L.L.", 1978-D-133; Roland Arazi, *Problemas procesales que suscita la depreciación monetaria*, "L.L.", 1979-C-986.

En algunos fallos se tiene en consideración un aspecto netamente práctico, cual es si los intereses punitorios pactados son o no manifiestamente resarcitorios. En tal sentido ha dicho la Cám. Nac. Civ., Sala D, el 12/10/78, en autos "Ballarino, A., c. Gramano de Pische": "El convenio de intereses moratorios no obsta a la revalorización del crédito cuando la tasa pactada no constituye un reajuste adecuado en la deuda; en esas condiciones, es de aplicación obligatoria la doctrina plenaria de la Cámara Civil del 9/9/77, en el caso de «La Amistad S.R.L. c. Iriarte». Pero cuando, como en el caso, el interés punitorio acordado no es manifiestamente no resarcitorio del deterioro de la moneda (8,50 % mensual), ha de estarse a lo convenido" ("L.L.", 1979-A-132, fallo 76.721).

[75] Cám. Nac. Civ., Sala A, 24/4/78, "Unión Ferroviaria c. Los Obreros del Riel", "L.L.", fallo 76.050; ídem, 24/4/78, "Ledinic, Antonio, c. Ladowsky", "L.L.", fallo 76.051; ídem, 28/4/78, "Pallares c. Salvático", "L.L.", fallo 76.053; ídem, 20/4/78, "Lepore c. Cánovas", "E.D.", 10/7/78, nota de recopilación de jurisprudencia, sumario 49; ídem, 28/4/78, "Santana c. La Loma", en idéntico sumario; idem, 24/8/78, "Consorcio de Propietarios Galería Tribunales c. Gran Galería del Centro", "L.L.", 30/11/78, fallo 76.623; ídem, 14/9/78, "Banco Municipal de Bs. As. c. Seguí", "L.L.", 21/2/79, fallo 76.873; Sala D, 12/10/78, "Ballarino, Ambrosio F., c. Gramano de Fische", en "E.D.", 16/3/79, fallo 31.722; Cám. Nac. Civ., Sala F, 14/12/77, "Gallo c. Aranda de Fernández"; ídem, 31/3/78, "Firenze S.A. c. Keen"; ídem, 13/4/78, "Ruiz de Calvo c. Cedro"; Sala E, 31/3/79, "Asociación Francesa c. Nucera de Seijas" (todos estos fallos pueden compulsarse en la nota de agrupación de jurisprudencia citada de "E.D.", diario del 10/7/78). Conf.: Elena Highton de Nolasco, *Recientes fallos sobre actualización monetaria y medida de su aplicabilidad a los créditos hipotecarios*, "L.L.", 1978-A-820.

salvaguarda del derecho de propiedad protegido por la Constitución nacional el reajuste por depreciación monetaria en los supuestos de mora del deudor del crédito, sin que la estipulación de intereses punitorios convenida, dada su notoria insuficiencia con relación a la magnitud del fenómeno inflacionario, sea obstáculo para el acogimiento de dicha pretensión" [75 bis].

No participamos del valorismo. Para nosotros la revaluación de las obligaciones dinerarias no es sino un capítulo de la responsabilidad civil. Que hayamos negado la diferencia ontológica entre deudas de dinero y de valor no significa que borremos del Código Civil el principio nominalista. Hemos dicho que si el deudor cumple en el término convenido, se desobliga entregando la cantidad nominal prometida por imperio de los arts. 607, 616, 619, 2250, etc. Por supuesto que siempre quedará al acreedor el remedio de la imprevisión contractual previsto en el art. 1198 cuando se cumplan los recaudos establecidos en el mencionado artículo. Pero si el deudor es *moroso*, entonces entran a funcionar todos los principios de la *responsabilidad civil*: él debe asumir todos los riesgos de la contratación dentro de los cuales se encuentra —sin lugar a dudas— la depreciación del signo monetario. Es decir, hemos dicho *sí* a la revaluación y *no* al valorismo absoluto. En esta posición ubicamos a los dos plenarios de las cámaras nacionales (civil y comercial). La primera dijo: "corresponde revalorizar una deuda de dinero en relación con la depreciación monetaria en el caso de que el deudor hubiere incurrido en mora". Y la segunda: "en caso de mora del deudor de obligación dineraria, durante la cual el acreedor se vea perjudicado por una depreciación monetaria que manifiestamente no resulta compensada a través de los intereses

[75 bis] "L.L.", 1979-C, fallo 77.808. Debe destacarse, sin embargo, que el fallo de la Corte nacional encuadra dentro de la tendencia jurisprudencial citada al final de la nota 74, pues se hace expresa mención de la insuficiencia de los intereses pactados.

previstos en el art. 622 del C. Civil, procede otorgar al acreedor que lo solicite en la oportunidad adecuada, además del interés puro o neto, una suma adicional que repare el mencionado daño; ello sin perjuicio de la distinta solución que pueda adoptarse en los casos concretos en que así lo imponga la aplicación de normas legales particulares" [76]. No es del caso analizar los distintos votos de sendos plenarios, pero de una simple lectura puede derivarse fácilmente la adhesión de la mayoría de sus miembros a la tesis de la aplicación de los principios de la responsabilidad civil.

Pues bien, si la revaluación procede en virtud de los principios vigentes en materia de responsabilidad civil, no es lógicamente posible aplicar unos y rechazar otros. Dentro de los principios vinculados a la responsabilidad, el art. 655 dispone que si los daños se hubiesen valuado mediante una cláusula penal, no puede el acreedor reclamar *otra* indemnización (el reajuste, agregamos), aunque pruebe que la pactada es insuficiente. En tal sentido se ha resuelto que "si existe una disposición convencional de tipo sancionatorio, acordada libremente, a la que la ley le atribuye una jerarquía equivalente a la misma —para ambas partes—, se daría en cuanto al pedido de cómputo de la desvalorización monetaria el supuesto de «normas legales particulares» a que se refiere el fallo plenario de esta Cámara de fecha 13/4/77, lo cual torna improcedente el pedido de la actora en este aspecto" [77]. Con el argumento de que los intereses punitorios se asimilan a las cláusulas penales,

[76] Cám. Nac. Civ., en pleno, 9/9/77, "La Amistad c. Iriarte", "L.L.", 1977-D-1, "E.D.", 74-463, y "J.A.", 1977-IV-3; Cám. Nac. Com. en pleno, 13/4/77, "L.L.", 1977-B-186; "E.D.", 72-566, y "J.A.", 1977-II-338; consideramos innecesario hacer un listado de la proficua doctrina que se ha pronunciado al respecto. La lectura de los diferentes votos trae claridad en cuanto a que en el seno de la Cám. Com. se insinuaron las derivaciones prácticas de uno y otro criterio.

[77] Cám. Nac. Com., Sala B, 10/11/77, "L.L.", 2/8/78, fallo 76.125

jurisprudencia reiterada ha sostenido que "cuando la obligación de dinero lleva pacto de intereses moratorios —los usualmente denominados punitorios— ellos tienen el significado de una cláusula penal, que entra en sustitución de los daños y perjuicios moratorios. Por lo tanto, siendo que la inmutabilidad —por cierto relativa— es un rasgo típico de la cláusula penal, y que en virtud de tal carácter según lo dispone el art. 655 del C. Civil el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente, habida cuenta que en la especie media pacto de intereses punitorios, es que debe estimarse que el reajuste pretendido por devaluación de la moneda resulta improcedente" [78].

La solución propuesta en el sentido de que la cláusula penal obsta al reajuste, debe ser bien entendida en un doble aspecto:

*a*) La existencia de la cláusula penal no impedirá al acreedor invocar y acreditar la teoría de la *imprevisión* (art. 1198) y, por ende, que el juez deje sin efecto la cláusula penal pactada cuando ésta resulta absolutamente insuficiente para cubrir los perjuicios producidos, permitiéndose un reajuste equitativo de la prestación principal siempre que se hayan cumplido las exigencias previstas en la norma.

*b*) La no revaluación de la principal *no* impide la *repotenciación de la cláusula penal* cuando el deudor ha

[78] Disidencia del Dr. Vocos en los fallos de la Sala A, citados en nota 75. Conf.: Cám. Nac. Com., Sala B, 8/7/77, "Renaware c. Sosa", "E.D.", 23/5/78, fallo 30.697, y "J.A.", 20/9/78, fallo 27.727; en el mismo sentido todos los fallos de la Sala B, "Industrias Rab c. Di Gisi", 7/6/77; "Renaware c. García", 26/7/77; "Cortana c. Cappeletti", 8/6/77, todos publicados en "E.D.", diario del 1/2/78, nota en jurisprudencia agrupada, resúmenes 43 a 45. Voto en disidencia Dr. Bosch, 20/7/78, "Golmo c. Nasutte", "L.L.". 22/9/78, fallo 76.277; Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., Sala VI, 15/2/77, "L.L.", 1977-C, fallo 74.647; ídem, 14/6/77, "Cabrera c. Dolero", "L.L.", Suplemento mensual del repertorio general, mayo de 1978, resumen 400; Sala V, 30/8/78, "Norte S.R.L. c. Purita", "L.L.", 15/1/79, fallo 76.760. Otra jurisprudencia puede compulsarse en Eduardo Zannoni, ob. cit., *Revaluación de obligaciones dinerarias*, ps. 145 y ss. Conf. con la solución expuesta en el texto, Omar U. Barbero, ob. cit., *Indexación de las deudas de dinero*, nº 122.

caído en mora. Es decir, el tema tratado no se identifica con el resuelto en el capítulo III, § 106. Debe distinguirse adecuadamente la repotenciación del capital cuando existe cláusula penal (respuesta negativa), de la repotenciación de la cláusula penal cuando exista mora en el cumplimiento de la obligación accesoria (respuesta positiva). La diferenciación surge clara de un voto del Dr. Vocos, quien ha dicho: "En virtud del art. 655 del C. Civil, el reajuste de la principal pretendido —*no el de la cláusula penal extraño al recurso*— resulta improcedente si media en la especie pacto de intereses punitorios" [79].

Una posición intermedia entre las dos soluciones expuestas ha sido desarrollada por Moisset de Espanés [79 bis], quien concluye por no dar reglas absolutas. Sostiene que si bien en principio el pacto de intereses moratorios o la cláusula penal impedirían el reajuste del capital, ello no acontece cuando se acredita que las partes pretendieron el pago de la pena con independencia del reajuste monetario. Afirma que la solución requerirá de los magistrados un mayor esfuerzo, por cuanto en cada caso concreto deben indagar cuidadosamente cuál fue la función que las partes adjudicaron a la cláusula penal.

Por nuestra parte consideramos que si existe pacto que permita la acumulación, el caso no ofrecerá dificultades, por cuanto habrá que estar a la voluntad de las partes, salvo las previsiones del art. 656. Pero si esta estipulación no aparece clara, el reajuste deberá ser denegado en razón de que se presume que la cláusula fue pactada para indemnizar todos los perjuicios causados (§ 114). De allí, entonces, que insistamos en la solución propuesta.

[79] Cám. Nac. Civ., Sala A, 16/12/77, "Casol c. Pedatella", "J.A.", 1978-II-167. Efectúa también la distinción, Barbero, ob. cit., nº 120.

[79 bis] Luis Moisset de Espanés, *El reclamo de intereses moratorios o punitorios y el reajuste por depreciación monetaria*, en "Zeus", t. 18-D-61 y ss.; igualmente, *Existencia de cláusulas penales y reactualización de deudas*, "E.D.", 82-635.

§ 166. 3) *A resolver el contrato.* — El juego armónico de la resolución y la cláusula penal provoca interesantes problemas que analizaremos en los parágrafos siguientes.

§ 167. *La estipulación de una cláusula penal no priva del derecho a resolver.* — Un viejo fallo de la Corte de París resolvió que la existencia de una cláusula penal impide al acreedor solicitar la resolución, porque la pena tiene como función compeler al deudor al *cumplimiento* de la obligación, y no a su disolución [80]. Siguiendo esta línea de pensamiento, la Sala D de la Cám. Nac. Civil ha resuelto que "si no se ha estipulado el pacto comisorio, la cláusula que fija un interés punitorio no autoriza a pedir la resolución del contrato. En tal caso, esta cláusula significa la renuncia a la facultad rescisoria" [81]. Aunque oportunamente marcaremos las diferencias entre cláusulas penales e intereses punitorios (ver § 242), debemos desde ya señalar que el intérprete debe actuar con suficiente flexibilidad para no dar soluciones opuestas a casos análogos. Consideramos que ni cláusula penal ni intereses punitorios suponen renuncia al derecho a resolver. Éste es, después de la sanción de la ley 17.711, un elemento natural de las convenciones con prestaciones recíprocas, por lo que es menester una cláusula clara que obste al ejercicio de este derecho por parte del cumplidor. Ésta es la razón por la cual la doctrina nacional que admite la renuncia al derecho a resolver en razón de ser una facultad establecida en exclusivo interés privado de las partes, alerta sobre las grandes dificultades que ocasiona la renuncia tácita, ya que como toda manifestación tácita de voluntad, suele dar lugar a grandes

[80] Ver referencia a este fallo, revocado luego por la Corte de Casación francesa, en Laurent, t. XVII, nº 446.

[81] Cám. Nac. Civ., Sala D, 20/5/78, "Grosso, Federico, c. Stamponi", con nota nuestra. La simple estipulación de intereses moratorios o de una cláusula penal no impide el derecho a resolver, en "L.L.", 1980-A-18, fallo 77.833.

dificultades. Por eso, exige hechos o cláusulas de las cuales se deduzca *necesariamente* la renuncia. Es que conforme al art. 874 del C. Civil argentino, la intención de renunciar no se presume, por lo que la interpretación de los hechos que conduzcan a probarla debe ser *restrictiva.* No desconocemos que en los casos de renuncias onerosas, como dicen Llambías y Borda [82], hay que estar a la más aproximada equivalencia de las obligaciones recíprocas. Pero aun así, no creemos que la mera estipulación de cláusulas penales o intereses moratorios pueda suponer tal aproximación. Ésta es la razón por la cual compartimos plenamente la buena senda señalada por la Sala C de la Cámara Nacional Civil, cuando resolvió que "la existencia de la multa diaria pactada por la demora en escriturar no obsta a la resolución por incumplimiento. Esa estipulación no constituye una renuncia tácita a la facultad resolutoria del vendedor, puesto que la intención de renunciar, en general, no se presume" [83].

§ 168. *La cláusula penal, ¿supone un pacto resolutorio?* — En cambio, mucho se discute si la sola existencia de una cláusula compensatoria importa un pacto comisorio que permita al acreedor dar por extinguido el negocio —ante el incumplimiento de la otra parte— mediante la simple comunicación fehaciente de la voluntad de resolver. El tema tiene íntima vinculación con el más general de si la cláusula penal compensatoria tiene finalidad resolutoria.

[82] Llambías, *Obligaciones...*, cit., t. III, nº 1870; Borda, *Obligaciones...*, cit., t. I, nº 974.

[83] Conf.: Cám. Nac. Civ., Sala C, 27/10/69, "Acuña c. Szabo", "L.L.", 140-749, fallo 24.579-S; Sala D, 7/6/77, "J.A.", 1979-I-617, fallo 28.146. Conf.: Da Cunha, t. IV, vol. II, nº 531; con el criterio que sustentamos, con relación a la cláusula de intereses moratorios, Luis Moisset de Espanés, *Notas sobre la resolución del contrato y la mora*, en "J.A.", 1969-I-569, comentando el fallo de la Cám. Nac. Civ. En ese caso, el Dr. Llambías se pronunció en favor de la tesis que compartimos, en tanto que los doctores de Abelleyra y Garzón Maceda hicieron mayoría en la que rechazamos.

Tal función se patentizaría —fundamentalmente— cuando la cláusula penal tiene por objeto otorgar al acreedor el derecho de hacer suyas las sumas entregadas por el deudor. Recordamos que esto acontece —normalmente— en las ventas por mensualidades. La respuesta afirmativa se ha sostenido con el argumento de que el acreedor, al optar por la cláusula penal, está en realidad disolviendo la obligación, efecto que se produce igualmente con el pacto resolutorio. En tal sentido, dice Busso: "La cláusula encierra un pacto comisorio, sin perjuicio de ser algo más que un simple pacto comisorio" [84]. Pero aun admitiendo la función resolutoria, se ha dicho que ésta es eventual porque las partes podrían excluírla mediante pacto expreso en contrario al admitir la acumulación de pena y principal [85].

Nosotros compartimos la tesis de Llambías cuando afirma que si bien la cláusula penal compensatoria funciona "en conexión" con la resolución del contrato, no es ella la que produce la resolución, sino que ésta se produce por *el incumplimiento.* Es decir, la causa que motiva la resolución no es la existencia de la cláusula penal, sino el hecho de que el deudor incumple permitiendo al acreedor el ejercicio de la acción resolutoria [86]. La prueba acabada de lo que decimos está en que el contratante puede exigir la resolución y renunciar a la cláusula. Por ej., el vendedor re-

[84] Busso, ob. cit., p. 462, nº 84.

[85] Mosset Iturraspe, ob. cit., p. 1227.

[86] Llambías, ob. cit., t. I, nº 137. Señala que la escisión depende del modo procesal en que se plantea la demanda. Comentando el fallo recaído en el *leading case* "Lavalle Cobo c. Canale" ("L.L.", t. 115, p. 333, y "E.D.", 9-221), de la Sala A de la Cám. Nac. Civil, que el autor integraba, dice: "Si el demandante formula un reclamo rígido y global (resolución del contrato y cobro de la consiguiente multa o pena) actuaría arbitrariamente el juez que le impusiera una disociación inconciliable con la postura procesal de aquél, que tropezaría con la imposibilidad de determinar una resolución contractual en condiciones diferentes a las exigidas por el contratante favorecido con esa para él facultativa resolución". Conf. con lo expuesto en el texto: Santos Briz, ob. cit., t. III, p. 93, quien cita jurisprudencia española conforme

quiere la resolución, pero restituye las sumas entregadas. Una aplicación de esta posición doctrinal es la jurisprudencia reiterada que distingue entre el ejercicio normal, lícito, del derecho a resolver, y el abusivo de pretender una cláusula penal exorbitante [87]. De lo expuesto se deriva que la sola existencia de una cláusula penal no puede tomarse como la estipulación de un pacto comisorio, sin perjuicio de que el mismo hecho que provoca la eficacia de la cláusula penal —el incumplimiento— motive también el derecho del acreedor a resolver.

§ 169. *Cómo deben liquidarse los daños y perjuicios cuando se produce la resolución del contrato si éste contiene una cláusula penal.* — Hemos dicho que no obstante la existencia de la cláusula penal el acreedor tiene derecho a resolver. Pero como, cualquiera que sea la vía elegida (pacto comisorio tácito o expreso), la resolución por incumplimiento concede al acreedor el derecho a reclamar daños y perjuicios, se discute si éstos deben liquidarse conforme a las normas del derecho común, o si están limitados y estipulados por la cláusula penal pactada.

Como puede advertirse fácilmente, la discusión doctrinal y jurisprudencial en torno de este problema es de significativa importancia práctica: si se liquidan conforme a la cláusula penal, no habrá necesidad de acreditar los daños, pero también estarán limitados por el monto estipulado sin poder reclamarse mayores montos aunque sea insuficiente.

Un sector propicia la aplicación lisa y llana de la cláusula penal —tal como si se hubiese pedido el cumplimiento del contrato—. En tal sentido se pronuncia Mosset Itu-

[87] Conf. con la distinción: Cám. Nac. Civ., Sala C, 8/6/76, "Saljayi c. Di Filippo", "E.D.", 96-285; Sala D, 18/6/65, "E.D.", 12-125, "L.L.", 119-527, y "J.A.", 1965-V-86; S.C. Bs. As., "L.L.", 19-997; Sala A, 14/2/78, "Dzierewianko c. Ital Construcciones S.A.", "E.D.", 77-560.

rraspe [88], argumentando que no es posible distinguir el incumplimiento de la obligación principal del incumplimiento del contrato entendido como un todo; la cláusula penal accede a un negocio jurídico, y no a una obligación aislada, y dentro de este negocio garantiza el cumplimiento de las obligaciones emergentes; si la resolución del contrato reconoce como razón fundante el incumplimiento, no es posible que los daños reclamados por el acreedor excedan a los determinados en la cláusula, prevista justamente para el caso de incumplimiento.

Otra posición, en cambio, considera que en virtud del carácter accesorio de la cláusula penal, declarada la resolución del contrato, tiene por efecto volver las cosas al estado anterior al momento de la concertación. En este sentido se ha dicho: "Adviértase que el presupuesto de la pretensión de la pena consiste en el incumplimiento de la obligación principal, en tanto subsista ésta en su virtualidad de tal. Pero si se desvanece esta obligación por falta de causa, en razón de la resolución o rescisión que la había originado

[88] Mosset Iturraspe, ob. cit., p. 1236; Giorgi, t. IV, nº 463; Demogue, t. VI, nº 443; Isaac Halperin, *Resolución de los contratos comerciales*, Depalma, Bs. As., 1968, p. 31, nº 9; Cám. Com. Cap., Sala A, 27/8/58, "López c. Rosenbusch", "J.A.", 1960-III-5, nº 34; Ospina Fernández, ob. cit., nº 206; Edgard Ferreyra, *Principales efectos de la contratación civil*, ed. Ábaco, Bs. As., 1978, p. 289; Da Silva Pereira, ob. cit., t. II, p. 141; Mario Piantoni, *El pacto comisorio y su aplicación en los contratos tipo*, "L.L.", 148-1228; aunque su opinión no es muy clara, por lo que trascribimos al lector los párrafos pertinentes: "Los daños y perjuicios antes mencionados suelen convenirse, de antemano, en los contratos, especialmente en los contratos de compra y venta de inmuebles celebrados en instrumentos privados justipreciándoselos en el monto de lo que hubiese entregado hasta el momento de la resolución, o/y en las mejoras introducidas en la cosa objeto del contrato de compra y venta. Tal justipreciación será válida en la medida que no afecte el orden público, la moral y las buenas costumbres (arts. 21 y 953).

"Pero la obligación convenida de pagar daños y perjuicios, y la facultad resolutoria son dos cosas independientes. Como consecuencia de la resolución de la relación contractual provocada por el incumplimiento injustificado de la prestación por una de las partes, nace la responsabilidad de esta última de pagar los daños y perjuicios ocasionados, pero no en virtud de la disolución del vínculo, sino del hecho del incumplimiento injustificado de la prestación".

falla el presupuesto de la pena: el acreedor podrá pretender, en ese supuesto, el resarcimiento de los daños y perjuicios que le provoca la disolución del contrato —habida cuenta de la liberación que obtiene con respecto a sus propias obligaciones nacidas de ese mismo contrato—, pero no una pena carente de causa. Para que tuviese derecho a esta pena, sería indispensable la disposición contractual que así lo decidiese, en cuyo caso la causa o título de la pena estaría no en la inejecución de la insubsistente obligación principal, sino en el pacto de las partes para la hipótesis de la resolución o rescisión del contrato. Son supuestos distintos que impiden, por la interpretación restrictiva que cuadra hacer de la cláusula penal, que se traslade ésta de un campo a otro" [89].

En nuestro criterio, debe distinguirse entre cláusulas penales compensatorias y moratorias.

En este último caso no tenemos dudas en cuanto a que el acreedor no podrá invocar la cláusula moratoria para reclamar los daños producidos hasta el momento en que opta por la resolución, porque precisamente su elección supone volver las cosas al mismo estado en que se hallaban antes de la concertación. Es cierto que la retroacción en el pacto comisorio no opera con la misma fuerza que en la condición resolutoria o en la nulidad, pero es un principio indiscutido que la resolución produce la disolución del vínculo obligacional que ataba a las partes. Es decir, el acreedor no puede pretender las ventajas emanadas de la

[89] Llambías, ob. cit., t. I, nº 350, nota 77. Conf.: Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, 2ª ed., t. III, p. 407; De Page, t. III, nos. 121 ter y 123; Baudry-Lacantinerie, t. II, nº 1366; Laurent, t. XVII, nº 460; Mazeaud-Tunc, t. III, vol. II, nº 2637; Alberto G. Spota, *Actas de las sesiones del Instituto de Estudios Legislativos*, t. III, p. 119, comentando las disposiciones del Proyecto de 1936. Conf.: Cám. Nac. Civ., Sala B, 7/12/66, "Azzaro c. Asociación de Socorros Mutuos", "L.L.", 125-553. Las cláusulas penales previstas para los supuestos de resolución son muy frecuentes aunque a veces aparecen desdibujadas por la terminología utilizada por las partes. Ver Cám. Nac. Com., Sala A, 13/10/77, "Finkelberg c. González", "J.A.", 1978-III-18.

cláusula penal y al mismo tiempo sostener que las obligaciones a su cargo han quedado extinguidas, por ej., *A* compra a *B* un inmueble, estipulándose en el boleto de compraventa que la mora en el pago de las cuotas en que se ha dividido el precio se sanciona con la suma de $ 1.000 diarios. Si ante el incumplimiento en el pago del precio, la vendedora hace valer el pacto comisorio pactado o declara resuelta la venta por voluntad del acreedor conforme al procedimiento establecido en el art. 1204 del C. Civil (o 216 del C. de Comercio), no puede pretender el devengamiento de la pena moratoria hasta el día en que solicitó la resolución. Una pretensión de este tipo supondría una contradicción en los términos: se entiende extinguido el contrato en unos aspectos y se lo tiene vigente para otros. En este caso los daños moratorios deben liquidarse conforme a las reglas del derecho común. Sólo podría hacerse valer la cláusula penal cuando un pacto expreso de las partes así lo admitiera.

Pero la solución señalada no se aplica cuando la cláusula penal accede a obligaciones que no se extinguen con la resolución; ello ocurre normalmente en aquellas de ejecución periódica que imponen el cumplimiento de prestaciones sucesivas en lapsos de tiempo establecidos de antemano, a las que se corresponden contraprestaciones recíprocas [90]. Por ej., si en un contrato de locación se ha pactado una pena moratoria para el supuesto de pago tardío de los arrendamientos, la acción por resolución intentada por el locador en función de lo dispuesto por el art. 1579 no le impide reclamar el pago de los arrendamientos adeudados y la pena estipulada. La diferencia de soluciones es notoria y obvia: en la compraventa en cuotas la resolución produce la extinción de la obligación de pagar el precio (tanto las cuotas devengadas como las futuras); en la locación,

[90] Sobre los diversos tipos de obligaciones de ejecución duradera, ver Cazeaux y Trigo Represas, ob. cit., t. II, vol. I, ps. 305 y 306.

en cambio, la resolución no extingue la obligación de pagar los arrendamientos devengados y, por ende, tampoco muere la cláusula penal que los asegura.

Lo expuesto no es sino una simple aplicación de lo dispuesto por el art. 1204: "Mas en los contratos en que se hubiese cumplido parte de las prestaciones, las que se hayan cumplido quedarán firmes y producirán, en cuanto a ellas, los efectos correspondientes" [91].

Durante las Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, reunidas en octubre de 1978, el despacho único firmado por los doctores Jorge H. Alterini, A. C. Belluscio, M. J. Bendersky, E. T. Bianchi, S. Cifuentes, R. Compagnucci de Caso, I. Goldemberg, L. Miquel, A. F. Trigo Represas, E. D. Zannoni y la autora de este trabajo, recomendó que en casos de resolución es *inaplicable* la cláusula penal establecida para los supuestos de mora, salvo cuando ella accede a obligaciones que no se extinguieron con la resolución.

Si la pena es *compensatoria,* la cuestión es de más dudosa solución: la adhesión a la postura que afirma la inaplicabilidad de la pena supone dos inconvenientes: por un lado puede llevar a la violación del art. 655 del C. Civil y, por ende, a un apoyo velado al fraude a la ley; en efecto, en los supuestos de penas medianamente insuficientes, el acreedor —a fin de no ver limitado su derecho a los daños y perjuicios— optará por la resolución obteniendo de esta manera una reparación integral. Por ej., Juan vende a Pedro 20.000 litros de vino, estipulándose que la falta de entrega de la mercadería en el tiempo convenido se sancionará con una pena compensatoria de $ 30.000.000. Si Juan no entrega el vino, Pedro resuelve (por su propia autoridad:

[91] Para la interpretación del texto legal ver, entre otros, Anteo Ramella, *La resolución por incumplimiento,* Astrea, Bs. As., 1975, nos. 86 y ss.; Mario J. Bendersky, *Incumplimiento del contrato,* Depalma, Bs. As., 1963, nº 68.

arts. 1204 del C. Civil y 216 del C. de Comercio o judicialmente) y reclama los daños efectivamente producidos (que pudieron ser mayores a la pena estipulada, todo lo cual depende de las oscilaciones producidas en el mercado del vino).

La otra dificultad es de orden práctico: se dice que si la pena se ha estipulado para el incumplimiento definitivo, por qué no aplicarla cuando se opera la resolución. ¿Cuándo sería entonces aplicable? La pena compensatoria se habría convertido en *rara avis* del mundo negocial. Este argumento llevó al despacho mayoritario de las Quintas Jornadas Sanrafaelinas (suscrito por todos los autores mencionados precedentemente, menos la autora de este trabajo) a resolver que "en caso de existir cláusula penal para el supuesto de incumplimiento definitivo, ella será igualmente aplicable de mediar resolución".

Pese a la enjundia de los sostenedores de esta posición (adviértase que la mayoría de quienes la firman son prominentes profesores argentinos), hemos osado suscribir el despacho minoritario, que sostiene: "Operada la resolución, los daños compensatorios deben liquidarse de conformidad con las pautas del derecho común, salvo estipulación expresa en contrario, en razón de que la tesis inversa podría llevar en la mayoría de los supuestos a la aplicación de cláusulas exorbitantes no reducibles por no darse los presupuestos subjetivos requeridos en el art. 656, 2ª parte, del C. Civil". Fundamos nuestra posición —al amparo de la autoridad de Llambías— en los siguientes argumentos, mediante los cuales replicamos las objeciones previamente expuestas:

Admitimos que en casos excepcionales la solución que propiciamos pueda ser violatoria del art. 655, pero estimamos que los peligros que ella ocasiona son mucho menores que los provocados por la posición contraria. Se nos podría decir que tarifando los daños y perjuicios con la

cláusula penal siempre quedaría la posibilidad de su reducción si ella es excesiva (art. 656, 2ª parte), pero es que la acción por disminución requiere de ciertos elementos subjetivos que no siempre podrán ser invocados en estos casos (ver § 84 y ss.).

En cuanto a que la no aplicación supondría que la cláusula penal compensatoria se convertiría en *rara avis* en el mundo de los negocios, creemos que debemos recapacitar sobre los ejemplos proporcionados. La resolución produce la *extinción* de las obligaciones a cargo de *ambas partes*. Es decir, en el ejemplo elaborado, si Pedro opta por la resolución, Juan no debe el vino (sino la indemnización), pero a su vez él *no debe el precio*. En cambio, si Pedro opta por la cláusula penal (art. 659), él no extingue las obligaciones a su cargo. En nuestro criterio, la cláusula penal no tiene en sí misma función resolutoria, y por ello, el hecho de que el acreedor opte por la pena no supone que se extingan las demás obligaciones a su cargo. Por eso estimamos que la tesis que propiciamos es la que respeta en el fondo a la voluntad de las partes: la deudora de la cláusula penal la asumió en razón de que la contraparte debe las obligaciones a su cargo. ¿Puede válidamente sostenerse que se interpreta la voluntad contractual cuando se dejan subsiguientes unas obligaciones y no otras? Cuando el acreedor opta a su arbitrio por la cláusula penal es porque quiere el contrato en el cual ella se ha pactado. Si en cambio quiere la extinción de las obligaciones de él derivadas, no puede prevalerse de una de sus cláusulas.

Esto no es sino aplicación del principio de *accesoriedad* que insufla a la cláusula penal. Tal como lo analizaremos en el capítulo siguiente, la extinción de la obligación principal supone la muerte de la cláusula penal. La resolución produce la frustración de las obligaciones derivadas del pacto principal; en consecuencia, también deben morir las derivadas de la estipulación accesoria.

Por lo demás, debe pensarse en que la aplicación de la posición mayoritaria en las Quintas Jornadas Sanrafaelinas puede llevar en la práctica a soluciones totalmente disvaliosas. Reflexiónese que el régimen de imputabilidad de las cláusulas penales tiene características propias (art. 654; ver § 120 y ss.); que en consecuencia el deudor que ha incumplido aun por falta levísima, será responsable del pago de la pena; que deberá la pena aun cuando el incumplimiento y la resolución no le hayan producido al acreedor daño alguno (art. 656), y ¡todo sin contraprestación alguna!

Todas estas argumentaciones nos llevan a sostener —salvo pacto expreso que demuestre la voluntad contractual contraria— que tampoco las penas compensatorias pueden ser aprovechadas por el acreedor que opta por la resolución, quien para reclamar daños y perjuicios deberá acudir a los principios del derecho común.

El criterio que defendemos fue también receptado en materia de contratos administrativos: "Existiendo una cláusula penal y un pacto comisorio expreso para el caso de incumplimiento de las obligaciones, el ejercicio de la facultad rescisoria impide que con posterioridad la Administración pueda demandar válidamente el cumplimiento de la cláusula penal que como accesoria se extingue junto con la principal" [92].

La solución que propiciamos rige no sólo cuando la resolución opera por una manifestación facultativa del acreedor, sino cuando ella se produce por razones ajenas a la libre opción del sujeto activo. En tal sentido se ha resuelto que "la rescisión de la locación dispuesta por el juez de la quiebra de los locatarios ha tornado imposible el cumplimiento del contrato y produce por ello la caducidad de la cláusula penal estipulada para el supuesto de

[92] Juzgado Federal de Primera Instancia de San Rafael, "Fisco Nacional c. Salaff, Mario", 25/6/69, en "Mundo Jurídico", nº 9, p. 16.

abandono de la locación por decisión unilateral de los inquilinos, lo que no obsta a considerar aparte los daños y perjuicios que el incumplimiento hubiere podido originar al locador" [93].

§ 170. *Cómo deben liquidarse los daños y perjuicios cuando la cláusula penal se ha pactado para el supuesto de resolución y se solicita el cumplimiento.* — Por los mismos principios expuestos y en razón del carácter restrictivo, también la inversa es exacta. Es decir, si la cláusula se pactó para el caso de demandarse la resolución por incumplimiento, los daños y perjuicios deben liquidarse conforme al derecho común si el acreedor ha optado por el cumplimiento. Compartimos, en consecuencia, el fallo de un tribunal santafecino que resolvió: "Si la cláusula penal se pactó para el supuesto de que el comprador optase por rescindir el negocio y exigir la restitución de la suma abonada no haciéndolo el vendedor, y el actor no ejercitó dicha opción, sino que impetró el cumplimiento del acuerdo, no puede pretenderse hacer extensiva la cláusula penal para un supuesto distinto del tenido en cuenta por las partes, pues se opone a ello el carácter restrictivo de que participa dicha institución y conforme al cual sólo rige para los supuestos previstos por los interesados" [94]. En el caso resuelto la solución se complicaba porque la sentencia primitiva era de las llamadas "sentencias abiertas", por cuanto condenó al cumplimiento de la prestación, y en subsidio de la no realización de la prestación primaria, al pago de los daños y perjuicios que se fijasen por incidente. Se trataba —como afirma el camarista preopinante— de una misma litis para cuya solución ha sido menester el fraccionamiento del proceso: una primera etapa concluída en una

[93] Cám. Civ. Cap., Sala E, 14/11/72, "J.A.", 17-1973-382.

[94] Cám. Apel. en lo Civil y Com. Santa Fe, "Calligaro c. Petroli", 5/3/79, en "Zeus", 18/9/79, nº 2911.

decisión de condena genérica, predominantemente declarativa, de certeza; y una posterior de liquidación o determinación de los daños. En razón del incumplimiento del vendedor y de la imposibilidad de cumplimiento en especie por el juez, debió entrarse a la segunda etapa del proceso. Consideramos acertado el fallo, porque esta segunda etapa no significa jurídicamente *la resolución* del contrato (con todos los efectos previstos en el ordenamiento, cual es, por ej., la restitución de las prestaciones cumplidas por ambas partes), sino su cumplimiento (aunque no en especie sino mediante la prestación sustitutiva). Es, como dice el art. 890 del C. Civil, un caso de "conversión" de la obligación originaria.

§ 171. DERECHOS DEL DEUDOR.

Los derechos del deudor están en relación directa con los analizados referentes al acreedor.

Podríamos enumerar, entre otros, el derecho a liberarse de los mayores daños que pudieran producirse, porque su responsabilidad está limitada por la pena. Con especial referencia a las penas compensatorias pueden mencionarse: el derecho a liberarse mediante el pago de la principal mientras no se haya producido el incumplimiento, porque la alternativa en favor del acreedor nace con el incumplimiento, y no antes; es decir, si el deudor cumple en tiempo propio, el acreedor no podrá pedirle la pena, y de allí su derecho a liberarse mediante la principal. Aun producido el incumplimiento, podrá extinguir el vínculo mediante el pago de la pena cuando se trate de obligaciones *intuitu personae* y fuera necesario ejercer presión sobre él para lograr el cumplimiento en especie. Tiene también derecho a oponerse al reclamo conjunto de pena compensatoria y principal, salvo pacto expreso en contrario; igualmente podrá repeler las acciones del acreedor que pretenden acumulaciones indebidas.

§ 172. LAS OBLIGACIONES CORRELATIVAS.

Consideramos innecesario reiterar principios. Las obligaciones correlativas son el otro lado de la moneda de los derechos expuestos.

## PARTE SEGUNDA

# SUJETOS PLURALES

§ 173. INTRODUCCIÓN.

Este tema de los sujetos plurales ha sido objeto de largas discusiones doctrinales, motivadas especialmente por la distinta interpretación que se ha dado a las fuentes romanas. Pero esta polémica debe considerarse inútil en nuestro derecho por cuanto Vélez Sarsfield, apartándose de las fuentes francesas que seguían las romanas, estructuró un sistema distinto del de sus precedentes. Ésta es la razón por la cual estudiamos la cuestión con independencia de la legislación comparada, porque la diversidad de textos tornan poco beneficiosa su remisión. Debemos señalar, sin embargo, que en la práctica no siempre las soluciones dadas por los diversos ordenamientos son contradictorias; al contrario, en muchos supuestos coinciden. Con relación a los sistemas adoptados por las distintas legislaciones, cabe señalar dos grandes tendencias:

*a*) la del derecho romano, seguida por el francés, chileno, etc., por la cual el tema se estructura partiendo del principio de que es la indivisibilidad o divisibilidad de la principal la que determina el régimen de la cláusula penal;

*b*) la adoptada por Freitas (arts. 999 y 1000 del *Esbozo*) y el derecho argentino (obviamente, también el

paraguayo), por la cual el elemento que se toma en cuenta y a partir del cual se estructuran las diferentes situaciones es la obligación debida por la cláusula penal. En realidad, previo a ello debiéramos señalar que todo depende de la conducta que el deudor asume en cuanto a la obligación principal. Si ésta se cumple, es su propia naturaleza la que determina la cuestión; ninguna influencia o incidencia tiene la cláusula penal. Pero si a causa del incumplimiento absoluto o relativo de la principal entra en juego la cláusula penal, es la naturaleza divisible de ésta la que determina cuáles son los principios aplicables, con independencia de la prestación principal [95].

§ 174. METODOLOGÍA.

Vélez Sarsfield reguló el tema en el título XI —que trata la cláusula penal—, y no en el título XII —referido a las obligaciones divisibles o indivisibles—. Siguió en este aspecto la sistemática francesa, continuada por la mayoría de los códigos latinoamericanos.

§ 175. 1) PLURALIDAD DE DEUDORES.

Se pueden presentar diversos supuestos. En todos los casos intentaremos responder a dos preguntas: ¿quién debe?, ¿cuánto debe?

§ 176. *Prestación principal y pena divisible.* — El ejemplo es el siguiente: Juan y Pedro convienen en entregar a Diego la suma de $ 40.000, bajo una pena de $ 400 por cada día que se retrasen en el pago.

La norma que rige este supuesto es el art. 661, que dispone: "Sea divisible o indivisible la obligación principal, cada uno de los codeudores o de los herederos del

[95] Cazeaux y Trigo Represas, ob. cit., t. II, vol. 1, p. 27; Salvat-Galli, t. II, nº 830; Llambías, t. II, nº 1100.

deudor no incurrirá en la pena sino en la proporción de su parte, siempre que sea divisible la obligación de la cláusula penal".

Debe sólo el deudor que incumplió su parte en la principal y en la proporción correspondiente. Así, en el ejemplo dado, si Juan cumplió con los $ 20.000 a su cargo, sólo Pedro deberá la cláusula y en la respectiva proporción, es decir, $ 200 diarios.

La solución tiene fundamentos lógicos: si la obligación principal es divisible, hay tantas obligaciones como deudores existen, por lo que cada uno responde por su parte (arts. 674 y 691 del C. Civil). Por eso son pasibles de la multa sólo los incumplientes culpables en sus respectivas porciones. La solución es congruente con lo dispuesto por el art. 698 para el caso de obligaciones mancomunadas [96].

§ 177. *Prestación principal indivisible y pena divisible.* — El ejemplo es el siguiente: Juan y Pedro venden a Diego un automotor que poseen en condominio, obligándose a pagar $ 400 diarios por cada día de retardo en efectuar la pertinente trasmisión en el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor. No desconocemos que se trataría, en realidad, de una indivisibilidad impropia, porque no se autoriza al acreedor a requerir el pago total a cualquiera de los deudores, como lo dispone el art. 686, sino conjuntamente a todos [97].

La mayoría de la doctrina nacional considera que es de aplicación al caso el art. 661 ya trascrito.

En el ejemplo dado, supongamos que sobre la porción indivisa de Juan se ha trabado un embargo por ante el Registro que impide la trasmisión. La culpa de Juan impide a Diego la satisfacción de su crédito *in totum*, porque

[96] Llambías, t. I, nº 366; Boffi Boggero, t. 2, nº 600; Salvat-Galli, t. I, nº 345; De Gásperi-Morello, t. III, nº 1531; Busso, t. IV, arts. 661 y 662, nº 11.

[97] Ver: Busso, t. IV, art. 686, nº 56.

la prestación debida no puede ser objeto de cumplimiento parcial. En virtud de esta indivisibilidad, Machado ha sostenido que la pena es debida *in totum*, pero que el acreedor tiene derecho a exigir a cualquiera su porción en la obligación. Dice expresamente: "Si suponemos que el fundo no admite división y tres de los cuatro herederos quieren entregarlo y uno se niega, se deberá la pena *total*, porque la obligación no puede cumplirse por parte contra la voluntad del acreedor; pero éste podría exigir de cada uno de los herederos su parte proporcional en la pena, aun de aquellos que querían cumplir con la obligación, salvo el derecho de éstos para repetir de sus coherederos. El acreedor no puede ser obligado a tomar la parte de los herederos que quisieran cumplirla, accionando contra los otros por la restante, porque la pena se ha puesto para asegurar el cumplimiento total de la obligación, y desde el momento en que esto no tiene lugar, el acreedor puede pedir a su elección, o el cumplimiento de la obligación o la pena estipulada. Todos los autores en esta hipótesis autorizan al acreedor para demandar la totalidad de la pena y la justicia así lo exige desde que la obligación es indivisible, y el Código, siguiendo al Proyecto de Freitas, art. 999, ha decidido esto mismo, pero estableciendo que la pena debe ser proporcional al haber de cada heredero" [98]. Con igual criterio se pronuncia Busso: "En las relaciones con el acreedor este caso debe resolverse sobre las siguientes bases: *a*) el incumplimiento de cualquiera de los deudores importa incumplimiento total y autoriza al acreedor para optar por la prestación penal; *b*) puede reclamar esa pena tanto a los deudores culpables del incumplimiento como a los inocentes; *c*) dada la divisibilidad de la prestación

[98] Machado, t. 2, art. 661, p. 396. Es llamativo que se sostenga que *todos* los autores autorizan al acreedor para demandar la totalidad de la pena, cuando justamente —como se verá— la tendencia mayoritaria es la opuesta.

penal sólo puede pretender de cada uno la parte que le corresponde" [99].

En cambio, Salvat, Llambías, Boffi Boggero, entre otros, y la jurisprudencia que hemos detectado, sostienen que en este caso debe prevalecer el principio de la personalidad de la pena [100]. Al optar por la prestación accesoria, el acreedor trasformó el objeto de la prestación, que era indivisible, en divisible. En consecuencia, no habría razón para dejar de lado el régimen o sistema personalista de la pena. Por eso en el ejemplo propuesto, para esta posición doctrinal, *sólo Juan debe $ 200 diarios.* En tal sentido ha dicho la Suprema Corte de Mendoza: "Cuando la obligación principal no es solidaria, sea o no indivisible, cada uno de los codeudores no incurrirá en la pena, sino en proporción a su parte, siempre que sea divisible la obligación de la cláusula penal" [101]; y la Cám. Nac. Civ., Sala D, más concretamente ha resuelto: "Si bien la obligación de escriturar es indivisible, no lo es la multa que se hubiere pactado para el caso de incumplimiento cuando existen condóminos enajenantes parcialmente incumplientes, ya que, al consistir en una suma de dinero, es divisible, por lo cual no debe recaer sobre los comuneros exentos de responsabilidad (art. 661 del C. Civil)" [102]. Es también el criterio de la Sala C. En erudito fallo dijo el Dr. Belluscio: "La obligación de escriturar aunque indivisible no es solidaria sino simplemente mancomunada, razón por la cual, en vir-

[99] Busso, ob. cit., t. IV, arts. 661 y 662, nº 16. Llambías, t. I, nº 366, nota 107, ubica dentro de esta posición a Borda, pero en realidad este autor no se pronuncia expresamente sobre este punto, al menos en la 2ª ed. de su obra, que es la que hemos compulsado. El supuesto que desarrolla extensamente es el de la *pena* indivisible.

[100] Salvat, ob. cit., t. I, nº 246; Llambías, ob. cit., t. I, nº 366; Boffi Boggero, ob. cit., nº 601. Conf.: De Gásperi-Morello, ob. cit., t. III, p. 578.

[101] 3/4/42, "Mateo, Francisco, c. Escurra de Zaragoza", "L.L.", 27-536.

[102] 27/8/69, "Pontoriero c. Mendiola", "E. D.", 31-184; ídem, 28/10/73, "Moretti c. Piccinnini vda. de Cremante", inédito.

tud de los arts. 661 y 698 del C. Civil, cuando en la obligación mancomunada hay una cláusula penal, no incurre en la pena sino el deudor que contraviniese la obligación, y solamente por la parte que le correspondía en la obligación aunque la obligación principal no sea divisible, con tal que lo sea la pena; en el caso, al no estar configurada la mora del codemandado, la pena sólo puede ser cobrada por su parte a su esposa" [103]. En igual sentido la Sala A: "Cuando uno de los demandados vendedores incurrió en mora, la pretensión del comprador de percibir la totalidad de la multa diaria es improcedente. Si la pena es divisible, el art. 661 del C. Civil establece claramente el principio de división de la pena, con prescindencia de la naturaleza divisible o indivisible de la prestación principal [104].

Nos adherimos a esta posición porque es la que responde a los presupuestos generales de la cláusula penal y de las obligaciones divisibles. De lo primero, porque hemos dicho que el deudor sólo debe la pena si el incumplimiento le es *imputable* (ver § 119 y ss.), salvo disposición expresa en contrario, y lo segundo porque en las obligaciones indivisibles como en las divisibles la culpa es personal y no se traslada a los demás. En materia de obligaciones indivisibles, los deudores no son garantes los unos de los otros y la culpa de uno no genera responsabilidad a cargo de los demás (a vía de ej., ver art. 685).

[103] Se trataba de una pena moratoria pactada en el boleto de compraventa suscrito por ambos esposos como compradores, para el supuesto de no concurrir a escriturar en el término pactado. Demandada la escrituración por la vendedora, el marido se allanó a la pretensión, no así la esposa, que ilegítimamente reclamaba la resolución del contrato. La Sala C condenó a ambos cónyuges a escriturar, pero hizo recaer la pena exclusivamente sobre la esposa en la parte proporcional correspondiente (en el caso, el 50 %). Cám. Nac. Civ., Sala C, "R S.A. c. C.A.A. y otra", 23/6/75, "L.L.", 1976-A-113. La Cámara resolvió sobre el difícil problema de la naturaleza jurídica del bien adquirido por ambos cónyuges con fondos gananciales.

[104] 6/4/78, "Sats y otro c. Szmukler, B., y otros", "L.L.", 1978-D-202, fallo 76.362, "E.D.", 11/12/78, fallo 31.513, y "J.A.", 1979-I, fallo 28.033, p. 290.

Pero para que se aplique el principio señalado, los deudores que se pretenden exentos deberán acreditar que el hecho del culpable es para ellos un verdadero caso fortuito; ello porque producido el incumplimiento imputable debe presumirse la culpa de todos los participantes [105]. La falta de una causal eximitoria producirá que *todos* deban la pena *en la cuota correspondiente.*

§ 178. *Prestación principal divisible y pena indivisible.* — El ejemplo es el siguiente: Juan y Pedro convienen en entregar a Diego $ 1.000.000 pactando para el caso de incumplimiento una pena compensatoria consistente en un lote. Juan paga los $ 500.000 a su cargo, pero Pedro incumple.

La norma que rige es el art. 662, que Vélez Sarsfield extrajo del art. 1000 del *Esbozo* de Freitas: "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".

Nadie discute que la pena, por su propia naturaleza, se debe íntegra, pero se discute *quiénes* están obligados (si sólo el incumpliente o ambos). Salvat, De Gásperi y Llambías, entre otros, opinan que únicamente se puede reclamar el pago de la pena al deudor culpable de la inejecución [106]. Este criterio se funda: en el principio de la personalidad de la pena; en el art. 698, que proporciona esta solución en las deudas mancomunadas sin distinguir —aparentemente— entre deudas divisibles e indivisibles; en que no obstante los términos del art. 662, éste se habría referido al *modo* como debe cumplirse la pena, y no a *quiénes* están obligados a ella. Nos permitimos trascribir parcial-

[105] Conf.: Llambías, nº 366.

[106] Salvat, ob. cit., t. I, nº 250; De Gásperi-Morello, t. III, p. 578; Llambías, t. I, nº 368.

mente un voto del Dr. Llambías, expresado en una cuestión de gran analogía con la que analizamos: "La razón de esta solución está en la noción misma de la indivisibilidad, que no crea una asociación de intereses entre los coacreedores o codeudores, sino que resulta de una imposición de los hechos que obstan al fraccionamiento de la prestación. Si cada deudor debe solventar el todo de la prestación, es sólo porque de hecho, no de derecho, no puede exonerarse de otro modo. Pero, en verdad, cada deudor permanece extraño a los demás y sólo responde por sus propios actos, y no por los ajenos" [107].

Otra posición —a la cual nos adherimos— aplica literalmente el art. 662, que expresamente dispone que siendo la pena "indivisible", *cada uno* de los deudores (culpables o no —agregamos—) queda obligado a satisfacer la pena entera. También aquí nos permitimos trascribir al paladín de esta posición. Dice Busso con maestría: "Las penas se pactan como garantías en favor del acreedor; si se pacta una pena indivisible, y si las obligaciones indivisibles pueden exigirse a cualquiera de los deudores (art. 686), es lógico que la pena —garantía— sea exigible en las mismas condiciones. La solución legal, por otra parte, no puede tildarse de injusta. La ley necesariamente debía elegir entre derivar las consecuencias del incumplimiento de un deudor hacia los codeudores que prometieron conjuntamente con él la pena indivisible, o derivarla hacia el acreedor. Para resolver el caso hay que preguntarse: ¿cuál de esos sujetos jurídicos está más próximo a la responsabilidad que se trata de hacer efectiva? Planteadas así las cosas, hay que resolver en favor del acreedor dándole acción para demandar la pena a cualquiera de los deudores; se le da algo que es suyo, porque la cláusula penal ha incorporado a su patrimonio una pretensión dirigida a la pena indivi-

[107] Su voto como integrante de la Sala A de la Cám. Nac. Civ., 24/3/66, "Gawianski, Isaac, c. Pegasano", "L.L.", 122-653.

sible y que debe funcionar en todos los casos en que se consume el incumplimiento" [108]. Borda [109] se ha adherido a este criterio sosteniendo que el art. 698 no ha previsto el caso de pena indivisible, supuesto expresamente reglado por el art. 662; por lo demás, el Código Civil ha consagrado más de una excepción al principio de la personalidad de la pena; así, por ej., el fiador debe responder si el afianzado no cumple, sin requerirse culpa subjetiva del primero.

Nuestra adhesión a este criterio deriva de razones prácticas. La excepción al principio de la personalidad de la culpa se justifica no sólo en virtud de una interpretación *gramatical* del art. 662, sino porque, en los hechos, las penas indivisibles (o al menos las impropiamente indivisibles) no pueden ser cumplidas sino por todos los deudores conjuntamente. Adviértase en el ejemplo que hemos proporcionado; ¿qué sentido tendría que condenemos a Pedro a entregar el inmueble si de hecho éste está en condominio con Juan, a quien hemos liberado del pago de la pena? Es decir, a más de los argumentos vertidos por la doctrina citada, nos encontramos con que la tesis contraria se torna inaplicable en concreto cuando la pena consiste en una cosa cierta.

Lo expuesto no significa negar al deudor no culpable el derecho a recurrir contra el culpable (relaciones de contribución entre codeudores); pero a más de ello, cuando existiera cumplimiento parcial, tendrá derecho a reclamar al acreedor la restitución de lo pagado, no sólo por un principio de enriquecimiento sin causa [110], sino porque la pretensión del acreedor de retener lo parcialmente pagado significaría vulnerar la regla del art. 659, que veda acumular pena y principal. Pero esta acción de "repetición" del deudor cumpliente será improcedente en los casos en

[108] Busso, t. IV, arts. 661 y 662, nº 8. Conf.: Boffi Boggero, t. 2, nº 604.

[109] Borda, t. 1, p. 210.

[110] Busso, t. IV, arts. 661 y 662, nº 12.

que se hubiese pactado expresamente el derecho a la acumulación.

§ 179. *Prestación principal divisible y pena solidaria.* — Por ej., Juan y Pedro se obligan a pagar a Diego la suma de $ 10.000, comprometiéndose solidariamente a pagar una pena de $ 100 por cada día de retardo.

Para un sector doctrinal se debe la pena *íntegra* por cualquiera de los deudores, cumplientes o incumplientes [111]. La cuestión no resulta dudosa, no sólo en razón de lo dispuesto en el art. 662, sino por los principios que informan las obligaciones solidarias (arts. 710, 714, etc.). En el régimen de la solidaridad la culpa de uno de los deudores se propaga a los demás, pues frente al acreedor la culpa y la mora de uno solo implica la de todos. Ello es así porque el carácter unitario que caracteriza a las obligaciones solidarias proviene de la unidad del título de la obligación; si se debe el todo por todos, es porque así lo impone la peculiaridad del título.

Claro está que si el acreedor hubiere recibido parcialmente la obligación principal, el deudor podrá solicitar la disminución proporcional de la pena cuando se dieran los requisitos previstos en el art. 660; pero esta posibilidad de reducción no debe confundirse con el derecho que el acreedor tiene a reclamar la pena aun al deudor cumpliente.

También en este caso quedarán pendientes las relaciones de contribución entre codeudores.

Llambías, en cambio, ha efectuado una seria crítica a esta posición, sosteniendo que si la obligación principal es divisible, como en realidad hay tantas obligaciones efectivas cuantos deudores existen (arts. 674 y 691), sólo son deu-

[111] Busso, t. IV, arts. 661 y 662, nº 14; Borda, t. 1, nº 211; Lafaille, t. I, nº 288; es innecesario recalcar que en razón de lo dispuesto por el art. 701 del C. Civil, la solidaridad de la pena debe haber sido expresamente pactada. Conf.: Cám. Nac. Civ., Sala D, 21/8/69, "Pontoriero c. Mendiola", "L.L.", 138-12.

dores de la multa *in totum* los que no hayan cumplido la prestación debida por ellos. Los que *cumplieron* su parte no son pasibles de la multa, porque con relación a ellos *no hay incumplimiento* (presupuesto para que la pena pueda ser aplicada). "Carecería de causa la pretensión de exigir el importe de la pena a los deudores que hubiesen solventado su parte de la obligación principal. De otra manera se convertiría en solidaria a la obligación principal, que no lo era, por ser simplemente mancomunada, con lo cual lo accesorio vendría a regir la suerte de lo principal" [112].

Los argumentos del profesor Llambías son impactantes, pero creemos estar en condiciones de contestarlos. En primer lugar, la solución propiciada choca contra el texto expreso del art. 662. Pero, además, ningún escándalo jurídico hay en que la naturaleza de la accesoria incida sobre la principal; precisamente éste es el criterio que Vélez adoptó, apartándose del Código Civil francés. Cabe recalcar, por último, que la solidaridad de la pena *no* ha convertido en solidaria a la principal, porque si la pena es compensatoria y el acreedor opta por el cumplimiento de la principal, ésta estará siempre regida como obligación mancomunada; y si la pena es moratoria, no podrá reclamar la principal sino a cada deudor en la porción que le corresponda.

§ 180. *Prestación principal y pena indivisible.* — El ejemplo sería el siguiente: Juan y Pedro venden a Diego una vaca, pactándose como sanción que la falta de cumplimiento de la obligación de entregar hará pasible a los vendedores de una pena consistente en la entrega de un caballo de *pedigree.*

Se plantean aquí las mismas discusiones doctrinales que advertíamos en el punto anterior. Mientras para la mayoría de la doctrina ambos deudores responden por el pago de la pena —aun cuando a uno de ellos no pudiera

112 Llambías, t. I, nº 370.

imputársele culpa (por ej., Juan quiere entregar la vaca, pero ésta se perdió por un hecho imputable a Diego)—, Llambías entiende que sólo debe condenarse al pago de la pena al incumpliente, basado en el principio de la personalidad de la culpa.

Nuevamente nos adherimos al criterio mayoritario. En ese caso, consideramos que debe aplicarse el art. 662, de cuya letra no debemos apartarnos. Las razones expuestas en el § 177 (obligación principal divisible y pena indivisible), nos relevan de mayores comentarios. A modo de resumen concluímos con Busso que los principios aplicables son los siguientes: "*a*) el incumplimiento de cualquier deudor abre la pretensión del acreedor dirigida a la pena; *b*) el acreedor puede reclamar íntegramente la pena indivisible a cualquiera de los deudores, tanto a los culpables del incumplimiento como aquellos que fueron ajenos a la culpa"[113].

§ 181. *Prestación principal indivisible y pena solidaria.* — Por ej., Juan y Pedro venden a Diego una vaca, pactándose como sanción que la falta de cumplimiento oportuno en la entrega hará pasibles a los vendedores de una pena moratoria de $ 100 por cada día de retardo debida solidariamente. Juan se allana al cumplimiento de la obligación, pero Pedro se resiste a la entrega.

Se plantean aquí las mismas discusiones doctrinales. La mayoría, a la cual nos adherimos, aplica el art. 662 del C. Civil; en consecuencia, Juan y Pedro deben los 100 diarios. Llambías, en cambio, aplica el principio de la personalidad de la culpa y hace pasible a Pedro de los $ 100 diarios (*in totum* porque se pactó como solidaria)[114].

Damos por reiteradas las argumentaciones vertidas en los puntos anteriores, que nos inclinan a adherirnos a la posición mayoritaria.

[113] Busso, t. IV, arts. 661 y 662, nº 18.
[114] Ver autores mencionados en notas 111 y 112.

§ 182. *Prestación principal solidaria y pena divisible.* — Por ej., Juan y Pedro compran a Diego un inmueble obligándose en forma solidaria al pago del precio, y pactando para el supuesto de cumplimiento tardío de esta obligación de dar, la suma de $ 10.000 por cada día de atraso.

Este supuesto no ha sido contemplado expresamente por Vélez Sarsfield, pero existe uniformidad doctrinal en que se rige por principios opuestos a los consagrados en el art. 661; aunque la pena sea divisible, cada deudor la debe *in totum.* Si la pena pactada es compensatoria, esta solución deriva del hecho de que la multa entra en sustitución del objeto debido en la principal; si es moratoria, porque debe seguir la suerte de la principal. En tal sentido debe recordarse que en el régimen de la solidaridad, la culpa de uno se propaga a los demás deudores (conf. arts. 710 y 711), por lo que la solidaridad de la principal tiñe de tal a la pena, aunque sea divisible [115].

Pero no siendo la solución expuesta un principio donde esté comprometido el orden público, las partes podrían pactar lo contrario.

§ 183. *Prestación principal solidaria y pena indivisible.* — Por ej., Juan y Pedro compran a Diego un inmueble obligándose en forma solidaria al pago del precio y pactando para el supuesto de incumplimiento la obligación de entregar otro inmueble.

Rigen exactamente los mismos principios que en el punto anterior, pues evidentemente se produce una mayor concentración. Es decir, Diego podrá exigir a Juan o a Pedro la entrega del inmueble pactado como pena, cualquiera que haya sido el culpable en la obligación de pagar el precio.

115 Llambías, t. I, nº 367; Salvat-Galli, t. I, nº 247; De Gásperi-Morello, t. III, p. 578; Boffi Boggero, t. 2, nº 602; Busso, t. IV, arts. 660 y 661, nº 20.

§ 184. *Prestación y pena solidaria.* — Por ej., Juan y Pedro compran a Diego un inmueble obligándose en forma solidaria al pago del precio y pactando para el supuesto de cumplimiento tardío la obligación de pagar $ 100 diarios, también en forma solidaria.

Se da el máximo de concentración. Diego podrá exigir a Juan o a Pedro los $ 100 diarios, cualquiera que haya sido el culpable en la obligación de pagar el precio [116].

§ 185. 2) PLURALIDAD DE ACREEDORES.

Con buena metodología y evitando la reiteración de normas, el Código Civil ha omitido regular los casos en que existe pluralidad de sujetos acreedores. La solución de los diversos supuestos que pueden presentarse no es dificultosa si se aplican los principios que hemos expuesto. Además, no se presentan los problemas relativos a la traslación o no de la culpa del obligado a los demás, que son los que motivan disidencias doctrinales cuando existe pluralidad de deudores.

La cuestión tiene gran trascendencia práctica, porque se presenta no sólo cuando existe multiplicidad inicial de sujetos acreedores, sino cada vez que el sujeto activo fallece dejando varios herederos.

Simplificaremos los distintos supuestos.

§ 186. *Obligación principal y pena divisible.* — Juan vende a Diego y Pedro 40.000 litros de vino común, pactándose como pena para el supuesto de cumplimiento tardío la cantidad de $ 40.000 por cada día de demora en la tradición. Juan entrega a Diego 20.000 litros, pero es remiso en cumplir los 20.000 restantes a Pedro.

La solución no es dudosa: sólo el acreedor impago puede pretender la pena por la parte que a él le correspon-

[116] En este supuesto existe uniformidad doctrinal.

de; el acreedor a quien se le ha satisfecho su porción en el crédito ha quedado desinteresado y, por ende, ningún derecho tiene a reclamar la cláusula. Es decir, Juan deberá a Pedro $ 20.000 por cada día de mora.

Explica acertadamente Llambías el fundamento de esta solución: habiendo tantas obligaciones cuantos acreedores existen (arts. 674 y 691), cada sujeto activo no tiene sino derecho a una parte del crédito, o, en caso de ser compensatoria, a una parte de la multa, sin título alguno sobre la parte percibida por el otro acreedor. Y aun en el supuesto de que el deudor (Juan, en nuestro ejemplo) hubiese entregado en exceso a uno de los acreedores (por ej., dio a Diego 30.000 litros), no lo libera de pagar a Pedro la mitad de la pena (es decir, $ 20.000 diarios), porque sería un pago efectuado a un tercero no autorizado, que no exonera al deudor, quien sigue obligado a satisfacer su parte al acreedor impago; Juan (el vendedor) sólo tendría derecho a repetir contra Diego el exceso, tal como si fuera un pago sin causa (arts. 792 y 675 del C. Civil)[117].

§ 187. *Prestación principal indivisible y pena divisible.* — Juan vende a Pedro un caballo, pactándose que la falta de entrega oportuna será sancionada con la suma de $ 10.000.000. Pedro muere dejando como herederos a Ricardo y Rosario.

Evidentemente, si Juan entrega a Ricardo el caballo objeto de la prestación se libera de la obligación con relación a Rosario (art. 686 del C. Civil). Pero si el deudor incumple, y los acreedores optan por la pena, cada uno de los herederos sólo tiene derecho a reclamarla en la proporción que a él le corresponde. En este caso el legislador se apartó de la regla de la accesoriedad de la cláusula penal,

[117] Llambías, t. I, nº 374; Salvat-Galli, t. I, nº 256; Borda, t. I, nº 212. Nos colocamos siempre en el supuesto de igualdad de partes tanto entre deudores como entre acreedores.

haciendo prevalecer la naturaleza divisible de la pena por sobre la indivisibilidad de la principal. Por ello, si se tratara de obligaciones donde la mora no se produce de pleno derecho (por ej., existe un plazo tácito, o indeterminado), el deudor deberá la pena moratoria *sólo* al acreedor que lo puso en mora, porque en materia de obligaciones divisibles rige el principio de la separabilidad del régimen de la mora. Insistimos en el mismo principio: existen tantas obligaciones como acreedores (arts. 675, 678 y concs. del C. Civil) [118].

La cuestión es ampliamente debatida en el derecho comparado, sobre todo en aquellos países —como Francia— en que la naturaleza de la principal trasciende a la de la cláusula penal. Pero en nuestro ordenamiento la solución no es dudosa en razón del claro art. 661 del C. Civil.

§ 188. *Prestación principal divisible y pena indivisible o solidaria.* — Juan vende a Pedro 40.000 litros de vino común, pactándose que la falta de entrega oportuna dará derecho a la compradora a exigir la entrega de un inmueble determinado. Pedro muere dejando como herederos a Ricardo y Rosario. Juan entrega a Ricardo 20.000 litros, pero nada da a Rosario. ¿Quién puede exigir la pena?

Aun cuando la pena sea indivisible, es evidente que Ricardo no puede reclamar, por cuanto con relación a él falta el presupuesto de aplicación de la sanción: su interés ha sido ya satisfecho [119].

¿Cuánto puede reclamarse? Rosario puede exigir la pena entera en razón del carácter indivisible de la prestación. Pero ¿qué efectos produce entonces el pago parcial? No es lógico suponer que la situación del deudor cumpliente —aunque sea parcialmente— deba ser peor que la del

[118] Boffi Boggero, t. 2, nº 606; Salvat-Galli, t. I, nº 257; Llambías, t. I, nº 375.

[119] Llambías, t. I, nº 377; Salvat-Galli, t. I, nº 261.

incumpliente; resultaría que si su incumplimiento es total debe sólo la pena; en cambio, si es parcial debería la pena y perdería lo entregado. No hay dudas de que en este supuesto deben aplicarse los principios emergentes del art. 660 del C. Civil, que obligan a reducir la pena parcialmente. La dificultad emana de la determinación de cómo se procede a esa reducción si precisamente la prestación de la pena es indivisible. Parecería que la única solución a este problema es la encontrada por el maestro Llambías: con el pago de la pena íntegra nace en favor del deudor una acción contra el acreedor que percibió la pena *in totum*, por *el valor* en que se hubiera estimado el pago del acreedor a quien se desinteresó mediante el pago parcial de la principal [120]. Para Salvat, en cambio, la norma aplicable es el 689 del C. Civil. Como se recordará, este artículo regla las relaciones de los acreedores entre sí, y de él deduce el maestro argentino que el sujeto activo que no percibió la pena tendría contra el que la recibió una acción recursoria por el valor de su parte, pero como el sujeto activo había sido desinteresado, esta acción se trasladaría al deudor [121].

Señala ajustadamente Llambías que el principio no puede deducirse del art. 689, porque el acreedor desinteresado no puede trasmitir al deudor una acción que nunca tuvo. En efecto, él careció desde siempre del derecho a la pena y, por ende, nada puede trasferir al deudor: "*nemo dat quod non habet*" (nadie da lo que no tiene). En consecuencia, este crédito del deudor contra el acreedor que percibió la pena por el *valor* de la prestación parcialmente cumplida, deriva de los principios que informan el art. 660 y, en especial, del enriquecimiento sin causa. En efecto, si permitiésemos que Rosario haga suya la pena entera y parcialmente la principal, provocaríamos un enriquecimiento

120 Llambías, t. I, nº 377, en especial nota 124.
121 Salvat, t. I, nº 262.

injustificado; piénsese que Ricardo no tiene acción contra su coacreedor en razón de que él, al ser satisfecho de la principal, careció del derecho a la pena; por lo que la acreedora que percibió la pena *in totum* cobraría dos veces, en detrimento del deudor.

§ 189. *Prestación principal indivisible o solidaria y pena indivisible o solidaria.* — Juan vende a Ricardo y José un caballo de *pedigree*, estipulándose que la falta de cumplimiento de la obligación de dar será sancionada con la suma de $ 5.000.000, que se pagará en forma solidaria.

En este caso, Juan se libera entregando a cualquiera de los compradores el objeto debido (arts. 686, 706 y concs. del C. Civil). Si no paga, cualquiera de los acreedores puede exigir el total de la pena, por lo que el pago de ella a cualquiera de los acreedores libera al deudor sin perjuicio de las acciones recursorias que pudieran corresponder entre sujetos activos.

§ 190. *Prestación principal solidaria y pena divisible.* — Diego y Ricardo entregan a Juan en mutuo la cantidad de $ 10.000, que el mutuario se obliga a restituír en forma solidaria en un término cierto, estipulándose para el caso de cumplimiento tardío la suma de $ 100 diarios.

En este supuesto no rige la solución que el art. 661 da para la obligación principal indivisible, porque la solidaridad *tiñe, se traslada a la pena.* Consecuencia importantísima de lo expuesto es que la mora en que hubiese incurrido el deudor con relación a cualquiera de los acreedores puede ser aprovechada por los demás para pedir la *pena íntegra.* Éste es un caso en que la naturaleza de la principal decide la suerte de la accesoria. Pero ya se ha explicado oportunamente que la solución emana del carácter unitario que deriva del título y que caracteriza a las obligaciones solidarias (art. 771 del C. Civil).

§ 191. 3) PLURALIDAD DE DEUDORES Y DE ACREEDORES.

Este supuesto —aunque en la práctica se muestra con mayor complejidad que la existente cuando sólo hay pluralidad de uno de los sujetos— no ofrece jurídicamente demasiadas alternativas, pues todo se reduce a aplicar adecuadamente los principios previamente expuestos. Ésta es la razón por la cual —en general— los autores no destinan esfuerzos intelectuales a resolver las distintas hipótesis posibles.

Es por eso que nos limitaremos a dar soluciones a diversos casos prácticos [122].

§ 192. *Obligación principal y pena divisible.* — Antonio, Benito y Carlos venden a Diego, Ernesto y Federico 9.000 quintales de uvas tintas, obligándose en caso de incumplimiento a pagar una pena de $ 45.000. Es decir, que cada acreedor sólo puede exigir a cada deudor 1.000 quintales (porque cada uno tiene una cuota de 3.000). Y en caso de incumplimiento cada acreedor tiene derecho a reclamar de cada deudor $ 5.000 (en razón de que su cuotaparte en la pena es $ 15.000). Supongamos que Antonio entrega a Diego, Ernesto y Federico mil quintales a cada uno. Antonio nada debe, y en consecuencia los acreedores nada pueden reclamarle. Benito sólo entrega a Diego 1.000 quintales, y Carlos nada. En este supuesto, Benito debe 1.000 quintales a Ernesto y Federico, o si éstos le reclaman la pena, deberá pagar $ 5.000 a cada uno, y Carlos deberá a cada uno de los acreedores la cuota de la prestación a su cargo o, en su defecto, la correspondiente a la pena.

122 Seguimos el método propuesto por el maestro Llambías, t. I, nº 379, nota 125.

§ 193. *Obligación principal indivisible y pena divisible.* — Juan y Pedro venden a Diego y Ricardo un automotor, obligándose a pagar por cada día de demora la suma de $ 8.000. Diego y Ricardo tienen derecho a exigir a cualquiera de los vendedores la entrega del automotor, pero si la obligación no se cumple, cada uno de ellos sólo podrá reclamar a cada uno de los deudores $ 2.000 diarios. En la posición que hemos defendido, si el automotor no se entrega por culpa exclusiva de Pedro, sólo él deberá $ 2.000 diarios a cada uno de los compradores.

§ 194. *Prestación principal divisible y pena indivisible o solidaria.* — Juan y Ricardo venden a José y Rodolfo 8.000 litros de vino común, pactándose para la falta de cumplimiento una pena cuyo objeto consiste en un animal reproductor de determinadas características.

Juan entrega a José y a Rodolfo 2.000 litros a cada uno, pero Ricardo incumple en forma absoluta. En la posición que hemos defendido, tanto Juan como Ricardo deben el animal reproductor, en razón de que el art. 662 determina que si la pena es indivisible, *cada* deudor está obligado a pagar la pena íntegra. Pero si Juan y Ricardo hubiesen entregado a José 2.000 litros cada uno, José nada podría reclamar y sólo Rodolfo estaría en condiciones de peticionar la entrega del animal. Mas, como de esta manera se verían perjudicados notablemente los deudores (porque han cumplido parcialmente la obligación y deben no obstante la pena *in totum*), tienen acción contra Rodolfo por restitución del valor que significa la prestación parcialmente cumplida; es decir, que en virtud del principio que informa el art. 660, Rodolfo tendrá ahora una deuda con cada uno de los vendedores por el valor de 2.000 litros de vino común.

§ 195. *Prestación indivisible y pena solidaria.* — Juan y José venden a Ricardo y Rodolfo un caballo de *pedigree*, pactándose que la falta de cumplimiento de la obligación será sancionada con una multa de $ 5.000.000, que deben ser pagados en forma solidaria por los deudores. En este supuesto la obligación se extingue para cualquiera de los deudores si uno de ellos cumple con la obligación de dar cosa cierta a cualquiera de los compradores. Pero si no se entrega, cualquiera de los deudores responde ante cualquiera de los acreedores por el total de la pena, aun cuando uno de ellos pudiese invocar su falta de culpa, conforme a la posición mayoritaria a la cual nos hemos adherido.

§ 196. *Obligación solidaria y pena divisible.* — Juan y Pedro venden a Diego y Ricardo 8.000 litros de vino común, obligándose solidariamente a su entrega, pactándose como pena para el incumplimiento la cantidad de $ 160.000.

Diego tiene derecho a exigir a Juan o a Pedro los 8.000 litros de vino, y a su vez la entrega que haga Juan a Pedro o Diego a Ricardo extinguen la deuda. Pero si ninguno cumple, tanto Diego como Ricardo pueden exigir a Juan o a Pedro los $ 160.000, por supuesto que sin perjuicio de las acciones recursivas que tengan entre acreedores o entre deudores entre sí. La solución se funda en que en estos casos la solidaridad de la principal trasciende a la pena.

§ 197. REDUCCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL EN LOS SUPUESTOS DE OBLIGACIONES CON SUJETOS MÚLTIPLES.

Nos remitimos a lo explicado en el § 101.

## Capítulo VII

# EXTINCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

### § 198. Acepción de la palabra "extinción".

Usamos este término en sentido amplísimo, incluyendo todas aquellas vicisitudes o accidentes por los cuales la cláusula penal deja de tener pleno vigor o eficacia. Por eso no nos circunscribimos a los medios enunciados por el art. 724 del C. Civil, sino que comprendemos todos los supuestos que restan eficacia no sólo al derecho sino a la acción de la cual es titular el acreedor. Ésta es la razón por la cual tratamos en este capítulo también a la prescripción. Esta acepción no escapa a la terminología usada por el propio Vélez Sarsfield, quien en la nota al art. 724 menciona como modo extintivo el cumplimiento de la condición y el plazo resolutorio, la nulidad y la prescripción.

### § 199. Principio general.

Como norma rectora puede formularse la siguiente: la cláusula penal reconoce dos formas generales de extinción: por vía de consecuencia al extinguirse la principal a la cual accede y de forma independiente por extinción de la pena misma.

§ 200. EXTINCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL POR VÍA DE CONSECUENCIA.

En razón de su carácter accesorio, la cláusula penal se extingue toda vez que desaparece el vínculo al cual se halla subordinada; el principio es claro y responde a la propia razón de ser de la cláusula penal; si ésta se pacta para constreñir al cumplimiento de un negocio principal, acabado éste, la existencia de la cláusula carece de causa-fin. Prácticamente ningún código contiene una norma general en tal sentido, porque ella es innecesaria: se deduce del propio carácter accesorio. Recordamos, sin embargo, que para otros negocios jurídicos accesorios, como son la fianza, la prenda y la hipoteca, el Código Civil argentino contiene normas específicas. Así, por ej., dispone: "La fianza se extingue por la extinción de la obligación principal, y por las mismas causas que las obligaciones en general, y las obligaciones accesorias en particular" (art. 2042); "La prenda se extingue por la extinción de la obligación principal a que accede" (art. 3236); "La hipoteca se acaba por la extinción total de la obligación principal sucedida por alguno de los modos designados para la extinción de las obligaciones" (art. 3187). Referida a la cláusula penal, nuestro Código consagra una *aplicación* de la regla formulada al disponer en el art. 665: "Si la obligación se extingue sin culpa del deudor queda también extinguida la cláusula penal". Peirano Facio ha criticado la norma no sólo por ser reiterativa de otras disposiciones (a vía de ej., ver art. 525), sino porque estaría defectuosamente redactado: "Es preciso señalar la confusión que introduce al referirse a los casos de extinción de la obligación principal *sin culpa del deudor*. En efecto, si la extinción se produce *con culpa del deudor*, lo que propiamente sucede es que la obligación principal no se extingue: queda subsistente, aun cuando fuera de cosa cierta y ésta ha perecido, la ejecución efectiva

de la misma deberá hacerse sobre cosa distinta de la idénticamente debida. Por eso, no tiene sentido decir que si la obligación principal se extingue sin culpa del deudor queda extinguida la cláusula penal, ya que la obligación principal no puede extinguirse con culpa del deudor: lo que puede suceder es, a lo más, que por culpa del deudor desaparezca la posibilidad de hacer cumplir *en natura* la obligación principal" [1].

No alcanzamos a comprender acabadamente la crítica del autor uruguayo. Si nuestro legislador hubiese dicho: "Si la extinción se produce por culpa del deudor, subsistirá la cláusula penal", ella sería viable; pero Vélez se ha referido concretamente al supuesto en que no media culpa del deudor, utilizando aquí la palabra *extinción* con el mismo criterio que la emplea en el art. 888 cuando definiendo o conceptualizando a la imposibilidad del pago como modo extintivo de las obligaciones expresa que "la obligación se extingue cuando la prestación que forma la materia de ella viene a ser física o legalmente imposible *sin culpa* del deudor". Por lo demás, hemos explicado suficientemente en el capítulo V la gran incidencia que la disposición trascrita tiene para la interpretación acabada del art. 654 [2].

Pasaremos revista a los principales medios extintivos a fin de señalar algunas particularidades.

§ 201. *Pago.* — No hay duda de que cuando el deudor cumple con la prestación inherente al objeto de la obligación principal (sea ésta una obligación de dar o de hacer), extingue la cláusula penal. La regla no ofrece dificultades cuando el pago se ha efectuado en forma absolutamente satisfactoria en cuanto al objeto debido, tiempo y lugar. Pero cuando el pago ha sido insatisfactorio en ciertos aspectos, la cuestión se torna más dudosa.

[1] Peirano Facio, ob. cit., nº 190.
[2] Ver § 121 y ss.

Cuando la cláusula penal es *moratoria* se discute su extinción si el deudor recibió *tardíamente* la principal sin hacer expresa reserva de su reclamo. La opinión que estimamos minoritaria se pronuncia por la negativa: "Cuando la pena ha sido puesta como compensación en la mora, se acumula a la principal y el deudor no se libera cumpliendo extemporáneamente con la principal. El acreedor no pierde el derecho de exigir el monto de la cláusula penal moratoria, aunque hubiera aceptado el cumplimiento de la principal" [3]. La tendencia mayoritaria que compartimos resuelve, en cambio, que "la recepción de la principal sin expresa reserva de reclamar la cláusula penal, extingue a esta última" [4]. La solución se funda en el carácter accesorio de la cláusula penal (art. 523), por lo que corresponde aplicar el art. 525 del C. Civil en su primera parte.

El cumplimiento *parcial* de la principal ha producido también algunas discusiones doctrinales. Llerena [5] estima que si el acreedor acepta la ejecución parcial *sin reservas* y sin demandar la parte de la pena que corresponde, se entiende que *renuncia a la pena*; pero que si acepta la eje-

[3] Cám. Nac. Civ., Sala F, "Bollón c. Junín", "L.L.", 137-86, "J.A.", 4-1969-551, y "E.D.", 70-659, nº 3044 bis.

[4] Cám. Nac. Civ., Sala A: 8/5/73, "Siher S.A. c. Maciel", "L.L.", 151-121; 1/10/65, "Giangreco c. Leto", "E.D.", 19-91, "L.L.", 121-613, y "J.A.", 1966-I-652; Sala B: 4/4/75, "Dehter c. Dira S.A.", "L.L.", 1975-B-624, y "J.A.", 27-1975-416; Sala C: 20/7/73, "Benmaci c. Naviera", "E.D.", 58-359, "J.A.", 19-1973-495, y "Rep. L.L.", XXXV, 1975-140; 28/2/67, "Comendez c. Lusa", "E.D.", 19-83, y "L.L.", 126-66; Sala E, 24/6/69, "Grivelli c. Linembaum", "L.L.", 127-763; 8/10/65, "De Bonis c. Caraballo", "L.L.", 121-502; Cám. Nac. Fed., Sala Civ. y Com., 29/7/69, "Empresa de Ferrocarriles Argentinos c. Cía. Sansinena", "L.L.", 137-761, y "J.A.", 4-1969-212; Cám. Nac. Com., Sala A, 22/10/52, "Di Paolo c. Ptasnik", "L.L.", 70-127; 10/11/61, "Acuña y Cía. c. Cerverizzo", "J.A.", 1962-I-655, "L.L.", 106-283, y "E.D.", 2-843; Cám. Com. Cap., 26/10/38, "Quatraro c. Feinmann", "J.A.", 65-206; Cám. Civ. Com. 1ª Tucumán, 10/8/73, "San Miguel c. Cía. Azucarera", "L.L.", 153-418; Corte Suprema de Salta, Sala I, 17/3/67, "Keticoglu, F., c. Maigua", "L.L.", 127-397; ver nota de Redacción *La cláusula penal y la ejecución irregular*, en "L.L.", 70-127. Conf.: Busso, t. III, art. 652, nº 145; Spota, *Tratado de la locación de obra*, 2ª ed., t. II, Depalma, Bs. As., 1977, nº 259, p. 108.

[5] Llerena, ob. cit., t. III, art. 660, nº 1, p. 139.

cución parcial en la creencia de que se va a cumplir totalmente y después no se cumple, puede entonces pedir la pena. No compartimos la primera parte del razonamiento. Hemos explicado en el capítulo III que cuando el acreedor recibe el pago parcial en la inteligencia o creencia de que el deudor lo completará posteriormente formulando reserva en tal sentido, la pena se debe íntegramente. Pero la aceptación del pago parcial sin reservas de ningún modo puede hacer presumir la *renuncia* a percibir la cláusula *in integrum*. Cuando el acreedor acepta el cumplimiento parcial la pena *debe reducirse*, conforme lo determina el art. 660, pero de ninguna manera se extingue, como lo pretende este clásico del derecho nacional. Concluímos: el único pago que extingue la pena es el *total*; el *parcial*, aunque fuera hecho sin reservas, sólo faculta a la *reducción*. Claro está que la conducta del acreedor deberá valorarse según las especiales circunstancias del caso. Es por eso que pese a la regla formulada coincidimos plenamente con la Cámara Federal cuando resolvió: "Si a los pocos días del vencimiento de la obligación sin que mediara protesta, ni interpelación judicial ni extrajudicial, el prestamista percibió el 92 % de su crédito, en virtud de gestiones hechas con la intervención directa del prestatario, para obtener la liquidación de una parte del crédito que éste le había cedido en garantía, debe entenderse que debió mediar, como habitual tolerancia, prórroga del plazo de la obligación por esos breves días, lo que hace inaplicable la cláusula penal pactada, según la cual no satisfecha la deuda dentro del plazo convenido, el acreedor quedaba subrogado en todos los derechos que el prestatario tenía contra el deudor cedido, por la totalidad del crédito a que se refiere la cesión en garantía" [6]. La buena fe que debe imperar en la ejecución de los negocios jurídicos (art. 1198) justifica la solución.

[6] Cám. Fed. Cap., 2/7/45, "Carpineti, Arnaldo, en j. Gobierno Nacional c. Calcagno de Amorosino", "L.L.", 39-253.

Si la cuestión se plantea con obligaciones de *tracto sucesivo*, ya hemos explicado que la aceptación de pagos tardíos importan una renuncia a exigir la pena correspondiente a las cuotas ya devengadas, pero no a las posteriores [7]; y si se trata de pagos parciales, la reducción debe operarse también con relación a las cuotas devengadas, manteniéndose incólume el derecho del acreedor a reclamar la pena entera en las posteriores.

En razón de todo lo expuesto, debe recalcarse la necesidad de que el acreedor tome todas las precauciones necesarias a fin de evitar la extinción de la cláusula penal cuando el pago ha sido insatisfactorio en algún aspecto. Para ello debe formular, al momento de efectuarse ese pago deficiente, la correspondiente *reserva* para reclamar la pena. Cuando se trata de obligaciones múltiples a cargo del deudor, el momento en que debe efectuarse la reserva puede ofrecer algunas dificultades prácticas. Así, por ej., si la pena se estipuló para el supuesto en que la vendedora no trasfiriera oportunamente el *dominio* del inmueble, parece razonable sostener que tal reserva puede formularse siempre que no se hayan concluído todos los pasos imprescindibles para que tal trasferencia opere (tradición y escrituración). En cambio, si se pactó la pena previendo el supuesto de cumplimiento tardío de la obligación de *entregar la posesión*, no resultaría factible hacer esta reserva sólo al momento de la escrituración si con anterioridad se cumplió con la tradición. Por ello no compartimos el criterio de la Sala E de la Cám. Nac. Civil de la Capital cuando resolvió: Carece de relevancia el hecho de que se tome posesión de la cosa vendida sin hacer reserva expresa de la deuda existente en virtud de una cláusula penal por demora *en la tra-*

[7] Conf.: Cám. Civ. 2ª Cap., 19/5/39, "Veroni c. Barassi", "J.A.", 66-655.

*dición*, si la reserva se formula en la escritura pública posterior [8].

§ 202. *Pago por consignación.* — Dados los presupuestos previstos en el art. 757 y ss. del C. Civil, es posible que el deudor recurra al procedimiento de la consignación. En este caso, para que el pago de la principal *extinga* la pena, es menester que se hayan cumplido todos los requisitos concernientes a la *integridad* del pago. Por eso tiene resuelto nuestra jurisprudencia: "Cuando la consignación judicial de la suma adeudada no llena los requisitos legales, la multa pactada por el retardo en el pago *no cesa de correr*, aunque el acreedor hubiera podido disponer de los fondos sin perjuicio de mantener las demás cuestiones del litigio; pues si el acreedor no puede, con su actitud omisiva, agravar la situación del deudor, ello es así cuando la inacción de aquél no puede ser remediada por éste y el mismo no formuló ningún requerimiento para que el acreedor retire los fondos" [9].

Cabe responder si la aceptación del juicio por consignación de la principal implica *renuncia* a las penas moratorias devengadas *con anterioridad* a la consignación. Contestamos a ello negativamente, porque sólo la recepción voluntaria del pago es la que debe estimarse renuncia a la cláusula penal. En tal sentido nos adherimos a un viejo fallo que dispuso: "El hecho de que el locador acepte las llaves consignadas por el inquilino en virtud de estar obligado a ello por el contrato, no significa una renuncia a la cláusula penal pactada para el caso de rescisión unilateral del contrato" [10]. Pero declarada válida la consignación debe considerarse extinguido el derecho del acreedor a perci-

[8] Fallo 108.790, "Alcorta, E., c. De Chateaubriand, A.", 18/11/65, inédito.

[9] Cám. Com. Cap., Sala B, 21/8/59, "Conselec S.A. c. Shore", "J.A.", 1962-VII-539, nota 2.

[10] Juzgado Paz Cap., 26/7/46, "Gago c. Fuentes", "J.A.", 1946-III-213.

bir las penas *posteriores* al momento en que la cosa estuvo a disposición del acreedor. Un caso resuelto por la Cámara Comercial de la Capital puede traer claridad al tema: una empresa había celebrado con otra una locación de obra por la cual ésta se obligaba a entregar en un plazo determinado una máquina para la fabricación de viruta. Incumplida la obligación, la locataria inició acción a fin de que se obligara a la locadora a entregar la máquina y a pagar los daños y perjuicios moratorios previamente estimados mediante una cláusula penal. La empresa fabricante de la máquina discutió los daños y perjuicios, pero puso a disposición de la actora la máquina en cuestión. El juez de primera instancia condenó a la demandada al pago de la pena devengada hasta el día en que se puso la cosa a disposición de la actora. Contra esta disposición se alzó la actora sosteniendo que la multa debía devengarse hasta el día en que la máquina se entregó materialmente. La Cámara confirmó el fallo de primera instancia diciendo que "si el vendedor ha consignado judicialmente la cosa comprada sin que el comprador formulara manifestación alguna, éste no tiene derecho a resarcimiento por la mora en la entrega *con posterioridad* a esa consignación" [11].

El pago por consignación plantea también otra cuestión interesante cuando el deudor retira los fondos consignados. Recordemos que el art. 763 dispone que "si declarada válida la consignación, el acreedor consiente que el deudor la retire, no puede, para el pago de su crédito, aprovecharse de las garantías o seguridades que le competían; y los codeudores y fiadores quedarán libres". El artículo resuelve expresamente que el retiro consentido en la oportunidad procesal prevista *no* hace renacer la obligación extinguida, sino que da lugar a la formación *ex novo* de otra

[11] Cám. Com. Cap., 14/12/49, "Corte, Mario, c. Textor S.R.L.", "L.L.", 57-596.

relación jurídica distinta [12]. Aplicando estos principios al instituto en estudio, puede decirse que si el acreedor consiente el retiro de los fondos depositados después de la sentencia que declaró válida la consignación, *se extinguió* la cláusula penal que accedía a la primitiva obligación.

§ 203. *Pago por subrogación.* — Si se paga por subrogación la principal, se trasmiten al *solvens* las cláusulas penales que acceden a la prestación pagada. La solución surge sin dudas del art. 771 del C. Civil: "La subrogación legal o convencional traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor". A diferencia de lo dispuesto en materia de fianza (art. 2029), el legislador no volvió a reiterar dicha norma en el título correspondiente a la cláusula penal, mejorando de esta manera la técnica legislativa. La solución es clara si se recuerda la función de "garantía" que tiene la cláusula penal.

§ 204. *La imputación del pago.* — Debe recordarse, en primer lugar, que si un deudor tiene con su acreedor dos o más deudas, el art. 778 del C. Civil da como pautas de imputación legal al pago, entre las de plazo vencido, la que sea más onerosa para el deudor, y teniendo en cuenta la finalidad punitiva de la cláusula, se deduce que esta mayor onerosidad puede derivar de la circunstancia de que a la obligación acceda una cláusula penal [13].

Pero el problema a resolver es cómo deben imputarse los pagos parciales cuando el deudor debe principal y pena moratoria. Un fallo resuelto hace más de tres décadas nos ilustrará sobre la cuestión debatida: en un instrumento público se habían cedido los derechos y acciones hereditarios hasta determinada suma de dinero, pactándose que si el

[12] Cazeaux y Trigo Represas, t. II, vol. 2, p. 211.

[13] Conf.: Cazeaux y Trigo Represas, t. II, vol. 2, p. 160; Borda, ob. cit., t. I, nº 741; Salvat-Galli, ob. cit., t. II, nº 1303.

cesionario no percibía el total indicado dentro de los cuatro meses a partir de la fecha de celebración del acto, tenía derecho a percibir una suma fijada como indemnización mensual hasta que se completara el capital. El cesionario pudo retirar el dinero muy posteriormente al tiempo fijado en tres partidas y reclamó en sucesivas oportunidades el pago de la pena estipulada. Finalmente interpuso acción judicial; el juez de primera instancia hizo lugar a la demanda, pero imputó los pagos parciales de manera muy singular. Su razonamiento fue altamente contradictorio: por un lado declaró inaplicable al caso el art. 776 del C. Civil, que dispone: "Si el deudor debiese capital con intereses, no puede, sin consentimiento del acreedor, imputar el pago al capital". Dijo que la norma rige exclusivamente en caso de deuda *con intereses*, supuesto que no encuadraba en el de autos, pese a que la pena consistía en una suma de dinero y la principal tenía el mismo objeto. Pero por el otro, consideró que la pena debía reducirse por sobrepasar sustancialmente la tasa de interés moralmente aceptable. En consecuencia, modificó la pena en *un interés* que fijó en la tasa jurisprudencialmente admitida por entonces y los aplicó sobre saldos. Es decir, suponiendo que la deuda hubiese sido de $ 1.000 y las entregas parciales escalonadas en el tiempo de $ 500, $ 300, $ 200, hizo devengar intereses a la tasa judicialmente fijada sobre $ 1.000 hasta el momento de la primera extracción; sobre $ 500 hasta la oportunidad de la segunda; sobre $ 200 hasta la tercera. Dijo además que la norma aplicable era el art. 778, porque existiendo dos deudas, la más onerosa era la del capital, "en razón de que aminora la obligación hasta extinguirla". Recurrida la sentencia por la actora, la Cámara Civil 1ª de la Capital, integrada por los doctores Barraquero, Mantilla y Casares, revocó la sentencia. El único aspecto que nos interesa de la sentencia es el vinculado a la imputación al pago. Dijo el Dr. Barraquero que del art. 778 "fácilmente

se colige que en él se contempla la existencia de varias deudas diversas", pero que en el caso no existían dos deudas sino una sola: la principal a la cual accedía la cláusula penal; en consecuencia, no estando el acreedor obligado a recibir pagos parciales, las sumas extraídas del expediente debían imputarse primero a la pena y luego al capital. El fallo culmina con esta aseveración: "Finalmente, la disposición del art. 660 del C. Civil no funciona en la especie sub examen, toda vez que no ha existido una ejecución parcial e irregular de la obligación" [14]. Es evidente que no existió pago parcial, porque debiendo ser imputadas las sumas extraídas al pago de la cláusula penal, el capital no fue reducido parcialmente en cuanto las sumas retiradas no satisfacían el pago de la cláusula penal pactada.

A modo de síntesis podríamos efectuar este pequeño *racconto*: Para que se presente una cuestión de imputación de pago, el art. 773 del C. Civil requiere: 1) que existan varias obligaciones, a fin de que suscite la posibilidad de una elección entre todas ellas; 2) que esos vínculos obligatorios liguen al mismo deudor con el mismo acreedor, ocupando cada sujeto idéntica posición activa y pasiva en todas las relaciones (lo cual distingue esta figura de la compensación); 3) que las prestaciones sean todas de la misma naturaleza; 4) que el pago efectuado no alcance a cubrir todas las deudas [15]. ¿Es también requisito que las prestaciones de la misma naturaleza sean todas *principales*? La respuesta afirmativa la dio el fallo que reseñamos, el que fue seguido por importante doctrina [16]. Nosotros nos adherimos a esta posición en virtud del principio de la integridad del pago y de la aplicación de la norma análoga. Si bien es cierto que median entre cláusula penal e intereses

[14] 25/2/44, "Denuble, Roque, c. Consejo Nacional de Educación", "J.A.", 1944-I-543.

[15] Cazeaux y Trigo Represas, ob. cit., t. II, vol. 2, p. 154.

[16] Galli, en sus notas a Salvat, ob. cit., t. II, nº 1283.

moratorios importantes diferencias conceptuales, no puede negarse que para resolver la cuestión, los arts. 776 y 777 son los que contemplan la situación más semejante, y de allí que el juzgador esté obligado a aplicarlos (art. 16 del C. Civil). Recordemos que nuestra doctrina nacional, apartándose de la posición asumida por Pothier, enseña que estos artículos (776 y 777) comprenden tanto a los intereses compensatorios como a los moratorios, porque además del argumento "*ubi lex non distinguit*", se debe acudir a la razón última de la ley, que consiste en la protección a la *integridad del pago* [17]. Si el acreedor no está obligado a disminuír la fuente de la producción de las rentas, ¿cuál es la razón por la cual estaría obligado a reducir la obligación principal que motiva la aplicación de la cláusula penal?

§ 205. *Dación en pago.* — Si el acreedor recibe voluntariamente algo distinto de lo que se le debe en cumplimiento de la obligación principal, también se extingue la cláusula penal [18] (arts. 779 y ss.).

Es interesante analizar la situación que se produce cuando el acreedor es vencido en juicio sobre la propiedad de la cosa dada en pago. De conformidad con el art. 783 del C. Civil, él tiene derecho a ser indemnizado como comprador, y no podrá hacer revivir la obligación primitiva. Cabe preguntarse: esa indemnización ¿debe ser liquidada conforme a la cláusula penal compensatoria fijada en la primitiva convención para el caso de incumplimiento o conforme a los principios generales de indemnización de daños? La disposición legal no ofrece dudas: Vélez Sarsfield se apartó de las tendencias que consideraban a la dación en pago como una simple variante del

[17] Conf.: Salvat, ob. cit., t. II, nº 1291.

[18] Recordamos que Vélez Sarsfield legisló de modo muy peculiar la *datio in solutum*, por cuanto excluye el supuesto en que debiéndose cosas se entrega en sustitución sumas de dinero.

pago y la acercó a las que la analizan como una especie de novación simultánea. Por ello es que la cláusula penal, salvo pacto expreso en contrario, se extingue con la dación en pago, *no reviviendo* por el hecho de la evicción; por tanto, los daños y perjuicios deben ser liquidados de conformidad con las normas del derecho común. Esta solución la consagra el Código Civil expresamente para otro negocio jurídico accesorio, como es la fianza (art. 2050); con buena técnica legislativa, en el título XI ha omitido una norma reiterativa de los principios generales [19].

§ 206. *Novación.* — También la extinción de la obligación principal por novación produce la de cláusula penal; la solución surge clara del art. 803 del C. Civil, pero recordemos que la norma permite al acreedor evitar la muerte de la accesoria mediante pacto expreso: "La novación *extingue* la obligación principal con sus accesorios y las obligaciones accesorias. El acreedor, sin embargo, puede, por una reserva expresa, impedir la extinción de los privilegios e hipotecas del antiguo crédito que pasan entonces a la nueva. Esta reserva no exige la intervención de la persona respecto de la cual es hecha".

Aunque el artículo menciona la posibilidad de reserva para extinguir los *privilegios* e *hipotecas, a fortiori* lo consideramos aplicable a las cláusulas penales. No existe razón alguna para no aplicar el principio general de la autonomía de la voluntad consagrado por el art. 1197 del C. Civil. Si la cláusula penal fue constituída por el propio deudor, se aplica la última parte del artículo y, por con-

[19] Señalemos brevemente la discusión doctrinal que se motiva alrededor de la extinción de la hipoteca por dación en pago, en razón de que en la nota al art. 3198 se afirma que "cuando la obligación se extingue por la dación en pago y con ella la hipoteca, ésta debe revivir si el acreedor es vencido en el dominio de la cosa recibida en pago". Sobre el punto, ver Marina Mariani de Vidal, *Curso de derechos reales*, t. 3, ed. Zavalía, Bs. As., 1975, p. 75; Luis A. Peña Guzmán, *Derecho civil. Derechos reales*, t. III, Tea, Bs. As., 1973, nº 1922.

siguiente, la reserva la efectúan deudor y acreedor. En cambio, si la cláusula penal hubiese sido constituída por un tercero, esta reserva expresa requerirá el consentimiento del tercero. Aplicamos las normas que resuelven la cuestión con relación a otros negocios jurídicos accesorios, como son la prenda, la hipoteca y la fianza. En efecto, el art. 804 dispone: "El acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida, si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros que no hubiesen tenido parte en la novación"; y el 2074 dice: "La extinción de la fianza por la novación de la obligación hecha entre el acreedor y el deudor, tiene lugar aunque el acreedor la hiciese con reserva de conservar sus derechos contra el fiador".

En consecuencia, concluímos que si la cláusula penal fue constituída por un tercero, la novación celebrada entre el acreedor y el deudor, extingue la cláusula, salvo que el deudor de la cláusula penal haya participado en la novación prestando consentimiento a la subsistencia de la accesoria.

§ 207. *Compensación.* — Este modo tampoco ofrece dificultades. Si la principal se extingue por compensación, también se extingue la accesoria.

Si la compensación es parcial, la cláusula se extinguirá también parcialmente (*supra*, § 90), salvo que sea indivisible (*supra*, § 71), en cuyo caso la pena se debe íntegramente (§ 178)[19-1].

En cuanto a los legitimados para oponer la compensación, debemos advertir que si la cláusula penal ha sido constituída por un tercero, éste podrá oponer al acreedor lo que el sujeto activo de la principal debía al deudor principal. Consideramos de aplicación lo dispuesto por el art. 829, que permite al fiador no sólo compensar la obligación

19-1 Conf.: Cazeaux y Trigo Represas, ob. cit., t. II, vol. 2, p. 314.

que le nace de la fianza con lo que el acreedor le deba, sino también lo que el acreedor deba al deudor principal. Hemos expuesto en el capítulo II que pese a las diferencias existentes entre fianza y cláusula penal constituída por un tercero, las normas del primer contrato son de aplicación supletoria a la segunda (§ 23).

§ 208. *Transacción.* — La transacción sobre la principal ¿extingue también la cláusula penal? Como regla general puede afirmarse que si el acto por el cual las partes se hacen concesiones recíprocas o dudosas implica una *extinción* lisa y llana de la obligación principal, también se producirá la de la cláusula penal. Por ej., un comprador de un fondo de comercio reclama judicialmente el cumplimiento del contrato en el cual se había pactado en su favor una cláusula penal moratoria por el incumplimiento de la obligación de trasferir; pero en el mencionado contrato, el comprador se había comprometido a efectuar una serie de mejoras, en otro inmueble de la vendedora, las que ha realizado sólo parcialmente. Se suscribe judicialmente una transacción por la cual la vendedora trasfiere efectivamente el fondo y libera a la compradora de efectuar las mejoras faltantes. Nada se ha dicho sobre la cláusula penal, pero estimamos que debe considerársela extinguida al producirse la conclusión de la principal. Ésta es la solución que se ha dado al caso análogo de los intereses moratorios. En tal sentido se ha dicho que "la transacción realizada por las partes sobre las cuestiones planteadas en el litigio resulta comprensiva de las costas correspondientes, máxime cuando ellas no fueron objeto de reserva alguna y nada se acordó sobre las mismas, debiendo en consecuencia resolverse que *no se adeudan intereses,* como asimismo que aquéllas corren por su orden" [20].

[20] Cám. de Apelaciones de Concepción del Uruguay, 21/7/70, "Miñan de Altamirano c. Musachi", "J.A.", Reseñas 1971, p. 502, nº 105.

Pero en razón de que la transacción debe interpretarse *restrictivamente* (art. 835 del C. Civil) y de que ella extingue sólo los derechos y obligaciones que las partes hubiesen *renunciado* (art. 850), debe considerarse que toda vez que el convenio no suponga una real *extinción* de la principal, no se producirá tampoco la pérdida al derecho de reclamar la pena; es que en realidad en ese supuesto no existirá *realmente* transacción sobre la principal. Por eso, se ha dicho en un viejo fallo de la Cám. Civ. 2ª de la Capital (integrada por Loza, Salvat y Gigena), confirmando un fallo de primera instancia: "El convenio celebrado en el juicio de desalojo para «reglamentar la forma de entrega del campo» no importa una transacción que haga perder al propietario el derecho a exigir el cumplimiento de la cláusula penal que se estipuló para el caso de mora en el pago de los arrendamientos" [21]. Si la cláusula hubiese sido constituída por un tercero, no caben dudas de que la transacción celebrada entre deudor y acreedor de la principal producirá la extinción de la pena. También aquí resultan de aplicación supletoria las disposiciones que el Código Civil tiene en materia de fianza. Así, el art. 852 dispone: "La transacción entre el acreedor y el deudor extingue la obligación del fiador aunque éste estuviera ya condenado al pago por sentencia pasada en cosa juzgada".

§ 209. *Confusión.* — Si se han reunido en una misma persona la calidad de acreedor y deudor de la obligación principal, no hay duda de que la extinción también se opera con relación a la cláusula penal. La solución surge expresamente del art. 862, que dispone que "la confusión extingue la deuda *con todos sus accesorios*".

Si la cláusula penal hubiese sido constituída por un tercero, la confusión del derecho del acreedor con la obli-

[21] 12/11/26, "Del Giglio", "J.A.", 23-198.

gación del deudor de la principal también extinguiría la cláusula penal del tercero por aplicación del art. 865, que expresamente da esta solución para el caso de fianza, que estimamos supletoriamente aplicable al caso. Aun sin texto legal, ésta es la solución que corresponde por aplicación de meros principios lógicos. Acertadamente dice Peirano Facio: "En este caso podría haber una persona que no obstante la confusión de las calidades del acreedor y del deudor pudiera prestar la cláusula penal; sin embargo, no es posible entender que la cláusula penal subsiste, puesto que el hecho del incumplimiento de la principal no podría llegar a verificarse nunca y, por ende, nunca se llegaría a deber la obligación penal" [22].

§ 210. *Renuncia y remisión.* — Ninguno de estos dos medios da lugar a mayores dificultades cuando se trata de renuncia o remisión de la obligación principal. Veremos, en cambio, que éstas se producen cuando se analiza la renuncia a la pena misma. Si el acreedor, haciendo uso de la facultad de disponer de su derecho, lo renuncia, se presume que también perdona el pago de los accesorios. Por lo demás, no hay sino una aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, mientras no exista convención expresa en contrario.

Si la cláusula penal fuese constituída por un tercero, también se producen los efectos extintivos. También en este caso encontramos la norma supletoria en lo dispuesto por el Código para la fianza: "La remisión hecha al deudor principal libera a los fiadores; pero la que se ha hecho al fiador no aprovecha al deudor" (art. 880 del C. Civil); "La renuncia onerosa o gratuita del acreedor al deudor principal, extingue la fianza, con excepción de las renuncias en acuerdo de acreedores, aunque ellas importen la

[22] Peirano Facio, ob. cit., nº 190, p 399.

remisión de la deuda y aunque los acreedores no se reserven expresamente sus derechos contra el fiador" (art. 2049).

§ 211. *Imposibilidad del pago.* — Hemos explicado suficientemente en el capítulo V la notable incidencia que el art. 665 del C. Civil ejerce sobre el art. 654 del mismo cuerpo legal. La regla impuesta es que "si la obligación principal se extingue sin culpa del deudor queda también extinguida la cláusula penal". Sostuvimos oportunamente que este artículo se aplica a las obligaciones de prestación determinada (sea de dar, hacer o no hacer), y que su interpretación debía ser estrictísima, en función de lo dispuesto por el art. 654. Remitimos a lo allí expuesto [23].

§ 212. *Mutuo disenso o rescisión del convenio principal.* — Si por acuerdo de las partes se ha resuelto dejar sin efecto el negocio principal, no hay duda de que se extingue la cláusula penal del negocio accesorio. La rescisión supone que el deudor y el acreedor han renunciado a sus derechos y obligaciones recíprocos [24].

Ninguna incidencia tienen las razones por las cuales las partes hayan acordado disolver la convención principal. En tal sentido se ha resuelto que "si en un contrato se pacta una cláusula penal aplicable en caso de demora en el cumplimiento de una de las obligaciones que en él se establecen y el convenio se rescinde por tornarse dicha obligación de cumplimiento imposible, debe declararse la caducidad de la cláusula penal" [25]. Suponemos —no hemos podido compulsar los antecedentes— que se trataba de una auténtica rescisión: aunque, probablemente, se ha operado una ver-

[23] Ver § 121 y ss.

[24] Conf.: Giorgi, ob. cit., t. IV, p. 488; Laurent, ob. cit., p. 441; Peirano Facio, ob. cit., nº 192, p. 403; De Barros Monteiro, ob. cit., vol. 4, p. 209.

[25] Cám. Nac. Civ., Sala D, 7/12/60, "Simini c. Aguas Becchio", "J.A.", 1961-VI-7, sumario 67.

dadera resolución, existiendo un error en la terminología utilizada.

Tampoco se modifica la regla por el hecho de que el mutuo disenso se produzca cuando una de las partes ya estaba en mora, porque el acuerdo ha hecho volver las cosas al estado anterior a la celebración de la convención, salvo pacto expreso en contrario.

§ 213. *Cumplimiento de la condición resolutoria.* — El cumplimiento de la condición resolutoria que extingue el negocio principal produce también la pérdida de la cláusula penal. Para otros negocios jurídicos accesorios ésta es la solución que expresamente consagra nuestro Código Civil. Por ej., en materia de hipotecas dice: "La extinción de la hipoteca tiene lugar cuando el que la ha concedido no tenía sobre el inmueble más que un derecho resoluble o condicional y la condición no se realiza, o el contrato por el que lo adquirió se encuentra resuelto" (art. 2194). Ha sostenido Peirano Facio que esta regla no se cumple en aquellos casos en que previamente a la resolución del contrato se ha procedido a constituír al deudor en mora, "porque en el momento en que se debe proceder a la resolución la cláusula tiene vida propia y, por ende, el hecho de que se declare sin efecto la obligación principal no puede afectarla en nada" [26]. Esta opinión no puede trasladarse al derecho argentino. Hemos pensado en este ejemplo: Juan celebra con Pedro una compraventa bajo la condición resolutoria de que si al vendedor no lo trasladan en la empresa para la cual trabaja a otra provincia en el término de un año, la venta quedará resuelta. Se pacta el pago del precio en mensualidades, estipulándose una pena moratoria. Vencen las primeras mensualidades y el comprador no paga el precio, intimándoselo al pago de las cuotas con más la pena estipulada para el caso de mora; pero venci-

[26] Peirano Facio, ob. cit., nº 190, p. 401.

do el término de un año, Juan no es trasladado a la otra provincia y, por tanto, la compraventa queda resuelta. Para el derecho argentino la resolución ha operado *también* la extinción de la cláusula penal, no obstante que Pedro se hallaba en mora en su obligación de pagar no sólo las cuotas, sino también la cláusula penal. Nos fundamos para ello en lo que disponen los arts. 555 y 543 del Código Civil. Si —mal que nos pese— el Código Civil argentino adoptó la tesis del efecto retroactivo —*ex tunc*— de las condiciones, y por eso, cumplida la condición, los efectos de la obligación se retrotraen al día en que se contrajo (art. 543), estando obligadas las partes a restituírse lo que se hubiese recibido en virtud de la obligación (art. 555), no alcanzamos a advertir con qué fundamento podríamos, en el derecho argentino, considerar sobreviviente a la cláusula penal. En el régimen alemán, donde el cumplimiento de la condición no tiene efectos retroactivos, resultan ampliamente justificadas las argumentaciones del profesor uruguayo; pero —pese a la justicia y congruencia de la solución— ella resulta inaplicable al derecho nacional en virtud del efecto *ex tunc* de las condiciones. Obvio es destacar que las partes podrían pactar válidamente la no extinción de la pena.

§ 214. *Cumplimiento del plazo resolutorio.* — El cumplimiento del plazo resolutorio a que está sujeta la principal también extingue la cláusula penal, salvo que previamente a la resolución del negocio principal el deudor estuviese en mora en su obligación de pagar la pena. En este caso rige plenamente el razonamiento que Peirano Facio formula para la condición resolutoria, en virtud del efecto *ex nunc* del cumplimiento del plazo [27]. Como el cum-

[27] Ésa es, justamente, una de las tantas diferencias que se marcan entre plazo y condición; mientras el cumplimiento del primero no tiene efectos retroactivos, sí los tiene el de la segunda.

plimiento del plazo no opera retroactivamente, resulta evidente que la resolución de la principal deja la cláusula penal, porque ésta ya tenía vida propia *antes* de procederse a la resolución. Por ej., Juan y Pedro pactan un contrato de locación por el término resolutorio de dos años, estipulándose una cláusula penal para el supuesto de cumplimiento tardío en el pago de los alquileres. Si Pedro incurre en mora en el pago de los arrendamientos, ninguna influencia tiene que Juan sólo los reclame *después* de vencido el término; aun así tendrá derecho a reclamar capital y pena. La solución es obvia.

§ 215. *Prescripción.* — La regla general es que si ha quedado enervado el derecho de accionar el cumplimiento de la principal por efecto de la prescripción, tampoco podrá exigirse el cumplimiento de la cláusula penal. Pero si ésta se constituyó cuando la acción para reclamar el cobro de la principal *ya se hallaba prescrita*, entonces, la cláusula penal tendrá plena eficacia. Esto es lo que surge del art. 518 del Código Civil: "Las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales, constituídas por terceros para seguridad de las obligaciones naturales [28], son válidas, pudiendo pedirse el cumplimiento de estas obligaciones accesorias".

§ 216. EXTINCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL POR VÍA PRINCIPAL.

La cláusula penal puede extinguirse por cualquiera de los medios enunciados en el art. 724 del Código Civil o perder eficacia por alguna de las razones enumeradas precedentemente, con independencia de la plena eficacia de la obligación principal.

En consecuencia, sólo analizaremos los medios extintivos que han provocado discrepancias interpretativas.

[28] Y lo son las deudas prescritas de conformidad con el art. 515, inc. 2; conf. Busso, t. IV, art. 652, nº 142. Ver *supra*, § 57.

§ 217. *Renuncia.* — Es evidente que el acreedor puede renunciar a la cláusula penal si se dan los requisitos subjetivos y objetivos previstos en los arts. 868 y ss. del C. Civil. El efecto propio de esta renuncia es despojar al crédito principal de la obligación accesoria, lo que no impide que éste quede vigente en toda su integridad. Pero cabe preguntarse qué efectos tiene este acto sobre el derecho del acreedor a reclamar los daños y perjuicios por el régimen general. En las legislaciones que permiten al acreedor reclamar mayores daños operando la cláusula penal como indemnización mínima, es razonable sostener que la renuncia a la pena no priva al acreedor del ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria [29]. Pero en sistemas como el nuestro, esta solución llevaría a eliminar del Código el art. 655. En efecto: advirtiendo el acreedor que la pena no resulta indemnización suficiente para el real perjuicio producido, renuncia a la cláusula penal, y de este modo logra la indemnización integral; se advierte fácilmente que esta solución no puede prosperar en el derecho argentino; en síntesis, la renuncia a la cláusula penal produce como consecuencia inevitable la pérdida del ejercicio de la acción indemnizatoria por los daños producidos y cuyo monto hubiese sido convencionalmente fijado. Por supuesto que nos referimos *sólo* a los daños pactados, porque siendo toda renuncia de interpretación restrictiva, de modo alguno pudo comprender la de exigir los otros daños que no hubiesen sido contemplados en la cláusula penal.

Nuestro Código Civil no exige que la renuncia sea expresa, por lo que rige la norma del art. 918, que admite la expresión tácita de la voluntad [30]. Dispone el art. 873: "La renuncia no está sujeta a ninguna forma exterior. Puede

[29] Ver Gatica Pacheco, para el derecho chileno, ob. cit., nº 398. Afirma esta solución para el derecho brasileño Silvio Rodrigues, ob. cit., vol. 2, p. 88. En contra, Mucio Continentino, ob. cit., p. 272.

[30] Conf.: Busso, t. IV, art. 652, nº 145. En contra: Gatica Pacheco, ob. cit., nº 396.

tener lugar aun tácitamente, a excepción de los casos en que la ley exige que sea manifestada de una manera expresa". Pero además debe recordarse que "la intención de renunciar no se presume", por lo que "la interpretación de los actos que induzca a probarla debe ser restrictiva" (art. 874). A la luz de estos dos principios básicos analizaremos algunos supuestos.

§ 218. a) *Prórroga otorgada por el acreedor para el cumplimiento de la principal.* — Si la prórroga se concede antes de que el deudor caiga en mora, no caben dudas de que la cláusula penal no se debe. En tal sentido, ha resuelto la Corte Suprema de la Nación: "Prorrogado por la Dirección Provincial de Obras Públicas el plazo dentro del cual los actores debían entregar el proyecto de la obra a realizar y presentado éste antes del vencimiento de la prórroga, no procede aplicar a sus autores la multa convenida para el caso de retardo en el cumplimiento de dicha obligación; por lo que debe rechazarse la reconvención deducida por la provincia con el objeto de cobrar el importe respectivo" [31]. Con igual criterio se ha pronunciado la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza: "No funciona la cláusula penal prevista para el caso de mora del constructor si mediaron ulteriores modificaciones y actos que implican la anulación de los plazos estipulados. La contratación de nuevos plazos importa dejar sin efecto los plazos previstos originariamente" [32].

Pero si la prórroga se concede *después* que el deudor cayó en mora, se ha considerado que ésta no implica una

[31] 29/8/47, "Belloni, M., c. Provincia de Santa Fe", "C.S.N.", 208-273, "Rep. L.L.", IX, 1947, p. 244, nº 17.

[32] 9/8/59, "Omatti, L., c. Provincia de Mendoza", "L.L.", 97-343. Conf.: Cám. Com. Cap., 29/11/50, "Singer c. Di Salvo", "J.A.", 1951-I-218. La misma solución corresponde para los plazos de gracia acordados judicialmente en aquellos ordenamientos que los permiten; ver, por ej., Reverte Navarro, ob. cit., p. 34.

renuncia a la pena moratoria porque el nuevo plazo otorgado no opera sobre la cláusula penal (que tiene ahora vida propia), sino sobre la principal. Es decir, en virtud del otorgamiento de un nuevo término el acreedor renuncia únicamente al derecho de exigir inmediatamente el cumplimiento forzado de la principal, pero esta renuncia de ninguna manera interfiere en el derecho adquirido, incorporado definitivamente al patrimonio del acreedor, de exigir la pena derivada de la mora *debitoria*. Si el deudor pretende que además de concedérsele un nuevo plazo se le condonó la pena, debe probar este extremo, porque la renuncia no se presume [33]. Asumiendo esta posición, la Cámara Civil 1ª de la Capital resolvió, hace muchos años, que "la ejecución de adicionales convenidos *después* de la fecha fijada para la entrega de la obra, no interrumpe el juego de la cláusula penal estipulada para la mora, si el propietario produjo la protesta pertinente ante escribano y los trabajos suplementarios podían realizarse estando habitada la finca" [34].

§ 219. b) *Cumplimiento de la principal sin reserva del accesorio.* — Hemos explicado en el § 201 que la aceptación del cumplimiento tardío de la principal, sin expresa reserva, debe ser considerado como un caso de renuncia a exigir la pena.

§ 220. c) *Actitud pasiva del acreedor.* — En casos especialísimos, la infracción prolongada de la obligación principal a vista y paciencia del acreedor, puede significar una renuncia a la cláusula penal moratoria pactada ya devengada. Esto resulta muy común en las prestaciones dura-

[33] Demogue, t. VI, nº 493, siguiendo la opinión de Giorgi, t. IV, nº 463; Ricci, t. XIII, nº 187, quien cita un fallo de la Casación de Turín, del 22/12/75, resuelto en el mismo sentido; Orosimbo Nonato, ob. cit., vol. II, p. 352.

[34] 23/10/31, "J.A.", 36-1388.

deras. Laurent [35] recuerda un interesante caso fallado por la Corte de Aix el 10 de noviembre de 1856. Un empresario de trasporte vendió su fondo de comercio, reservándose exclusivamente el trasporte de dinero entre las ciudades de Marsella y Tolón. El comprador se obligó a no operar en este tipo de trasporte bajo una pena de 10.000 francos. No obstante la cláusula, la propia vendedora intervino para que la compradora realizara este tipo de negocios cediéndole un contrato que había celebrado con un tercero. El cesionario ejecutó durante cinco años esta clase de trasporte; después de tan largo tiempo, el vendedor exigió el cumplimiento de la obligación de no competir y reclamó no sólo *el cese* en la actividad de trasportar dinero entre ambas ciudades sino la cláusula penal pactada. El tribunal francés resolvió que mediaba en este caso una renuncia parcial, habiéndose extinguido la cláusula por todo el tiempo anterior a la demanda, sin perjuicio de que el incumplimiento futuro a la obligación de no hacer pudiera provocar la aplicación de la pena.

Pero salvo estos supuestos de excepción, la mera pasividad del acreedor no puede presumir una renuncia, porque la interpretación de los actos que induzcan a probar la renuncia debe ser restrictiva. En razón de ello, compartimos plenamente el criterio de la Suprema Corte de Buenos Aires, cuando resolvió: "La circunstancia de que la Municipalidad no haya compensado el importe de las multas en que incurrió el contratista de afirmados, al efectuarse el pago de los primeros certificados —como se estipuló en el pliego de condiciones—, no hace perder el derecho a su cobro si la falta de compensaciones se debe a la demora en las gestiones administrativas realizadas por el citado contratista para establecer el importe exacto de las

[35] Laurent, t. XVII, nº 442.

multas, habiendo la Municipalidad practicado la liquidación de las mismas desde la primera oportunidad" [36].

§ 221. *Prescripción.* — La obligación de pagar la pena es también susceptible de prescripción. Normalmente, ante la carencia de un texto expreso y tratándose de un vínculo accesorio, deberá aplicarse a la acción para reclamar la pena el mismo plazo que rige para la principal a la cual accede.

Sin embargo, las cláusulas penales moratorias que deben pagarse por años o períodos más cortos están regidas por la prescripción quinquenal prevista en el art. 4027, inc. 3, del Código Civil, y de cuatro años que prevé el 847, inc. 2, del Código de Comercio. No tenemos dudas sobre esta solución, cualquiera que sea el objeto de la cláusula penal. Si la pena accede a una obligación dineraria y además tiene por objeto una suma de dinero, es evidente su gran similitud con los intereses. Nuestra jurisprudencia tiene resuelto, con gran apoyo doctrinal, que el art. 4027, inc. 3, contempla los intereses moratorios contractualmente convenidos, por lo que si la obligación principal es civil, la pena prescribirá a los cinco años, siempre que la principal no esté sometida a un plazo menor, y si es comercial el término se reducirá a cuatro años [37].

Aunque el contenido de la cláusula penal no sea una suma de dinero o no acceda a obligaciones dinerarias, la cuestión debe ser resuelta de la misma manera. Para la mayoría de la doctrina nacional el fundamento del art. 4027 reside en impedir que los deudores se vean perjudi-

[36] 4/6/40, "L.L.", 19-474, y "S.C.B.A.", 17-III-516.

[37] Ver: Acdeel Salas y Félix A. Trigo Represas, *Código Civil anotado*, t. 3, Depalma, Bs. As., 1977, p. 355, punto 6, *a*. Conf.: Alberto G. Spota, t. I, Parte general, vol. 3[8] (10), *Prescripción y caducidad*, nº 2238, nota 221, p. 523; Manuel J. Argañarás, *La prescripción extintiva*, Tea, Bs. As., 1966, p. 189; Luis Diez Picazo, *La prescripción en el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1964, ps. 187 y ss.

cados mediante una continua y sucesiva acumulación de pagos, que puede ocasionarles la ruina; ocurre normalmente que el pago periódico cabe dentro de las posibilidades económicas del deudor; en cambio, esa misma deuda acumulada puede provocar grandes perjuicios. Por eso —aparentemente— la norma también se funda en el *favor debitoris*. Colmo [38], en cambio, considera que no basta que exista la posibilidad de acumulación de atrasos, sino que lo que se quiere evitar es la acumulación de deudas *indeterminadas*. Por eso interpreta que el artículo debiera leerse como si dijera: "Todo lo que sin determinación de tiempo ni de importe deba pagarse por años o plazos periódicos más cortos". Adhiriendo a la posición mayoritaria, no hay dudas de que las penas moratorias que deben pagarse por años o períodos más cortos encuadran dentro del supuesto previsto en el art. 4027, inc. 3. Por ej., un comodatario pacta que por cada mes posterior al vencimiento del término contractualmente fijado para la restitución, pagará la suma de $ 10.000. Si el comodante dejó trascurrir seis años sin exigir la cláusula penal, sólo conservará plenamente su acción para reclamar la correspondiente a los últimos cinco años. Este criterio podría aparecer como contradictorio con el sostenido por la jurisprudencia referida a algunos contratos en particular; por ej., la que resuelve que las acciones resarcitorias contractuales que atañen a los arrendatarios no quedan comprendidas en el art. 4027, sino que prescriben en el decenal del 4023, aun cuando la indemnización se traduzca en el pago de cuotas periódicas [39]. Pero debe advertirse que en estos fallos no se resolvió el problema de las indemnizaciones tarifadas, sino el de aquellas que debían ser liquidadas judicialmente conforme a los principios comunes. También podría ser interpretada como

[38] Alfredo Colmo, *De la prescripción en materia comercial*, Bs. As., 1901, nº 539.

[39] Ver: Spota, ob. cit., t. I, vol. 3[8] (10), nº 2235, nota 199.

violatoria de la jurisprudencia plenaria que resuelve que "las disposiciones que establecen para la prescripción liberatoria un término menor que el fijado en la regla general del art. 4023 del C. Civil, deben interpretarse con criterio estricto y restrictivo a pesar de los inconvenientes que puedan presentarse" [40]. Tampoco lo consideramos argumento suficiente: hemos explicado en otra oportunidad que este criterio restrictivo tiene su razón de ser en que el art. 4023 exige —para soslayar el plazo decenal— una disposición *especial* en contrario [41]. Pues bien, esa norma especial es el 4027, inc. 3, porque cuando la cláusula penal moratoria debe pagarse por años o plazos periódicos más cortos, encuadra específicamente en el inciso referido, que menciona a *todo* lo que deba pagarse de esa forma. Por lo demás, también en este caso se da la razón de la ley. Piénsese en un comprador que deja trascurrir 8 años sin exigir una pena diaria que se pactó para cada día de retraso en la tradición del automotor adquirido.

Por aplicación de los principios expuestos, y aunque no son típicas cláusulas penales como luego se verá, se ha declarado la prescriptibilidad en el plazo quinquenal de la acción por cobro de los intereses punitorios devengados por el pago tardío de impuestos o tasas municipales [42].

Y con especial referencia a la cláusula penal, el superior tribunal argentino ha resuelto, en el año 1901, que encuadran dentro del art. 4027, inc. 3, las multas que a

[40] Cám. Civ. Cap. en pleno, 27/10/37, "J.A.", 60-189.

[41] Ver nuestra nota a fallo, *Interrupción de la prescripción por demanda presentada en el plazo procesal legal de gracia*, "J.A.", 1977-I-355.

[42] Justicia de Paz en pleno de la Capital, 22/4/42, "J.A.", 1942-II-769. En contra: Giuliani Fonrouge, *Derecho financiero*, t. I, Depalma, Bs. As., 1962, nº 281, quien afirma: "Siendo un accesorio del impuesto, de carácter indemnizatorio o resarcitorio (no punitorio), debe seguir la condición de la principal, de manera que en principio prescribe a los 10 años por aplicación del 4023 del C. Civil, o del art. 1 de la ley 11.585 para los tributos nacionales, salvo situaciones regidas por ordenamientos fiscales que establecen un término más breve para la prescripción del impuesto".

razón de tanto por día de retardo deben pagarse en el caso de no efectuar la devolución de una finca alquilada en el plazo establecido [43]. Este fallo ha contado con la adhesión de prestigiosa doctrina [44].

Con relación al comienzo del cómputo del término de la prescripción, caben las siguientes reflexiones: la cláusula penal es en sí misma *condicional,* en cuanto su existencia está sometida al acontecimiento incierto y futuro que se incumpla con la obligación principal.

Por eso, aun cuando se trate de una *conditio legis* [45], rige el art. 3957 del Código Civil: la regla es que la prescripción para reclamar el pago de la pena comienza a correr a partir del advenimiento del hecho generador de la pena. Ésta no es sino una aplicación más del principio de que la acción que aún no ha nacido, no se prescribe (*actionis nodum natae non praescribitur*), ampliamente adoptada por el Código argentino.

Las penas compensatorias que acceden a obligaciones de no hacer pueden provocar algunas dudas; ocurre normalmente que el deudor se compromete a *no hacer* dentro de un plazo determinado. Por ej., no instalarse en el período de 15 años, bajo la sanción de una pena compensatoria si lo hace. Puede suceder que la infracción se cometa en el primer año, permaneciendo inactivo el acreedor durante muchos años; finalmente reclama el cumplimiento de la cláusula, vigente el plazo contractualmente fijado para el no hacer, pero vencido el término decenal computado desde la violación. ¿Está o no prescrita la acción para reclamar la cláusula penal? La Sala D de la Cámara Nacional y Comercial resolvió que "si lo infringido es una obligación

[43] Corte Suprema, 30/12/1901, t. 94, p. 159, citado por Salvat, ob. cit., t. III, nº 2199.

[44] Borda, ob. cit., t. II, nº 1092; Colmo, *Obligaciones,* nº 959.

[45] Ver nuestra nota a fallo, en colaboración con el Dr. Carlos Livellara, *La prescripción de los salarios durante la suspensión preventiva del contrato de trabajo,* en "J.A.", 1977-IV-194.

de no hacer (abstención de negociar el ramo que las partes habían antes explotado en común) exigible durante cinco años, la prescripción del cobro de la pena comienza recién cuando concluye el lustro de duración de la infracción, porque se trata de una falta permanente en el tiempo cuya comisión en cualquier momento del período ocasiona el crédito de la pena convencional" [46]. Recordemos que el Código argentino, a diferencia de otros de la legislación comparada (por ej., 198 del Código alemán), no contiene una regla que determine desde cuándo comienza a correr la prescripción en las obligaciones de no hacer. El tema tampoco ha provocado la meditación de la doctrina. Argañarás [47], uno de los pocos autores que se preocupan del problema, sostiene que no obstante la carencia de normas, no cabe duda de que la acción —y, por tanto, la prescripción— "nace desde que el deudor quebrantó su deber de abstención del hecho que era objeto de la obligación". En consecuencia, parece desacertado el criterio judicial previamente trascrito. Aun cuando se trate de obligaciones duraderas, de hecho es que el comienzo de la prescripción debe computarse *desde* que se produce la infracción, porque es entonces cuando la obligación del pago de la pena nace, quedando expedito al derecho del acreedor. No existen razones suficientes para apartarse de la regla de que la prescripción comienza a contarse desde el nacimiento de la acción.

§ 222. *Imposibilidad del pago.* — Puede acontecer que el cumplimiento *de la cláusula penal* se torne imposible. Por ej., el deudor de la cláusula se ha obligado a entregar un cuerpo cierto y éste se destruye.

Incumplimiento imputable: Aclaramos que, aunque metodológicamente no corresponde aquí su tratamiento

[46] Cám. Nac. Com., Sala D, 3/11/78, "Loyevnicov c. Yankelevich", "L.L.", 27/11/78, fallo 76.604.

[47] Argañarás, ob. cit., nº 62.

por no ser un caso de "extinción", preferimos incluír esta temática en este lugar por razones prácticas. Si la destrucción o pérdida se produce por un hecho imputable al deudor, no existen dudas de que el deudor no queda liberado. En nuestra opinión, nace para el acreedor una opción: o bien reclama los daños y perjuicios que le ocasionó el incumplimiento de la principal por el régimen indemnizatorio del derecho común, o, por aplicación de lo dispuesto en el art. 889, reclama el *valor* de la cláusula penal. Otorgamos esta opción en razón de los siguientes argumentos:

*a*) El hecho culposo del deudor no puede mejorar su situación. Puede ocurrir que el acreedor, en virtud de la cláusula penal pactada, no se haya precavido adecuadamente a fin de reunir la prueba indispensable para probar los perjuicios causados con el incumplimiento de la principal. Corresponde, en consecuencia, otorgarle el derecho a reclamar *el valor* de la cláusula penal, en razón de que el art. 889 no distingue entre obligaciones principales o accesorias. Pero además, desaparecido el objeto de la prestación punitiva, consideramos que no puede negarse al acreedor el derecho a reclamar los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la principal por el régimen indemnizatorio del derecho común, en razón de que la prestación en especie de la pena pudo ser un motivo determinante para su concertación; en consecuencia, puede ocurrir que el acreedor no tenga interés en el *valor* que la pena representa, sino en ésta en sí misma.

*b*) En razón de que el Código Civil no tiene un artículo específico en materia de cláusula penal, debemos buscar la norma análoga, que en el caso está representada por el art. 648 del C. Civil, que en materia de obligaciones facultativas resuelve: si el objeto de la prestación principal hubiere perecido o se hubiese hecho imposible su cumplimiento, por culpa del deudor, el acreedor puede pedir

el precio de la que ha perecido o la cosa que era el objeto de la prestación accesoria [48].

Incumplimiento imputable después de la mora: Si la pérdida se opera cuando el deudor ya estaba en mora en la obligación de pagar la cláusula penal, rigen iguales principios a los expuestos. Hemos explicado, oportunamente, que cuando la cláusula penal no ha sido sometida a modalidades propias, se trasladan a ella las de la principal. Y por eso, cuando se cae en mora en la obligación de pagar la principal, si la cláusula no está sometida a plazo o condición, se incurre igualmente en mora en la obligación de pagar la pena (ver § 132 y ss.).

Pérdida inimputable anterior a la mora: Pero si la cosa se pierde sin culpa del deudor antes de que éste incurra en mora, la cláusula penal se extingue y sólo se deberán los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la principal por el régimen del derecho común. Por ej., Juan se obliga a entregar un piano en determinado plazo, bajo pena que si no lo hace pagará el "cachet" correspondiente a un pianista internacional que vendrá al país en el término de tres meses computados a partir del vencimiento del plazo fijado para lo principal. Juan no entrega el piano, y antes de que venzan los tres meses fijados para el cumplimiento de la accesoria, el pianista previsto muere accidentalmente. En ese supuesto se ha extinguido la accesoria; subsiste la principal de entregar el piano con más los daños y perjuicios producidos por su incumplimiento, liquidados de conformidad al derecho común.

§ 223. *Compensación.* — No existe obstáculo en compensar lo adeudado en concepto de cláusula penal, con los créditos que el deudor de la cláusula tenga contra el acreedor de ella. Obviamente, para que opere la com-

[48] Lo expuesto en el texto no supone identificar obligaciones con cláusula penal y facultativas. Ver § 226.

pensación legal deberán cumplirse los recaudos previstos en el título XVIII de la sec. I del libro II. Correctamente ha resuelto la Sala D de la Cám. Nac. Civ.: "La procedencia de la compensación entre el monto de la pena y el precio adeudado está subordinada a los requisitos de los arts. 819 y 822 del C. Civil, cuya comprobación, en el caso de autos, no puede realizarse en este estado" [49].

§ 224. *Muerte del deudor.* — Salvo el caso de las obligaciones *intuitu personae*, es evidente que la muerte no produce ni la extinción de la obligación principal ni la de la cláusula penal, que se trasmite a sus herederos; sin embargo, a veces la muerte del deudor produce una imposibilidad temporaria de cumplir con la obligación, por lo que tratándose de cláusulas penales moratorias, pareciera que su devengamiento debiera suspenderse mientras opera tal imposibilidad. Por ej., Juan vende a Pedro un inmueble, estipulándose para el caso de no suscribir la escritura traslativa de dominio una pena pecuniaria moratoria diaria. Juan muere unos pocos días antes del vencimiento del término estipulado, dejando herederos capaces e incapaces. Es evidente que éstos no podrán suscribir en término la escritura traslativa de dominio, porque se requerirá en el caso el cumplimiento de trámites judiciales que insumen algún tiempo. Como se advierte, en este caso no existe incumplimiento imputable, lo que motiva que los herederos deban ser eximidos del pago de la pena, al menos durante el término prudencialmente estimado como necesario para el cumplimiento de tales recaudos procesales. Si Juan muere después del vencimiento del término estipulado, es obvio señalar que trasmitió a sus herederos la obligación de la cláusula penal, y éstos sólo podrán ser liberados de la que se devenga durante este período intermedio, pero

[49] 23/2/76, "Furer, Adolfo, c. Amica", "E.D.", 67, nº 28.386, p. 488.

no de la que había corrido en cabeza del causante. La sala B tiene resuelto que "aunque el fallecimiento del vendedor exime a sus herederos de responsabilidad respecto a la cláusula penal estipulada en caso de mora, ella debe aplicarse si al demandarse la escrituración no se allanaron a cumplir la obligación" [50].

Pero salvo estos supuestos de imposibilidad temporaria, insistimos en que la muerte del deudor no produce ninguna modificación en la obligación. Por ello, rechazamos alguna jurisprudencia brasileña que resolvió: "La multa o pena establecida en el contrato no pasa al heredero cuando éste, por ser menor, no está en condiciones de ejecutar la obligación principal contratada" [51].

Sobre los efectos que produce la muerte del deudor en el régimen de divisibilidad e indivisibilidad de la pena, ver § 177 y ss.

[50] Cám. Nac. Civ., Sala B, "Humansky, N., c. Berj, E. (suc.)", 22/12/66, "J.A.", 1967-II-191.

[51] Jurisprudencia citada por Continentino, ob. cit., p. 221, nº 40.

## Capítulo VIII

# DIFERENCIA ENTRE LA CLÁUSULA PENAL Y OTRAS FIGURAS SEMEJANTES

De los temas tratados en los capítulos anteriores se deduce que la cláusula penal es una figura con estructura, caracteres, funciones y efectos propios, por lo que teóricamente no cabe la posibilidad de confundirla con otro tipo de negocios jurídicos y obligaciones. Sin embargo, en la práctica suelen presentarse dificultades en la determinación del verdadero sentido y alcance de la estipulación, por lo que es conveniente resaltar las diferencias teóricas que separan a la cláusula penal de otros vínculos con los cuales puede llegar a confundirse por cierta similitud en su estructura y funcionamiento.

### § 225. Diferencia con las obligaciones alternativas.

En las obligaciones alternativas hay un solo vínculo jurídico con objeto único indeterminado [1], con la particularidad

[1] Grandes son las divergencias doctrinales acerca de la naturaleza de las obligaciones alternativas. Se discute si existe unidad o pluralidad de vínculos, objeto múltiple u objeto único indeterminado. Prevalece en doctrina la opinión de la unidad de vínculo, pero en cuanto al objeto las opiniones están divididas. Para nosotros el objeto es único indeterminado: la pluralidad de prestaciones solamente existe en cuanto a la elección, pero no respecto

de que la obligación puede ser extinguida con el pago de cualquiera de los objetos primitivamente previstos, porque todos ellos son equivalentes para los efectos del cumplimiento (art. 635). Normalmente la elección del objeto corresponde al deudor (art. 637), pero puede pactarse que ella sea en favor del acreedor (art. 641).

En las obligaciones con cláusula penal compensatoria, producido el incumplimiento imputable, nace para el acreedor el derecho de opción entre requerir el cumplimiento de la principal o el de la pena. Se advierte entonces que con el incumplimiento nace una especie de "alternativa" en favor del acreedor, por lo que ambos tipos de obligaciones presentan similitudes [2]. El Código del Brasil dispone en el art. 918 que cuando se estipula una cláusula penal para el total incumplimiento, la obligación se convierte en alternativa en beneficio del acreedor.

Sin embargo, este parecido no es identidad: en las obligaciones con cláusula penal compensatoria no existe multiplicidad de objetos independientes y equivalentes entre sí. Al contrario, hay un vínculo principal y otro accesorio, siendo este último subsidiario y eventual; de ello se derivan una serie de importantísimas diferencias prácticas:

1) Mientras el deudor de la alternativa puede extinguirla mediante el pago de cualquiera de las prestaciones (art. 636 del C. Civil), el de la cláusula penal no está autorizado para ofrecer la pena en lugar de la prestación principal, salvo pacto expreso en contrario (art. 658 del C. Civil); no existe entonces la posibilidad de elección que se concede al deudor en las primeras [3].

---

de la obligación, por cuanto se debe una sola prestación. Conf.: Cazeaux y Trigo Represas, ob. cit., t. I, ps. 511 y ss.

[2] Luigi Giorgi, ob. cit., t. IV, nº 454; Carvalho de Mendonça, ob. cit., t. I, nº 204.

[3] Conf.: Busso, ob. cit., t. IV, comentario al art. 652, nº 34; De Gásperi-Morello, ob. cit., t. III, nº 1527; De Gásperi, ob. cit., t. I, nº 467; Borda, ob. cit., t. I, nº 191; Rezzónico, ob. cit., t. I, p. 266; Ripert-Boulanger,

2) La pérdida de una de las cosas alternativamente debidas no extingue la obligación mientras subsista alguna de ellas (art. 639 del C. Civil), mientras que la pérdida de lo debido sin culpa del deudor extingue la cláusula penal (art. 665 del C. Civil)[4].

3) La circunstancia de que una de las prestaciones alternativamente debidas sea ilícita o imposible no provoca la nulidad de la obligación, la cual subsiste con las que sean posibles o lícitas, porque las prestaciones son independientes unas de otras (art. 638 del C. Civil). En cambio, la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal que le accede (art. 663 del C. Civil)[5].

4) Puede pactarse la acumulación de obligación principal y pena (art. 659 del C. Civil); en cambio, las alternativas nunca podrán ser exigidas conjuntamente sin desnaturalizar absolutamente la figura.

5) En las alternativas, la opción del acreedor es irrevocable; en la cláusula penal —como lo hemos dicho oportunamente—, sólo lo es cuando se opta por la pena, pero no cuando se elige la principal[6] (ver § 154).

No obstante las diferencias teóricas señaladas, acota Borda —siguiendo a Duranton— que en la práctica, cuando la cláusula penal accede a una obligación de hacer, ésta funciona como alternativa si para obtener su cumplimiento es necesario hacer fuerza sobre la persona del deudor, porque como ello está vedado (art. 629), el deudor adquiere en definitiva la opción de cumplir la principal o pagar la

---

ob. cit., t. IV, nº 836; Stolfi, ob. cit., t. III, nº 639; Fausto Moreno, ob. cit., t. IV, p. 197; Demogue, ob. cit., t. VI, nº 445.

[4] Conf.: Boffi Boggero, ob. cit., t. 2, nº 594; Cáceres, ob. cit., p. 140; Cám. Fed., Sala I Civ. y Com., 31/12/70, "Peláez c. Gas del Estado", "L.L.", 145-389, y "J.A.", 10-1971-201; Baudry-Lacantinerie, ob. cit., t. II, nº 1360; Demolombe, t. XXVI, nº 645.

[5] Conf.: Gatica Pacheco, ob. cit., nº 294.

[6] Roca Sastre y Puig Brutau, ob. cit., t. I, p. 272.

pena [7]. Consideramos que en el supuesto señalado, la cláusula penal funciona como si fuese *facultativa* (no alternativa), porque la cláusula se presenta *subordinada* a la principal; el objeto de la obligación sigue siendo —no obstante la imposibilidad de requerir judicialmente el cumplimiento en especie— la principal; la cláusula aparece entonces como una facultad de sustituírla (art. 643 del C. Civil).

§ 226. DIFERENCIA CON LAS OBLIGACIONES FACULTATIVAS.

La obligación facultativa es la que no teniendo por objeto sino una prestación, da al deudor la facultad de sustituír esa prestación por otra (art. 643 del C. Civil).

La cláusula penal compensatoria [8] tiene grandes similitudes con las facultativas; en efecto, en ambas se debe una sola obligación (la principal); la imposibilidad fortuita sobrevenida con posterioridad a la celebración del contrato libera plenamente al deudor si afecta a la principal, aunque sea posible el objeto de la cláusula penal o de la prestación supletoria impuesta *in facultatis solutionis* (arts. 647 y 665 del C. Civil); la nulidad de la principal acarrea la de la facultativa y la de la cláusula penal (arts. 645 y 663 del C. Civil).

Sin embargo, la diferencia entre ambas es notable, pues mientras en las facultativas el deudor tiene la posibilidad de liberarse optando por la supletoria, la pena no está *in facultatis solutionis*; el deudor no puede a su arbitrio pagar la pena en lugar de cumplir con la principal, porque el acreedor tiene el derecho de pedir el cumplimiento espe-

[7] Borda, ob. cit., t. I, nº 186; Duranton, ob. cit., t. XI, nos. 322 y 336.

[8] La moratoria no tiene posibilidad alguna de confusión, por cuanto es siempre acumulable, por lo que no existe problema de opción. Ver: Baudry-Lacantinerie, t. II, nº 1361.

cífico [9]. Por eso puede afirmarse, con Llambías [10], que estas figuras tienen un signo opuesto de simpatía. El carácter facultativo de la obligación favorece al deudor, en tanto que la cláusula penal, aunque no en la misma medida, robustece en la práctica la prerrogativa del acreedor.

Pero suele suceder que la redacción de las distintas cláusulas contractuales sea oscura, provocando grandes dificultades interpretativas [11]. En estos casos debe desentrañarse la voluntad de las partes del contexto general, resultando imposible proporcionar reglas interpretativas generales *a priori* [12]. Si de este estudio general surge que las partes quisieron establecer una sanción reparadora o vindicativa, estamos frente a una cláusula penal; pero si sólo han buscado hacer más libre la situación del deudor permitiéndole no ejecutar su obligación a cambio de un sustitutivo de ella, nos hallamos frente a una obligación facultativa. Recordemos —sin embargo— que el art. 658 del C. Civil —continuando la línea marcada por el 1153 del C. Civil español— permite el pacto expreso por el cual se faculta al deudor a liberarse de la obligación pagando la cláusula penal. Este tipo de estipulación fue conocida en el derecho romano bajo el nombre de multa penitencial o pacto de arrepentimiento. Entendemos, con la mayoría de la doctrina nacional y extranjera, que en este caso no existe una verdadera cláusula penal sino una figura jurídica distinta: un *pactum displicentiae* o multas de arrepentimiento a la cual no le es aplicable la normativa del título XI [13].

[9] Conf.: Espín Cánovas, ob. cit., p. 151; Gatica Pacheco, ob. cit., nº 295; Cám. Nac. Civ., Sala A, 29/11/76, "Bergoboy, S., c. Ibrahim, E.", "E.D.", 76-443, fallo 30.391; Cám. Com. Cap., 27/7/38, "Rey c. Paolillo", "J.A.", 65-199.

[10] Llambías, ob. cit., t. I, nº 324. Conf.: Boffi Boggero, ob. cit., t. 2, nº 594; Demolombe, t. XXVI, nº 646; Stolfi, ob. cit., vol. III, nº 640.

[11] Machado, ob. cit., t. 2, p. 381.

[12] Conf.: Giorgi, ob. cit., t. IV, nº 454.

[13] Conf.: Laurent, t. XVII, nº 445; Da Cunha Gonçalves, vol. IV, t. II, nº 531, p. 570; Diez Picazo, ob. cit., nº 678; Puig Peña, t. IV, vol. I, p. 83; Puig Brutau, t. I, vol. II, p. 474; Espín Cánovas, ob. cit., p. 151.

Es cierto que la simple estipulación en favor del deudor de liberarse con el pago de la multa no le da —sin más— el carácter de obligación facultativa [14]. Pero también lo es que cuando además de esta facultad se le veda al acreedor exigir la principal, no existe en realidad una verdadera cláusula penal [15], sino una suerte de novación objetiva condicionada. Condicionada porque está sometida al acontecimiento incierto y futuro que el deudor incumpla y que además opte por el pago de la accesoria; novación objetiva porque en ese momento se extingue la principal, que operó como obligación anterior que le sirvió de causa.

§ 227. DIFERENCIA CON LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES.

Hemos determinado entre los caracteres de la cláusula penal el de ser condicional, es decir, está sometida al acontecimiento incierto y futuro que se produzca el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso o tardío. No está de más recordar que autores de la talla de Savigny definieron a la cláusula penal confundiéndola con las condicionales, describiéndola como "la promesa condicional de dar alguna cosa cuando se hace con la intención de obtener que suceda lo contrario de lo que ha sido puesto en condición". Pero también expusimos oportunamente que no deben asimilarse ambos tipos de obligaciones. Las diferencias son palmarias:

---

Enneccerus, t. I, p. 191; Gorla, t. I, p. 306; Machado, t. 2, p. 383; Cazeaux-Trigo Represas, t. I, p. 279; Borda, t. I, nº 186.

[14] Como lo sostiene Cáceres, ob. cit., ps. 140 y 141, porque cuando el deudor cae en mora el acreedor tiene derecho de opción por la principal o la pena (art. 659); en cambio, no tiene esta opción en la facultativa si no está pactada la elección en su favor.

[15] En cambio, Cáceres, ob. cit., ps. 140 y 141, estima que este pacto no le quita carácter de cláusula penal, siendo necesario investigar la voluntad de las partes.

1) En la obligación con cláusula penal el vínculo es firme y seguro, el derecho del acreedor cierto y actual. En cambio, en la obligación condicional es la propia relación jurídica la que es incierta [16].

2) En las obligaciones con cláusula penal existe una obligación principal y otra accesoria; en la condicional, en cambio, existe una sola obligación; esto ya lo hemos señalado al indicar la existencia en el derecho romano de las cláusulas penales impropias [17].

3) En las condicionales el acreedor no tiene derecho a exigir el cumplimiento del hecho condicionante; debe mantenerse en actitud expectante, como espectador que aguarda que el hecho acontezca o no acontezca para luego proceder en consecuencia. En cambio, en la obligación con cláusula penal, producido el incumplimiento, el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento de la accesoria [18].

Por eso difieren en el objeto debido; mientras el deudor bajo condición es libre de realizar o no el hecho previsto como condición, el deudor de la cláusula penal está obligado a cumplir la obligación principal. Giorgi —siguiendo a Toullier— pone el siguiente ejemplo, que es reiterado —con una u otra variante— por todos los juristas clásicos. Nos permitimos trascribirlo: "Cuando alguno promete pagar mil liras si no derriba un árbol, no contrae precisamente la obligación de derribar el árbol, porque dicha prestación, en lugar de presentarse como objeto de la promesa aparece únicamente como un hecho futuro e incierto del que depende el pago de las mil liras. Estamos, pues, en los términos de una obligación condicional, dependiente de la voluntad del deudor. Ningún vínculo serio

[16] Conf.: Llambías, ob. cit., t. I, nº 325; Ruiz Vadillo, ob. cit., p. 386; Lobato de Blas, ob. cit., p. 115.

[17] Conf.: De Gásperi-Morello, ob. cit., t. III, nº 1526; De Gásperi, ob. cit., t. I, nº 466; Marín Pérez, en Scaevola, t. XIX, p. 921.

[18] Peirano Facio, ob. cit., p. 47, al distinguir las dos modalidades que presentaba el derecho romano. Conf.: Maynz, ob. cit., t. II, p. 451.

liga a éste con el acreedor, y éste por su parte no tiene ninguna acción que ejercitar en juicio. Pero si el deudor, al contrario, ha prometido derribar el árbol, y en su defecto se ha obligado al pago de mil liras, los términos están invertidos: el derribar el árbol se ha convertido en el verdadero objeto de la obligación y el pago de las mil liras se ha trasformado en cláusula penal destinada a garantizar el cumplimiento de aquélla" [19].

Las diferencias conceptuales son tan elocuentes que han llevado a Giorgi a decir: "Esta verdad se desprende tan necesariamente de la naturaleza de las obligaciones y es tan universalmente comprendida por los escritores y por el uso forense, que si bien no está tratada explícitamente en ningún texto legal, las prácticas judiciales han encontrado siempre la forma de respetarla".

Sin embargo, las previsiones contractuales no siempre están expresadas claramente; debe entonces extraerse la voluntad de las partes del contexto general del acto. La piedra de toque para efectuar la distinción radica en investigar si quedó o no al arbitrio del deudor cumplir o no con el "hecho condicionante"; si así fuere, la obligación es condicional; si, al contrario, no existió tal arbitrio, estamos en presencia de una cláusula penal. En caso de duda, Carvalho de Mendonça afirma que debe estimarse que se trata de una cláusula penal. Esta solución se funda en el principio de conservación [20] de la obligación. Aplicando correctamente estos principios ha dicho la Sala C de la Cám. Nac. Civ.: "Si se estipula en el contrato de compraventa que el precio adeudado es de 100 cuotas de $ 40, pero si no se cumplen en término, será de 180 cuotas, esto importa una cláusula penal pero no una condición resolutoria" [20-1].

[19] Giorgi, ob. cit., t. IV, nº 455; Toullier, citado por Laurent, t. XVII. nº 431. Conf.: Demolombe, t. XXVI, nº 648; Gatica Pacheco, ob. cit., nº 296: Espín Cánovas, ob. cit., p. 152.

[20] Citado por Mucio Continentino, ob. cit., nº 3.

[20-1] Voto del Dr. Cifuentes, 29/5/80, *in re* "Rodríguez Roca c. Alfranco S.A.", "L.L.", 1980-D, fallo 78.840.

## § 228. DIFERENCIA CON LA FIANZA.

Las semejanzas entre ambas figuras aparecen cuando la cláusula penal ha sido estipulada por un tercero que se obliga a una prestación para el caso de que el deudor no cumpla o retarde la ejecución de la principal. Para algunos autores, en este caso deben regir sin más las normas sobre la fianza [21]. Pero ya hemos expuesto que esta identidad presenta en el derecho nacional algunos escollos:

1) Cuando se estipula una fianza el tercero se obliga a la *misma prestación* que el deudor principal; es decir, su obligación consiste en cumplir la prestación que el deudor omitió; en cambio, el tercero que estipula una cláusula penal se obliga a una prestación *distinta,* cualitativa o cuantitativamente, de la prometida por el deudor [22].

2) La cláusula penal puede consistir en una obligación de dar, hacer o no hacer; esta prestación puede o no ser de la misma naturaleza que la principal; por ej., el deudor se obliga a entregar un caballo y el tercero se compromete —para el caso de que el deudor no cumpla— a arar 30 hectáreas de tierra de propiedad del acreedor. En cambio, la fianza no puede tener por objeto una prestación diferente de la que forma la materia de la obligación principal (art. 1991 del C. Civil).

3) La cláusula penal compensatoria normalmente representa un valor superior a la prestación principal; sólo así cumple acabadamente su función compulsoria; en cambio, el art. 1995 del C. Civil dispone que el fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el deudor principal.

4) El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin previa excusión de todos los bienes del deudor (art.

[21] Ver, sobre el punto, § 23.

[22] Peirano Facio, ob. cit., nº 98; Edgard Ferreyra, *De las obligaciones con cláusula penal,* "Boletín del Instituto de Derecho Civil" de la Universidad Nacional de Córdoba, año 18, octubre-diciembre 1944, nº 4, p. 342

2012). Abrigamos grandes dudas en otorgar este derecho al tercero que se comprometió al pago de la pena. El incumplimiento del deudor hace nacer en favor del acreedor un derecho de opción a reclamar la prestación principal o la pena. Este derecho es otorgado en forma neta por el art. 659 del C. Civil, que dispone que el acreedor puede pedir *a su arbitrio* el cumplimiento o la pena; no distingue el artículo entre cláusula convenida por el deudor y por un tercero; estimamos, por ello, que este derecho a optar *ad libitum* impide que ante la acción del acreedor el tercero obligado a la pena pueda pretender que previamente se excutan los bienes del deudor [23].

En virtud de las diferencias señaladas resulta muy importante desentrañar la voluntad de las partes a fin de determinar cuál fue la figura querida. No obstante, insistimos en que regirán, en lo no expresamente reglado y que fuera compatible, las normas regulatorias de la fianza. En tal sentido remitimos, en especial, a lo expuesto en el capítulo de extinción de la cláusula penal (§ 206, 207 y 210).

### § 229. DIFERENCIA CON EL SEGURO.

Mauler [24] ha señalado que la cláusula penal guarda cierta similitud con el seguro porque en ambos institutos el acreedor se protege logrando percibir determinada suma en caso de inejecución.

[23] No desconocemos la posición de Colmo y Lafaille en el derecho nacional, quienes exagerando el carácter subsidiario de la cláusula penal sostienen que el acreedor sólo puede reclamar la pena cuando fracasa en su pretensión de obtener el cumplimiento de la principal (Lafaille, t. I, nº 239; Colmo, nº 167). Pero, como bien señala Llambías, esta posición, que indirectamente niega el derecho de opción, no responde al texto legal, por lo que no ha tenido acogida en el país. Es, sin embargo, la opinión de Marty en el derecho francés: "La cláusula penal únicamente surte efectos si ya no es posible el cumplimiento *in natura*" (t. II, p. 60).

[24] Mauler, citado por Demogue, ob. cit., t. VI, nº 443, p. 480, y por Nonato, t. II, p. 343.

Sin embargo, las diferencias entre ambos son notables, pudiendo marcarse como principales las siguientes:

1) En el seguro el monto asegurado representa el *límite máximo*, es decir, opera como *tope*, pero si los daños son inferiores se responde sólo en función de ellos (arts. 49, 61, 63 y concs. de la ley 17.418). En cambio, la cláusula penal se debe aunque se acredite que el acreedor no sufrió daños o que ellos fueron inferiores a los pactados (art. 656 del C. Civil).

2) El seguro absorbe el caso fortuito; o sea, producido el daño por caso fortuito, la aseguradora debe indemnizar los daños; éste es precisamente uno de los fines principales del seguro. En cambio, producido el incumplimiento por caso fortuito no se debe la cláusula penal (arts. 513 y 665 del C. Civil)[25].

### § 230. DIFERENCIA CON LA PRENDA.

El art. 3211 del C. Civil dispone que todas las cosas muebles y las deudas activas pueden ser dadas en prenda. La mayoría de la doctrina nacional y extranjera coincide en que también el dinero puede ser dado en prenda, presentando en tal caso un carácter particular, porque el acreedor pignoraticio se convierte en propietario de las monedas entregadas en garantía, obligándose en caso de pago a la restitución de una suma igual; por ello se ha propuesto designar a esta operación con el nombre de *prenda irregular*[26]. Recordamos, sin embargo, que Machado negó que la moneda corriente pudiese darse en prenda, afirmando que no se

[25] Conf.: Llambías, t. I, nº 319, nota 15; Pedro León, t. I, p. 211, Busso, t. IV, art. 652, nº 79. Hemos expuesto el punto al tratar los requisitos para la procedencia de la cláusula penal, § 125.

[26] Conf.: Nicola Stolfi, ob. cit., vol. II, tercera parte, *I diritti reali di garanzia*, nos. 385-392; Luis A. Peña Guzmán, *Derechos reales*, t. III, Tea, Bs. As., 1973, nº 1057; Raymundo Salvat, ob. cit., t. IV, *Tratado de los derechos reales*, 4ª ed., Tea, Bs. As., 1960, nº 2567; Héctor Lafaille, *Tratado de los derechos reales*, t. III, Ediar, Bs. As., 1945, nº 1820.

comprende la "garantía de una acreencia entregando la misma moneda que sirve para solventarla o pagarla" [27].

La cláusula penal puede llegar a tener gran similitud con la prenda. Sin embargo, sus diferencias son notables:

1) El derecho otorgado es de diferente naturaleza: en un caso, sólo un derecho personal o crediticio (cláusula penal); en el otro, un derecho real de garantía (prenda).

2) En la cláusula penal sólo existe *la promesa* de entregar una suma de dinero; en la prenda irregular se exige la entrega efectiva (arts. 3204 y 3205)[28]. Sin embargo, hemos explicado que no existe impedimento en que la cláusula penal consista en sumas de dinero que ya están en poder del acreedor (por ej., cuando se pacta que la resolución por incumplimiento de la compradora otorga a la vendedora el derecho de hacer suyas las sumas que hasta el momento hubiese recibido a cuenta de precio). Pero aun en este caso las diferencias aparecen nítidas, como se explica en el punto siguiente.

3) La cláusula penal, en cuanto cumple la función de liquidación anticipada del daño, presume el perjuicio, y éste no debe ser probado por el acreedor (art. 656). En cambio, el acreedor prendario siempre estará obligado a probar los daños efectivamente sufridos. Por ej., el locador a quien se le entregó determinada suma de dinero en garantía de los posibles incumplimientos del inquilino (recordemos que según la mayoría de los autores estos depósitos en garantía no son sino prendas sobre dinero)[29], debe acreditar los perjuicios causados por el incumplimiento. La pren-

[27] Machado, ob. cit., t. 8, p. 193, nota al art. 3211.

[28] Ruiz Vadillo, ob. cit., p. 389.

[29] Conf.: Lafaille, ob. cit., t. III, nº 1820. Cám. Fed. Resistencia, 31/3/59, "L.L.", 99-522; Cám. Com. Cap., 6/7/38, "Rodríguez y Cía. Quiebra", "J.A.", 63-253; ídem, 26/10/36, "J.A.", 56-287; Cám. Civ. 2ª, 11/12/36, "J.A.", 56-851. En contra, Lobato de Blas, ob. cit., p. 117, que siguiendo jurisprudencia española la considera fianza impropia.

da no ha creado ninguna inversión en la carga de la prueba [30]. Lo mismo ocurre cuando se ha entregado alguna cosa.

4) Pero en razón de tratarse de un derecho real, la prenda otorga derecho de preferencia al acreedor (art. 3889 del C. Civil); en cambio, la cláusula penal no producirá en favor del sujeto activo ninguna prelación en el cobro, si la colisión de créditos se produce antes de que el acreedor hiciese suya la cosa o dinero entregado.

5) Finalmente, debe señalarse que mientras la prenda es siempre indivisible (art. 3233), la cláusula penal puede ser divisible o indivisible. Remitimos a lo expuesto en los § 176 y ss.

Sin embargo, la determinación de la verdadera naturaleza del derecho otorgado no siempre es fácil. Por ej., un inquilino entrega, en garantía o seguridad del pago de los arrendamientos, un cuadro valioso, pactándose que la falta de cumplimiento de las obligaciones asumidas producirá la resolución del contrato con más la pérdida del cuadro entregado. Si lo pactado es una cláusula penal, el locador tendrá derecho a hacer suyo el cuadro ya entregado, por el simple incumplimiento imputable; en cambio, si es una prenda, el locador deberá iniciar las acciones correspondientes, porque le está vedado apropiarse de la cosa prendada, aun cuando ésta sea de menor valor que la deuda, no pudiendo disponer de ella fuera de los modos establecidos en el Código (art. 3222 del C. Civil).

El juzgador deberá evitar que mediante una cláusula penal se pretenda actuar en fraude a la ley. En efecto, es posible que mediante la estipulación de una cláusula penal se haya querido soslayar la aplicación de las prohibiciones establecidas al acreedor prendario.

La jurisprudencia española registra un caso muy interesante resuelto por el Tribunal Supremo en junio de 1924: *A* arrendó a *B* un local en que estaba instalado un café y

[30] Conf.: Ruiz Vadillo, ob. cit., p. 389.

sus muebles y enseres, estipulándose que como garantía del cumplimiento de las obligaciones que *B* contraía entregaba a *A* 8.000 pesetas en metálico, que le serían devueltas a la terminación del contrato si el inquilino cumplía con todas sus obligaciones; pero que quedarían en propiedad del locador, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, si resultaba incumplida cualquiera de ellas. El inquilino no sólo incumplió las obligaciones, sino que también dejó de pagar sus deudas a otros acreedores. Uno de ellos embargó los efectos existentes en el café y las 8.000 pesetas que *B* había entregado a *A*. Con estos antecedentes, *A* (el locador) interpuso tercería de dominio para que el juez declarara que tanto los utensilios del café como las 8.000 pesetas eran de exclusiva propiedad del tercerista, ya que por incumplimiento del contrato de arrendamiento había hecho suyas las sumas entregadas en concepto de cláusula penal. Los embargantes adujeron que la cantidad referida no se había entregado como cláusula penal, sino como "fianza", y por consiguiente no tenía derecho el tercerista a incautarse de ella sino en la parte en que el deudor resultase responsable ante aquél. El Tribunal Supremo resolvió que tratándose de una cláusula penal, era innecesaria la tasación de los daños. Que habiéndose pactado que la cosa quedaba en propiedad de la locadora en concepto de indemnización de daños, las partes no habían pactado una prenda sino una cláusula penal. En consecuencia, confirmó la sentencia de los tribunales inferiores e hizo lugar a la tercería interpuesta [31].

### § 231. DIFERENCIAS CON LAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDAD.

De conformidad al art. 655 del Código Civil, la multa impuesta en la obligación entra en lugar de la indem-

[31] Tribunal Superior de España, 13/6/24, en "Rev. de Derecho Privado", t. 12, p. 195.

nización de perjuicios e intereses y el acreedor no tiene derecho a otra indemnización aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente. En virtud de este dispositivo legal, la cláusula penal a veces aparece como una estipulación limitativa de la responsabilidad, ya que como se ha dicho, salvo supuesto de excepción, el acreedor no puede reclamar mayores daños. Ambas figuras también se asemejan por ser estipulaciones convencionales y preventivas; en tener como presupuesto de eficacia la imputabilidad del deudor, y en reconocer carácter accesorio en el sentido de que la nulidad de ambas cláusulas no importa la del contrato del cual forman parte.

Sin embargo, las diferencias son notorias [32].

1) Mientras la cláusula penal representa normalmente una *garantía* más, una sanción por el incumplimiento de la obligación principal, las cláusulas limitativas de la responsabilidad significan precisamente lo contrario: una *reducción* de la sanción normal de aquélla. Por eso la idea de sanción es extraña a la cláusula limitativa.

2) De lo expuesto se deduce que mientras la cláusula penal tiende a favorecer al acreedor, la limitativa de responsabilidad beneficia al deudor; en tanto la primera *aumenta* las garantías del crédito, la segunda las disminuye [33].

3) Las cláusulas limitativas hacen referencia directamente a los daños causados, mientras que la cláusula penal se refiere al incumplimiento mismo. Por eso, las cláusulas limitativas quedan *enmarcadas* por los daños; si éstos son *inferiores* al monto de la cláusula limitativa, se debe el monto

[32] Seguimos en el punto a García Amigo, ob. cit., ps. 118 a 121 (capítulo II, punto 15, de su valiosísima obra ya citada), y a José De Aguiar Dias, ob. cit., nº 41.

[33] Conf.: Mario Bessone, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità. Controllo legislativo e orientamenti della giurisprudenza*, en "Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni", año LXXII (1974), p. 323, en especial p. 330; De Aguiar Dias, ob. cit., p. 127.

de los daños, y no la cláusula; en cambio, la penal enmarca la indemnización, y ella se debe aunque los daños reales sean inferiores. Es decir que mientras la suma fijada preventivamente es siempre condicionante de la indemnización en la cláusula penal (salvo los supuestos de los arts. 656 y 660), en las limitativas de responsabilidad sólo lo es cuando los daños reales son mayores que la suma fijada [34]. Esta diferencia rige aun en aquellos países que admiten —como el nuestro— la disminución de la cláusula penal, porque tal como hemos explicado oportunamente, la regla es la de la inmutabilidad. Por eso consideramos totalmente equivocada la apreciación de Litvinoff con relación al nuevo derecho francés, cuando afirma que con posterioridad a la modificación introducida en 1975, la diferencia entre limitación de indemnización y cláusula penal prácticamente ha desaparecido [35]. Tal como venimos explicando, la facultad morigeradora no significa —de modo alguno— que la indemnización se fije judicialmente sobre la base de los perjuicios realmente producidos; al contrario, el régimen general de la cláusula se mantiene inalterado, salvo la posibilidad de *reducir* la pena en los supuestos excepcionales señalados.

4) En la cláusula limitativa de la responsabilidad la prueba de los daños incumbe al acreedor perjudicado, porque no existe presunción alguna de daño; puede el deudor defenderse sosteniendo que los daños reales son inferiores a la suma pactada; en la cláusula penal, en cambio, el acreedor sólo debe probar el incumplimiento imputable.

5) El cumplimiento de la cláusula penal puede sustituír al de la obligación principal; hemos explicado que el incumplimiento hace nacer en favor del acreedor un derecho de opción; en cambio, esta opción no juega en las cláu-

[34] Conf.: Ripert-Boulanger, ob. cit., t. IV, nº 875; Busso, ob. cit., t. IV, art. 652, nº 82.

[35] Litvinoff, ob. cit., p. 131.

sulas limitativas porque ellas actúan sólo cuando no es posible el cumplimiento en especie. Claro está que esta diferencia está muy desdibujada en virtud de la facultad resolutoria implícita contenida en el art. 1204 del C. Civil.

6) De aceptarse que son cláusulas penales aquellas en que se ha otorgado al deudor la opción de liberarse pagando la cláusula, se marca esta otra diferencia: que esta facultad del deudor nunca puede existir en las cláusulas limitativas de responsabilidad.

7) García Amigo señala también que mientras en las limitativas de responsabilidad el juez no tiene facultad moderadora de ninguna naturaleza, sí la tiene en la cláusula penal cuando la obligación se cumple parcialmente. La afirmación es obvia, pero quizá no está formulada con toda claridad: en los supuestos de cláusulas limitativas no se trata de una facultad judicial de reducción, sino que como ellas juegan como límite, deben fijarse indemnizaciones menores si los daños no ascienden al monto previsto.

Pese a todas las diferencias señaladas, de hecho es que pueden provocarse dudas en cuanto a la figura que las partes quisieron pactar. Señalan los Mazeaud [36] que existen dos sistemas para solucionar el conflicto: o se averigua la intención de las partes al contratar, o se da preeminencia al resultado obtenido; pero cualquiera que sea la solución adoptada, ella no es válida si permite al responsable beneficiarse con una limitación de responsabilidad que la ley prohíbe: "El responsable no podrá oponer jamás la cláusula para prevalerse del tanto alzado inferior al daño causado. Al contrario, se le hará surtir pleno efecto a la cláusula penal cuantas veces el tanto alzado sea superior al daño; porque, en ese supuesto, la cláusula no produce la limitación prohibida; se autorizará siempre a la víctima para prevalerse del tanto alzado".

Se pronuncian los maestros franceses por el sistema

[36] Mazeaud-Tunc, ob. cit., t. III, vol. 2, nos. 2629 y 2630.

del resultado, no sólo porque buscar la intención de las partes es un método en la mayoría de los casos peligroso al entrar en terrenos psicológicos, sino porque evita que por medio de un subterfugio legal se otorgue validez a cláusulas limitativas nulas.

Finalmente queremos señalar que la distinción entre ambas figuras es de gran trascendencia en los regímenes que prohíben la concertación de cláusulas penales. Así, por ej., en el *common law* las penas son inválidas, pero las liquidaciones convencionales de daños y perjuicios son plenamente válidas. Los tribunales norteamericanos tratan de distinguir ambos pactos no sólo por la intención de las partes, sino también por otros factores, quitando trascendencia a la terminología utilizada por las partes; la doctrina, sin embargo, resalta las dificultades del sistema [37].

Guarda íntima vinculación con el tema tratado el de las analogías y diferencias con las cláusulas de no responsabilidad. Un autor brasileño —Adauto Fernandes— definió a la cláusula de irresponsabilidad como una "pena civil negativa" o como "una cláusula penal negativa". Señala acertadamente De Aguiar Dias que aunque la frase impacta, en realidad no responde a la realidad [38], siendo esa alocución tan impropia como aquella que pudiera calificar a la cláusula penal como una cláusula de irresponsabilidad positiva. Es que ambos términos repelen el calificativo de positivo y negativo. Es cierto que ambas tienen en común el de concertar previamente las consecuencias de la responsabilidad eliminando el arbitrio y la imprecisión, siempre

[37] Ver: James J. Cox, *Penal clauses and liquidated damages, a comparative survey*, en "Tulane Law Review", vol. XXXIII, diciembre 1958, nº 1, ps. 183 y ss. Destaca el autor las incongruencias que presenta el régimen de Louisiana, pues aunque la ley escrita sigue el sistema francés, las costumbres admiten la diferencia angloamericana entre cláusulas penales y cláusulas liquidadoras de daños, por lo que se navega en dos aguas prácticamente incompatibles.

[38] Adauto Fernandes, *Cláusula de nao responsabilidade*, cit. por De Aguiar Dias, ob. cit., p. 21.

temible en materia de liquidación de daños. Pero, por lo demás, ninguna similitud guardan. En efecto, la cláusula de no responsabilidad no supone la idea de pena; y mientras la cláusula penal supone responsabilidad, la de no responsabilidad la suprime.

§ 232. DIFERENCIAS CON LA INDEMNIZACIÓN ORDINARIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS FIJADOS JUDICIALMENTE.

En reiteradas oportunidades hemos señalado la función indemnizatoria de la cláusula penal. Corresponde ahora delimitar sus diferencias con el régimen ordinario de fijación judicial de los daños y perjuicios.

1) *Por las personas intervinientes*: en un caso son las propias partes las que delimitan los daños y perjuicios; en el otro, es el juez quien lo hace.

2) *Por la oportunidad*: la cláusula penal se pacta siempre *antes* de producirse los perjuicios; la indemnización judicial es siempre *posterior* al incumplimiento [39].

3) *Por el objeto*: la cláusula penal puede tener por objeto una prestación de dar, hacer o no hacer. La indemnización judicial de daños consiste en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto que ello fuera imposible o excesivamente oneroso, o que el acreedor optare por la indemnización pecuniaria (art. 1083).

4) *Por el régimen de la prueba de los daños*: en la indemnización fijada judicialmente el acreedor debe probar los daños producidos; el mero incumplimiento no presume los daños ocasionados; en cambio, los perjuicios se presumen cuando se ha pactado una cláusula penal (art. 656).

5) *Por el sujeto beneficiario*: los daños y perjuicios se le reparan siempre a quien ha sufrido la lesión patrimonial, o sea que el destinatario o beneficiario de ellos es

[39] Decimos posteriores al incumplimiento, y no a la producción del daño, porque los jueces pueden liquidar daños futuros siempre que sean ciertos

siempre el acreedor; la cláusula penal, en cambio, puede pactarse en favor de un tercero (art. 653 del C. Civil).

6) *Por el régimen de reducción*: salvo el supuesto excepcional previsto en el art. 1069 del C. Civil, el juez debe fijar los daños y perjuicios sobre la base de los efectivamente producidos, y no podrá disminuírlos sosteniendo que son montos elevados o que la conducta del deudor fue motivada por una falta leve. En cambio, la cláusula penal puede ser modificada con un criterio mucho más amplio, siguiendo las pautas del art. 656 del C. Civil. Esta diferencia parece haber sido negada en algún fallo. La Sala B de la Cám. Nac. Civ. resolvió en abril de 1968: "Así como la cláusula penal ha sido corrientemente morigerada judicialmente a fin de evitar que su monto supere, calculado en razón del trascurso del tiempo, el precio de una operación de la que el vendedor sólo percibió el limitado importe de la seña, el mismo criterio sirve, cuando tal cláusula no existe, para morigerar los daños e intereses derivados del incumplimiento del contrato" [40]. Aunque compartimos la solución del fallo, estimamos que el problema de la reducción de las cláusulas ninguna vinculación tiene con el caso resuelto. En efecto, se trataba de un supuesto en que la depreciación monetaria había sido de tal magnitud que el precio que recibía el vendedor se tornaba ínfimo. Pero, como el incumplimiento del enajenante había sido culposo, no procedía el reajuste del precio ni la eximición de los daños y perjuicios que la demora había producido al adquirente [40-1]. Claro está que, como éste pagaba con moneda depreciada, evidentemente los daños sufridos eran menores en razón de que su patrimonio no se vio tan afectado. Una especie de "compensación del daño con

[40] 17/4/68, "Jovane, D., c. Barbagallo", "L.L.", 131-875.

[40-1] Ver nuestra nota a fallo en colaboración con Carlos Parellada, *Algunos aspectos procesales relativos al reajuste del saldo de precio en la compraventa*, "J.A.", diario del 3/12/80, comentario al fallo 29.968..

el lucro". Pero insistimos en que la posibilidad de reducir cláusulas penales no guarda con el caso en cuestión ninguna similitud como para aplicar la norma análoga. Oportunamente nos adherimos a la Suprema Corte de Mendoza cuando resolvió que el art. 656 no tiene aplicación a las indemnizaciones fijadas luego de un proceso judicial (ver § 16).

§ 233. DIFERENCIA CON LAS SANCIONES CONMINATORIAS O "ASTREINTES".

La cláusula penal, al igual que las *astreintes* previstas en el art. 666 bis del C. Civil, cumplen una función compulsiva o conminatoria. Ambas son arbitrarias, porque pueden o no coincidir con los daños efectivamente sufridos; además, las dos operan a falta de cumplimiento de la principal.

Sin embargo, sus diferencias son palmarias:

1) Las *astreintes* tienen origen *judicial*; es decir, son fijadas por el órgano jurisdiccional; la cláusula penal, en cambio, tiene origen en la voluntad de las partes.

2) Las cláusulas penales pueden ser establecidas en beneficio de un tercero (art. 653 del C. Civil); las *astreintes* se imponen siempre —en nuestro derecho— en beneficio del acreedor (arts. 666 bis del C. Civil y 37 del C. Pr. Civ. y Com. de la Nación).

3) Las *astreintes* son siempre pecuniarias; el objeto de la cláusula penal puede ser una obligación de dar, hacer o no hacer.

4) Las *astreintes* son siempre provisorias y esencialmente mutables, porque el juez puede aumentarlas, disminuírlas o hacerlas cesar según el caso. Las cláusulas penales son en principio inmutables y definitivas [41].

[41] Conf.: Guillermo Borda, *Las "astreintes"*, en "E.D.", 4-964; Ricardo Reimundín, *Las "astreintes" en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, "J.A.", Doctrina, 1969-537

5) El ámbito de aplicación de la cláusula penal es mucho más amplio que el de las *astreintes.* La primera puede acceder a obligaciones de dar (cosas ciertas, inciertas no fungibles, de género limitado, cantidades de cosas, sumas de dinero), de hacer, no hacer. En cambio, las *astreintes* son, en nuestro criterio, subsidiarias en el sentido de que sólo se aplican cuando no existen otros medios previstos para compeler al cumplimiento en especie de la obligación; así, por ej., no podrían imponerse ante el incumplimiento de pagar sumas de dinero [42].

6) Las *astreintes* tienen función netamente conminatoria o compulsiva; tienden al cumplimiento en especie de la obligación y evitan que ella se resuelva en daños y perjuicios. Lo expuesto no significa desconocer la amplia polémica doctrinal sobre la naturaleza jurídica de estas sanciones judiciales, sino, precisamente, tomar partido en favor de la posición que distingue adecuadamente *astreintes* y daños y perjuicios. La cláusula penal compensatoria, en cambio, supone en definitiva que la prestación principal no se cumpla y que el acreedor sea satisfecho mediante la indemnización tarifada sustitutiva.

De esta diferencia deriva una importantísima consecuencia: mientras el monto numérico de la cláusula penal puede ser aumentado en razón de la depreciación monetaria operada, aplicando los principios generales de la responsabilidad civil (ver § 107), las *astreintes* no son regidas por idénticos principios. En efecto, si el deudor *cumple* con la obligación principal, la *astreinte* devengada no podrá ser reajustada. Ha dicho acertadamente la Sala C de la Cám. Nac. Civ. de la Capital: "Si la parte actora reconoció que la demandada cumplió con las obligaciones

[42] Ival Rocca - Omar Griffi, *Astreintes*, 2ª ed., Grial, Bs. As., 1970, ps. 42 y ss. Conf.: Cazeaux y Trigo Represas, ob. cit., t. I, p. 128. En contra, Jorge Mosset Iturraspe, ob. cit., *Medios compulsivos*, p. 69, para quien no hay razones legales que sustenten la subsidiariedad.

a su cargo, la sanción de *astreintes* impuesta cumplió con su finalidad. Por lo tanto, admitir ahora su pretensión de que se incremente la multa por la incidencia de la depreciación monetaria, importaría darle a aquélla una función que no tiene" [43].

La jurisprudencia francesa ha tenido oportunidad de resolver adecuadamente las diferencias que hemos mencionado en los puntos anteriores. Una ley gala de 1949 disponía que "las *astreintes* fijadas para obligar al ocupante de un local a desalojar tienen siempre un carácter conminatorio y deben ser revisadas y liquidadas por el juez una vez ejecutada la sentencia de desahucio". El tribunal de Valence condenó a un inquilino al pago de la cláusula penal pactada contractualmente, considerando que la disposición legal citada hacía mención a las *astreintes* ordenadas judicialmente, y no a las cláusulas convencionalmente determinadas, las que salvo supuestos excepcionalísimos, se regían por la regla de la inmutabilidad [44]. En cambio, en los repertorios nacionales, algunas veces se detectan errores conceptuales, denominándose "*astreintes*" a verdaderas cláusulas penales; así, en un fallo de primera instancia se lee: "En este pleito las partes han acordado lo que *técnicamente* se denomina *astreintes*..." [45]. Insistimos en que las partes no pactan *astreintes*, sino *cláusulas penales*.

### § 234. DIFERENCIA CON LAS MULTAS PREVISTAS EN LOS COMPROMISOS ARBITRALES.

Dispone el art. 767 del C. Pr. Civ. y Com. de la Nación que el compromiso arbitral debe contener, *bajo pena de nulidad* (inc. 4), "la estipulación de una multa

[43] 17/11/78, "Galtero c. Manzone", "L.L.", 1979-A-52, fallo 76.684.

[44] Manuel Orús, *Crónica de jurisprudencia y doctrina francesa*, 2º trimestre, 1957, "J.A.", 1957-IV-83, sec. Doctrina.

[45] Fallo de 1ª instancia, 26/3/54, "Cots c. Lipara", "L.L.", 77-336. En igual error incurre Antonio de la Vega Vélez, *Bases del derecho de obligaciones*, 3ª ed., Bogotá, 1978, p. 129.

que deberá pagar a la otra parte la que dejare de cumplir los actos indispensables para la realización del compromiso". Y el mismo Código, entre las cláusulas facultativas, menciona en el art. 768, inc. 4: "una multa, que deberá pagar la parte que recurra del laudo, a la que lo consienta, para poder ser oído, si no mediase la renuncia que se menciona en el inciso siguiente".

En el ordenamiento procesal mendocino también se enuncia —entre los requisitos objetivos del compromiso arbitral— "la aplicación de una multa, a favor de la contraria, que deberá pagar el compromitente que no cumpla con los actos indispensables para hacer efectivo el compromiso" (art. 296, inc. 5).

Estas multas tienen gran similitud con las cláusulas penales. Ello motiva que en algunos casos resueltos judicialmente se aluda a ellas como tales. En efecto, la Cám. Civ. 1ª de la Capital, con voto de los doctores Agustín Alsina, Rodolfo Mendonça Paz y Alberto Baldrich, confirmó, en abril de 1947, un fallo de primera instancia del Dr. José Oderigo, diciendo que "la nulidad del compromiso arbitral por no contener cláusula penal, no enerva todo el convenio, sino que invalida únicamente lo relativo a la aludida cláusula, quedando las partes en libertad de solicitar lo que crean de su derecho" [46]. Se trataba de un *acta convenio* con dos partes bien diferenciadas: una que establecía la forma en que se llevarían a cabo las obras prometidas y la otra que comprometía en árbitros la fijación del monto indemnizatorio de los daños y perjuicios producidos hasta el momento. Se resolvió que sólo correspondía la nulidad de la cláusula compromisoria, pero no la de la primera parte del convenio referido al cumplimiento de la prestación principal.

[46] "García, Enrique, c. Vidal, Miguel", "L.L.", 46-506, y "J.A.", 1947-II-89.

Aunque en el derecho argentino la doctrina procesalista no hace referencia a las cláusulas penales cuando se refiere al tema en cuestión, un autor del prestigio de Prieto Castro dice expresamente que la multa que debe pagar la parte que deje de cumplir los actos indispensables para la realización del compromiso es una pena contractual, remitiéndose al concepto que el art. 1152 del C. Civil español proporciona sobre cláusula penal. Incluso marca la diferencia con el régimen de los amigables componedores, en tanto y en cuanto la Ley de Enjuiciamiento española resuelve la cuestión remitiéndose al régimen general de los daños y perjuicios para los amigables componedores y al de la cláusula penal en materia de árbitros [47].

Indudablemente las similitudes son grandes, pero su régimen legal no es idéntico. Antes de entrar al estudio de semejanzas y diferencias parece imprescindible hacer algunas obvias advertencias previas:

Debe distinguirse entre *cláusula compromisoria* y *compromiso arbitral*. La primera es "la obligación que contraen las partes de someter sus diferencias a la decisión de árbitros". Por eso, es anterior a toda controversia y contempla la posibilidad de que ella se suscite; en general esta cláusula compromisoria no establece la manera en que se

[47] L. Prieto Castro, *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, t. II, Reus, Madrid, 1950, p. 445. La tradición española sobre el tema es de significativa importancia. Las leyes 23 y 26 del título 4 de la Partida 3ª, señalaban que debía estipularse una pena que hubiere de pagar la parte que no cumpliere las providencias de los árbitros y arbitradores. Las partes, sin embargo, podían prescindir de estipular la pena y estaban obligadas en tal caso al cumplimiento del fallo arbitral cuando no lo hubiese impugnado dentro de los diez días. Un poco más cercanamente, la ley de enjuiciamiento mercantil sobre los negocios y causas de comercio del 24 de julio de 1830, reglamentaba en su art. 259, nº 7, una cláusula penal que era de esencia tanto en las escrituras de nombramientos de jueces árbitros como en las de nombramiento de amigables componedores. En la misma línea, la Ley de Enjuiciamiento Civil, del 5 de octubre de 1955, considera nula la escritura de laudo arbitral si no contiene cláusula penal aplicable a quien no cumpla la sentencia o laudo (ver Lobato de Blas, ob. cit., p. 56).

llevará a cabo el arbitraje; no determina forma, ni época, ni personas intervinientes; todas estas cláusulas se fijan en el compromiso arbitral [48]. Pero la cláusula compromisoria autoriza a exigir judicialmente el otorgamiento del compromiso arbitral (art. 769 del C. Pr. Civ. y Com. de la Nación).

§ 235. 1) *A quién corresponde la fijación de la multa.* — De los principios expuestos se deduce que estas multas son fijadas ordinariamente por las partes (y en este sentido reconocen igual origen convencional que las cláusulas penales). Pero excepcionalmente, cuando las partes no logran un acuerdo extrajudicial sobre el contenido del compromiso arbitral, podrán demandarse por la constitución del tribunal arbitral, y en tal caso *serán los jueces* quienes determinen el contenido de tal multa (art. 769 del C. Pr. Civ. y Com. de la Nación).

Esta diferencia no rige para las multas facultativas a que hace mención el art. 768, inc. 4, del C. Pr. Civ. y Com. de la Nación. Tanto en el orden nacional como en el provincial, ellas deberán ser fijadas *exclusivamente* por las partes, estando vedado al juzgador la imposición de ellas sin acuerdo de los compromitentes. En tal sentido se ha resuelto: "Es facultativo de las partes la inclusión de una multa en el compromiso arbitral. Dentro de este régimen, el juez no puede fijar cláusulas que impliquen requisitos no esenciales para la validez del compromiso" [49].

§ 236. 2) *La necesidad de la multa arbitral y la accidentalidad de la cláusula penal.* — Hemos explicado en el capítulo III que la cláusula penal es un elemento *acci-*

[48] Hugo Alsina, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª ed., t. VII, Ediar, Bs. As., 1965, ps. 39 y ss.

[49] Cám. Nac. Com., Sala B, 23/9/60, "Dragusi c. Salcovsky", "L.L.", 102-491.

*dental* de los actos jurídicos; es decir, no es de aquellos irreductibles cuya falta provoca la nulidad del acto. En cambio, las multas imponibles a aquel compromitente que no cumpla con los actos indispensables para la realización del compromiso, son elementos *necesarios* dentro del compromiso arbitral. Y ello ocurre tanto en el ordenamiento procesal nacional, como en el provincial mendocino (aunque éste presenta cierta amplitud o ductilidad no existente en el primero). En efecto, el art. 767 del C. Pr. Civ. y Com. de la Nación requiere la inclusión de la multa *bajo pena de nulidad.* Sin embargo, debe recordarse que esta nulidad es convalidable no atacando su invalidez antes del pronunciamiento del laudo [50]. En el derecho procesal mendocino se faculta al juez a la complementación del compromiso arbitral. En tal sentido establece el último párrafo del art. 296: "Si se omitieren algunos de estos requisitos y siempre que estuvieren determinados o pudieren determinarse la cuestión o cuestiones litigiosas, el juez completará el compromiso en la forma dispuesta en el artículo siguiente, pudiendo previamente disponer se subsanen los defectos conforme al art. 166". Y explica el codificador en la nota: "Este artículo menciona lo que debe contener el compromiso arbitral para ser completo. Son los recaudos necesarios, como en el caso de demanda. Si alguno de ellos faltara o no estuviera claramente expresado, podrá solicitarse al juez que le complete, siguiendo para ello la vía del proceso sumarísimo. Quiere decir que siendo posible determinar cuáles son las cuestiones litigiosas, el compromiso es válido, aunque sea necesaria su complementación. La ley no menciona cláusulas de inclusión facultativa, ya que ello es innecesario. Pueden concertarse todas aquellas que no desvirtúen el instituto o violen normas de orden público".

[50] Alsina, ob. cit., t. VII, p. 44.

Se advierte, entonces, cómo en el derecho formal mendocino si bien la carencia de la multa no acarrea la *nulidad* del compromiso arbitral, es sí un elemento *necesario* de éste, por cuanto si las partes no lo fijaron es el juez quien lo hará; pero de uno u otro modo esta multa estará contenida en el compromiso.

§ 237. 3) *El carácter compulsorio.* — En el derecho romano nadie dudaba del carácter compulsorio de la multa que se imponía a quien recurría el laudo arbitral, en razón de que el laudo, *iure proprio,* no era ejecutable; por eso, tal ejecutabilidad se lograba por medio de la "multa" [51]. Es obvio que estas multas no tienen en nuestros días tal finalidad, sino que su razón esencial radica en el deseo de obtener economía procesal, objeto principalísimo del proceso.

No obstante, el fin compulsorio está latente también en el derecho actual; quien suscribe el compromiso arbitral se halla constreñido psicológicamente ante la sanción impuesta; en tal sentido cumple exactamente la misma función conminatoria que las sanciones fiscales y administrativas en general.

§ 238. 4) *La finalidad indemnizatoria.* — El nuevo ordenamiento procesal nacional, a fin de aventar todas las dudas existentes al momento de su sanción, estableció que la multa es "en favor de la otra parte". La determinación del beneficiario avala —en cierta medida— la posición de otorgar a dichas multas carácter indemnizatorio. Así lo expresa Podetti al comentar el viejo Código Procesal de la provincia de Mendoza: "El importe de la multa,

[51] Prieto Castro, ob. cit., p. 445. Conf.: Carlos Colombo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,* t. IV, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1969, p. 838; Jesús Cuadrao, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,* Depalma, Bs. As., 1969, p. 843.

como en el caso del inc. 5 del art. 812, es en favor de la contraria, *con carácter de indemnización de perjuicios*" [52].

Sin embargo, este carácter indemnizatorio no tiene identidad con el de las cláusulas penales. En primer lugar, tal finalidad se desdibuja significativamente con relación a las multas facultativas (es decir, la que fijan las partes para el supuesto de recurrir el laudo). La doctrina señala que ellas *no son ejecutables*; o sea, si el otro compromitente apela el laudo, no se tiene derecho a reclamar la multa, sino que el juez no debe dar trámite al procedimiento; es decir, la falta de depósito no provoca la obligación de pagar la multa a la contraparte, sino la inhabilidad para recurrir el laudo [53]. Y que no se diga que esta interpretación de las multas facultativas viola el derecho de defensa, porque la jurisprudencia nacional tiene reiteradamente expuesto que "es válida la cláusula compromisoria que establece que la parte que se alce contra el fallo de amigables componedores o plantee su nulidad deberá previamente depositar $ 50.000, que quedarán a disposición de la otra parte si la pretensión no prospera; su falta de depósito *impide la demanda judicial*" [54].

Esta falta de ejecutabilidad de la multa la aleja grandemente de la cláusula penal, porque si bien su objeto es una suma de dinero que en definitiva pasa al patrimonio de la otra parte, de hecho es que ésta no tiene derecho a reclamarla judicialmente.

Las multas obligatoriamente impuestas son ejecutables, no obstante lo cual tampoco su fin indemnizatorio coincide exactamente con el de la cláusula penal. En efec-

[52] Ramiro Podetti, *Código de Procedimientos en Materia Civil y Comercial de la Provincia de Mendoza*, ed. La Facultad, Bs. As., t. III, 1937, p. 275.

[53] Santiago C. Fassi, *Código Procesal Civil y Comercial, comentado anotado y concordado*, t. III, Astrea, Bs. As., 1973, nos. 3106 y 3143.

[54] Suprema Corte de Buenos Aires, 11/7/61, "Ortega c. Gómez", "E.D.", t. 2, p. 210.

to, ninguna norma procesal ni sustancial le prohíbe al compromitente acreditar mayores daños. Es decir, si los daños derivados de la falta de cumplimiento de los actos indispensables para la realización del compromiso o de la impugnación del laudo, son superiores a la multa estipulada, el compromitente cumpliente podrá reclamar estos mayores daños no cubiertos con la multa. En este sentido consideramos *inaplicable* lo dispuesto por el art. 656 del C. Civil. Por eso, mientras la cláusula penal prefija los daños y perjuicios en forma definitiva impidiendo al acreedor reclamar mayores daños (salvo los supuestos excepcionales oportunamente estudiados), las multas procesales operan como indemnización mínima permitiendo al acreedor reclamar mayores daños, conforme a las disposiciones del derecho común. Insistimos en que no existen normas expresas que prohíban la satisfacción plena de los perjuicios sufridos.

§ 239. 5) *La no reducción de las multas exorbitantes.* — Como se ha visto en el capítulo III, dadas las circunstancias previstas en el art. 656, 2ª parte, los jueces pueden reducir equitativamente las cláusulas penales. En cambio, tratándose de las multas en estudio, normalmente será imposible acudir al procedimiento de reducción previsto en la ley de fondo; en efecto, estas multas se estipulan en favor de ambos comprometientes; no existe en rigor un deudor y un acreedor, sino *partes procesales.* Por eso, raramente podrá invocarse el requisito subjetivo de la necesidad, ligereza o inexperiencia. En consecuencia, salvo la declaración de nulidad del compromiso por las razones previstas en los ordenamientos procesales y las disposiciones de derecho de fondo, las multas son inmutables y definitivas.

§ 240. 6) *La acumulación de la multa a la prestación principal.* — Se ha visto que las cláusulas penales

compensatorias no son acumulables ni a la prestación principal ni a los daños y perjuicios de la misma naturaleza, salvo los supuestos de excepción (art. 659 del C. Civil). Las multas, en cambio, normalmente son acumulables a la principal. Así, por ej., se podrá obligar al incumpliente a que realice los actos necesarios para la constitución del tribunal y *además* que pague la multa prevista. La diferencia señalada, sin embargo, no aparece cuando la actividad a desarrollarse es *intuitu personae* y no puede ser suplida ni por el tribunal ni por terceros en general. Tampoco surge en la multa facultativa que prevé el art. 768, inc. 4, porque en este caso, precisamente, la multa se paga para poder recurrir; es decir, se incumple la obligación de no hacer satisfaciendo el pago de la multa.

### § 241. CLÁUSULA PENAL E INTERESES SANCIONATORIOS.

Previo a todo debemos aclarar que llamamos intereses sancionatorios a los que la ley impone en razón de la conducta maliciosa observada por el deudor durante la tramitación de un proceso judicial. Son los previstos por el art. 622, segunda parte, del C. Civil, por el decr.-ley 4777/63, que reforma el 565 del C. de Comercio, el 4 de la ley 3939 de la provincia de Mendoza, entre otras normas [55].

El carácter punitorio asemeja a ambas figuras, no obstante lo cual sus diferencias son notables:

1) *Por el origen*: Estos intereses sancionatorios son de origen judicial; en cambio, la cláusula penal nace por acuerdo de partes.

2) *Por el objeto*: La cláusula penal puede tener por objeto una prestación de dar, hacer o no hacer y, en conse-

[55] Oscar Mariconde, *El régimen jurídico de los intereses*, Lerner, Córdoba, 1977, p. 129, llama a esta clase de intereses "punitorios judiciales o sancionatorios", y señala acertadamente que las multas previstas en el art. 45 del C. Pr. Civ. y Com. de la Nación no constituyen intereses sancionatorios por faltarles la proporción de su monto al capital-tiempo.

cuencia, puede o no tener vinculación con el capital reclamado; el interés sancionatorio, en cambio, representa *una tasa* sobre el capital demandado.

3) *Por la obligación principal a la cual accede*: La cláusula penal puede acceder a cualquier tipo de obligaciones; los intereses sancionatorios sólo pueden aplicarse cuando se reclamen obligaciones *pecuniarias.*

4) *Por la conducta que motiva su aplicación*: Basta el incumplimiento imputable para que sea exigible la cláusula penal. Hemos explicado, incluso, que hasta la culpa más leve motiva su aplicación. Los intereses sancionatorios, en cambio, reprimen una conducta *maliciosa* desarrollada *dentro del proceso* [56].

5) *Por el sistema de reducción*: De todo lo expuesto se deduce que no puede solicitarse la reducción de los intereses sancionatorios impuestos judicialmente sosteniendo que son excesivos, pretendiendo la aplicación del art. 656, 2ª parte, del C. Civil. En tal sentido se ha resuelto que "la facultad judicial para morigerar las cláusulas penales excesivas no es argumento válido para reducir tasas elevadas, aplicadas en función del art. 565 del C. de Comercio —modificado por el decr.-ley 4777/63—, porque allí se trata de una sanción represiva de la mala fe del litigante que abusa de las formas del proceso para dilatar el cumplimiento de su obligación; ni las que se aplican en el orden tributario, que tienen fines de estímulo y eficacia de la recaudación fiscal" [57].

Algunas veces la semejanza entre intereses sancionatorios y cláusula penal ha llevado a sostener que a los efectos de determinar las pautas para reducir las cláusulas penales excesivas, debe tenerse en cuenta el tope fijado

[56] Salvador Darío Bergel, *La intercalación efectuada al art. 565 del C. de Comercio*, en "E.D.", t. 8, p. 234.

[57] Cám. 1ª Civ. y Com. de Bahía Blanca, 19/7/66, "Milano c. Omica S.R.L.", "J.A.", 1966-VI-59, sec. Prov.

por la ley para la imposición de los primeros [58]. Oportunamente hemos expuesto que cuando el juzgador resuelve sobre el exceso de las penas, no debe sujetarse a pautas estrechas, porque no existe entre intereses y cláusulas penales una identidad absoluta [59].

6) *Por los sujetos*: Los intereses sancionatorios se imponen siempre en beneficio del acreedor. Se ha visto que la cláusula penal puede estipularse en beneficio de un tercero.

§ 242. CLÁUSULA PENAL MORATORIA E INTERESES MORATORIOS O PUNITORIOS ESTABLECIDOS CONVENCIONALMENTE.

Denominamos intereses moratorios o punitorios a aquellos debidos en concepto de indemnización por mora del deudor en el pago de una obligación dineraria, distinguiéndolos de los mal llamados "compensatorios", a los cuales denominamos retributivos o lucrativos, que son aquellos que se pagan por el uso de un capital, con independencia del estado de mora del deudor.

Las similitudes entre cláusula penal e intereses punitorios son mayores que en materia de intereses sancionatorios eliminándose algunas de las diferencias señaladas en el punto anterior.

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

[58] Cám. Nac. Civ., Sala C, 18/2/75, "Montiel c. Montiel de López". "L.L.", 1975-B-781, y "E.D.", 64-139.

[59] Ver § 83.

juicios. Sin embargo, estas semejanzas no significan identidad: señala acertadamente Mosset Iturraspe que los intereses —cualquiera que sea su especie— son frutos civiles de un capital; o sea, que su importe o cuantía no es discrecional, sino que provienen de una tasa o porcentaje que se calcula con referencia a un capital determinado. Es decir, que una de las características fundamentales de la deuda por intereses es la existencia de "proporcionalidad al capital-tiempo" [60]. Debe además señalarse que mientras la cláusula penal puede acceder a todo tipo de obligaciones, los intereses sólo se devengan en las obligaciones que tienen por objeto cosas genéricamente designadas. Al respecto parece útil recordar la definición de Messa: "Hay obligación de intereses cuando el deudor de una suma de dinero o de cosas genéricamente designadas, está obligado a pagar al acreedor sobre aquella cantidad, una compensación por la privación de su uso, en cosas de igual género y calidad, o en su equivalente pecuniario y en proporción a la cantidad debida principalmente y a lo que haya durado la privación de su uso" [61].

De lo previamente expuesto se deduce que es notable la *diferencia conceptual* entre ambas figuras, no obstante lo cual, en determinadas circunstancias cumplen funciones análogas. Estas semejanzas y diferencias nos obligan a recapitular sobre las distinciones efectuadas, en cuyas soluciones hemos pretendido movernos con flexibilidad; el derecho —sobre todo en nuestra época— no puede resolverse en compartimentos estancos que en definitiva motiven soluciones contradictorias para casos análogos. Mas también es cierto que las diferencias ontológicas provocan ciertos alejamientos. En consecuencia, sintetizando lo expuesto en los capítulos anteriores, señalamos:

[60] Mosset Iturraspe, ob. cit., p. 1250. Conf.: Mariconde, ob. cit., p. 45.

[61] Messa, *L'obbligazione degli interessi*, cit. por Mariconde, p. 39.

1) Salvo el supuesto de cláusula penal accesoria de contratos de mutuo, las pautas de reducibilidad de intereses punitorios y cláusulas penales no son coincidentes. Es decir, es viable la aplicación de cláusulas penales que en sustancia superen la tasa fijada como lícita o no usuraria, en razón de que la finalidad compulsoria de la pena incide especialmente sobre el régimen de su validez (ver § 83). No puede dudarse de que este fin se visualiza con mucho mayor firmeza en la cláusula penal que en los intereses punitorios. Así, por ej., es factible pactar la primera para asegurar obligaciones naturales; en cambio, carecerían de eficacia los intereses punitorios (salvo que pudiera acreditarse que tal pacto ha importado una verdadera novación de la obligación).

2) Pueden acumularse pena e intereses punitorios pactados, pero en algunos casos tal acumulación motivará la reducción de la cláusula penal si se dan los requisitos previstos en el art. 656, 2ª parte, del C. Civil.

3) De la misma manera que los intereses punitorios convencionalmente pactados desplazan a los legales o judiciales (art. 622 del C. Civil), también la cláusula penal impide la aplicación de intereses moratorios de origen no convencional sobre el capital, porque ello supondría otorgar una indemnización mayor a la tarifada, en violación de lo dispuesto por el art. 655 del C. Civil.

4) Si la cláusula penal tiene por objeto sumas de dinero y accede a obligaciones de igual tipo, el incumplimiento de la accesoria impide que ésta devengue intereses, por aplicación de la prohibición dispuesta por el art. 623. Pero no constituye anatocismo que una deuda por intereses reclamada independientemente del capital, devengue intereses, correspondiendo igual solución cuando se demanda por el cobro exclusivo de la pena moratoria (§ 164).

5) Tanto los intereses punitorios como las cláusulas penales moratorias se extinguen cuando desaparece el vínculo principal, lo que motiva que en general las causales de extinción sean semejantes. Por eso:

*a*) Rige para las cláusulas moratorias lo dispuesto por el art. 776 del C. Civil. En consecuencia, si el deudor debe capital y pena moratoria, el pago debe imputarse primero a la pena y luego al capital (§ 204).

*b*) Tanto la cláusula penal que debe pagarse por años o períodos más cortos, como los intereses, prescriben en el término de cinco años previsto en el art. 4027, o de cuatro años si se tratara de obligaciones comerciales (art. 847 del C. de Comercio) (§ 221).

6) Ni el pacto de intereses punitorios ni las cláusulas penales impiden, por sí mismos, la facultad de resolver (§ 167).

7) El curso de los intereses moratorios y el de las cláusulas penales del mismo tipo se suspende con la declaración de la quiebra y la presentación del concurso preventivo del deudor (arts. 20 y 133 de la ley 19.551) [62]. En efecto, si la suspensión de todo tipo de intereses se funda en mantener la igualdad de todos los acreedores, debe regir igual principio para la cláusula penal (ver § 328).

### § 243. DIFERENCIA CON LA SEÑAL O ARRAS Y CON EL PACTO DE DISPLICENCIA O MULTA DE ARREPENTIMIENTO.

Dispone el art. 1202 del C. Civil: "Si se hubiere dado una señal para asegurar el contrato o su cumplimiento, quien la dio puede arrepentirse del contrato o puede dejar de cumplirlo perdiendo la señal. Puede también arrepentirse el que la recibió; y en tal caso debe dar la señal, con otro tanto de su valor".

[62] Héctor Cámara, *El concurso preventivo y la quiebra*, Depalma, Bs. As., 1978, p. 524.

De esta norma se deduce que en el derecho civil argentino se denomina seña o arras a la entrega de una cosa para asegurar el cumplimiento de la obligación, con la facilidad para las partes de disolverla mediante la pérdida de lo entregado. Es decir, que contrariamente a lo que ocurre en el derecho mercantil nacional (art. 475 del C. de Comercio), la seña tiene función resolutoria, y no confirmatoria, permitiendo, en consecuencia, el arrepentimiento [63].

El pacto de displicencia o multa de arrepentimiento —de origen germánico y no reglado en forma expresa en nuestro Código— cumple también función penitencial y resolutoria, pero difiere en que la entrega de las cantidades no se ha efectivizado, sino que tan sólo se la ha prometido. Nuestra jurisprudencia ha distinguido ambas figuras al resolver que el art. 1202 sólo se aplica cuando las sumas han sido efectivamente entregadas [64].

Las distinciones que alejan la señal y el pacto de displicencia de la cláusula penal son comunes, con la sola variante señalada, cual es que en una existe entrega y en la otra no. Es decir, mientras las arras constituyen una pres-

[63] Sobre los antecedentes de la norma y la contrariedad con el régimen primitivo previsto para el pacto comisorio, ver: Atilio A. Alterini, *Seña, pacto comisorio y compraventa de muebles*, en "L.L.", 115-400; también Alberto G. Spota, *Instituciones de derecho civil. Contratos*, vol. III, ob. cit., nos. 704 y ss.

Para algunos autores la seña pagada en la subasta judicial configura un caso de seña confirmatoria en el ámbito civil, por cuanto no permite el arrepentimiento. La cuestión tiene alguna vinculación con el derecho concedido por el art. 575 del C. Pr. Civ. y Com. de la Nación, que ha motivado interesantes fallos publicados recientemente. Ver "J.A.", 1978-II-293, fallos 27.363 y 27.364, con nota de Carlos E. Martínez, *Indemnización debida al comprador en subasta judicial*. También puede compulsarse con provecho el voto del Dr. Boulin Zapata, en autos "Vicari" en "J. Solís de Vicari", "J. de Mendoza", 2ª serie, nº 7, setiembre-diciembre 1978, p. 59. La venta judicial dispuesta por el propietario, en cambio, no difiere de la venta privada. Por lo que se ha resuelto la aplicación del art. 1202 del Cód. Civ. cuando los copropietarios han solicitado de común acuerdo la subasta pública. Ver Cám. Nac. Civ., Sala D, 22/7/80, "L.L.", diario del 15/9/80, fallo 78.753.

[64] Ver: Eduardo Moreno Dubois, *El arrepentimiento en el compromiso de compraventa de inmuebles*, "L.L.", 120-692.

tación *realizada,* la cláusula penal y el pacto de displicencia constituyen apenas prestación prometida. Las tres figuras tienen en común el de ser estipulaciones sobre liquidación anticipada de daños [65]; sin embargo, sus diferencias son notables.

§ 244. 1) *Por la conducta prevista.* — Cuando las partes pactan una señal o arras prevén el posible *arrepentimiento* de una de las partes. Por eso, cuando se hace uso de esta figura no puede hablarse del quebrantamiento de ninguna obligación, sino del uso de una facultad reconocida por el contrato y la ley. En cambio, la cláusula penal prevé tal quebrantamiento, porque se estipula para el supuesto de *incumplimiento* o *cumplimiento tardío*; en uno y en otro caso hay una disconformidad entre la conducta prometida y la asumida [66].

Debe recordarse, sin embargo, que la doctrina mayoritaria admite que en los casos de incumplimiento la seña juega como *mínimo indemnizatorio* en aquellos supuestos en que el acreedor no haya probado daño, o que los acreditados sean inferiores a la seña. La razón de esta posición reside en que "no puede ser mejor la situación del contratante que deja de cumplir la obligación que le incumbe, que la del contratante que hace uso del derecho de arrepentimiento de lo convenido. Si quien tenía este derecho y no lo ejerce, cae después en incumplimiento, no puede mejorar de condición por no haber usado una facultad a la que estaba ligada la pérdida de la seña o su devolución doblada" [67]. La solución es expresa en algunos códigos

[65] Cám. 1ª Civ. y Com. La Plata, Sala 3ª, 11/12/58, "Alonso y otro c. Zotter", "J.A.", 1958-IV-13, nº 151.

[66] Conf.: Puig Brutau, ob. cit., t. I, vol. II, p. 472; Lobato de Blas, ob. cit., p. 109; Cám. 3ª C. C. Córdoba, 19/10/56, "Mansilla c. Parrazzo", "Rep. L.L.", XX, p. 1310, nº 14; Cám. 2ª Civ. y Com. de Mendoza, 21/9/61, "Ornat c. Sosa", "J. de Mendoza", t. XXIX, p. 44; Cám. Nac. Civ., Sala B, 4/4/57, "Agüero c. Gutman", "J.A.", 1957-II-337.

[67] Conf.: Llambías, ob. cit., t. I, nº 326; De Barros Monteiro, ob.

extranjeros. Por ej., el art. 1263 del C. Civil de Venezuela dice: "A falta de estipulación contraria, lo que se da en arras al tiempo de la celebración del contrato y con anterioridad a este pacto, se considera como garantía de los daños y perjuicios para el caso de contravención. Si la parte que no ha incurrido en culpa no prefiere exigir el cumplimiento de la convención, puede retener las arras que haya recibido o exigir el doble de las que haya dado". Esta tendencia actual tiene su origen en viejos fallos, los cuales, aplicando el art. 1189, resolvieron que para el caso particular de la obligación de escriturar, las arras cumplen una función similar a la cláusula penal, prefijando los daños en caso de incumplimiento [68], ampliándose luego el razonamiento a todo tipo de contratos.

Pero aun en esta posición en que ambas figuras contemplan la misma conducta, existe una diferencia sustancial: que mientras el acreedor de una cláusula penal no puede reclamar mayores daños aunque pruebe que la indemnización no es suficiente (salvo las excepciones mencionadas en el capítulo anterior), sí podrá reclamarlos el acreedor cuando sólo se estipuló una seña [69]. Cabe señalar que nuestra posición no es unánimemente aceptada por la doctrina nacional: Lezana, seguido por Risolía y Albisetti, entre otros, ha sostenido la inmutabilidad de la indemnización pactada como seña en función del art. 1189 del C. Civil, aun en casos de incumplimiento [70]. Consideramos

---

cit., vol. 4, p. 199. Cám. Nac. Civ., Sala A, 15/11/65, "Larramberre c. Seijo", "L.L.", 121-444, y "E.D.", 14-96.

[68] Cám. Fed. de La Plata, 12/11/24, "J.A.", 14-728.

[69] Conf.: Boffi Boggero, t. 2, nº 594; Cám. Civ. Cap., Sala A, 24/12/59, "J.A.", 1960-IV-83; Sala B, 30/12/53, "J.A.", 1954-III-161; Sala C, 27/3/53, "L L.", 70-538; Sala D, 21/6/54, "J.A.", 1955-II-107.

[70] Julio Lezana, *El valor de los boletos provisorios de venta*, "J.A.", 1960-IV-83, y *La seña y el daño causado por incumplimiento de un contrato*, "J.A.", 1951-II-18, secc. Doctr.; Marcos Risolía, *Significación y funcionamiento de las arras en el Código Civil argentino*, Perrot, Bs. As., 1960, nos. 7 y 41; Norberto Albisetti, *Las arras como predeterminación del daño en el Código Civil*,

que esta inmutabilidad sólo está prevista para los casos en que la seña cumple su función específica, es decir, resolver en casos de *arrepentimiento.* Pero cuando se ha producido el *incumplimiento,* el deudor ya no puede ampararse al abrigo de la señal para limitar su responsabilidad.

Las razones dadas por Borda [71] son irrefutables: es razonable que en los casos de arrepentimiento la seña opere como indemnización máxima, porque haciendo uso de una facultad, las relaciones de las partes han quedado fijadas claramente y desde el principio; pero cuando hay incumplimiento, es decir, resistencia antijurídica a la obligación asumida, los daños no pueden quedar limitados a la seña sin contrariar los principios generales de la reparación integral. Además, tanto la jurisprudencia como la doctrina admiten que las partes sólo pueden hacer uso de su derecho a arrepentirse mientras el contrato no haya tenido comienzo de ejecución y, en su caso, hasta el momento de contestación de la demanda. De admitirse que la seña juegue como tope máximo aun en los casos de incumplimiento, se estaría permitiendo hacer uso de la facultad de arrepentirse más allá de los momentos señalados.

§ 245. 2) *Por los sujetos que pueden invocarla.* — La cláusula penal sólo juega en favor del acreedor; la seña favorece a ambas partes (tanto deudor como acreedor pueden arrepentirse con los efectos previstos en el art. 1202 del C. Civil). Lo expuesto no debe llevar a confusiones:

---

"L.L.", 118-1119; Anteo Ramella, ob. cit., *La resolución por incumplimiento,* nº 6, p. 15, dejando a salvo el caso de incumplimiento doloso, y *La cláusula penal y las arras en el Código Civil,* "Juris", t. 21, p. 101, en especial p. 103; Cám. 1ª C. C. La Plata, Sala III, 29/11/57, "Borges c. Marsili", "Rep. L.L.", XIX, p. 1235, nº 12; Cám. Civ. 1ª Cap., 1/9/33, "J.A.", 43-540; Cám. Paz Letrada Cap., 16/12/47, "L.L.", 50-306; Sup. Trib. La Pampa, 23/11/54, "L.L.", 77-207; Cám. Nac. Civ., Sala D, 18/6/52, "Preione c. Vie", "J.A.", 1962-VI-155, y "L.L.", 109-169; ídem, 2/8/61, "Crotto c. Ferrari", "J.A.", 1962-I-83.

[71] Borda, *Contratos,* t. I, nº 467.

una vez incluída en la economía del contrato con prestaciones recíprocas, la cláusula penal funciona para ambas partes aunque haya sido incluída a instancias de una de ellas. Pero esto no modifica la regla, porque en este tipo de contratos ambos son *deudores* de sus respectivas obligaciones. Por ej., si por iniciativa del vendedor se introdujo en la convención una cláusula penal para el supuesto de incomparecencia de cualquiera de las partes a la citación efectuada por el escribano para escriturar, ella es debida también por el vendedor si incurre en el supuesto previsto [72]. Es que la obligación de escriturar pesa sobre ambas partes; la vendedora es deudora y, por tanto, la compradora puede prevalerse de ella.

§ 246. 3) *Por el objeto.* — El objeto de la seña es generalmente —aunque no siempre— una parte proporcional del precio; en cambio, la cláusula penal es muchas veces de un valor superior al de la prestación, sobre todo cuando es compensatoria [73].

§ 247. 4) *Por la oportunidad en que operan.* — La seña aparece en el momento de la formación del contrato, en tanto que la cláusula penal adquiere virtualidad en el de su ejecución [74]. Tanto es así que cuando ha habido comienzo de ejecución del contrato se extingue el derecho al arrepentimiento.

§ 248. 5) *Por las funciones que cumplen.* — La seña (como está regulada en el derecho civil nacional) tiende a debilitar el vínculo otorgando posibilidad de arrepen-

[72] S. C. Bs. As., "Lalich c. Lanude", 8/7/41, "J.A.", 75-502.

[73] Conf.: Boffi Boggero, t. 2, nº 594; Llambías, t. I, nº 326; Colmo, nº 184; Rezzónico, t. I, p. 268; Gatica Pacheco, nº 301; Carvalho de Mendonça, t. I, nº 198. Cám. Civ., Sala D, 11/10/73, "Di Biase c. Strabino", "E.D.", 56-313.

[74] Borda, *Obligaciones*, t. I, nº 194.

tirse; la cláusula penal normalmente opera reforzándolo [75]. Esta diferencia es palmaria si se advierte que antes de producirse el cumplimiento las partes pueden disolver el vínculo mediante las arras; en cambio, no tienen tal posibilidad frustratoria cuando se ha pactado una cláusula penal.

§ 249. 6) *Por los derechos y obligaciones conferidos.* De lo precedentemente expuesto se deduce que una y otra figura brindan a las partes distintos derechos y obligaciones: en las arras, el derecho a exigir la prestación principal está limitado por la facultad que tiene la otra parte de arrepentirse; en la cláusula penal, en cambio, el derecho del acreedor no puede ser enervado por el deudor porque él no tiene derecho a liberarse pagando la pena (art. 658 del C. Civil)[76].

La jurisprudencia española registra un interesante caso donde se meritúan todas las diferencias señaladas. Dijo el Tribunal Supremo de España: "Sobre la indicada base de examen, la figura contenida en el pacto agregado aparece como una facultad de resolución a cambio del pago de una cantidad, no en el estricto concepto de pena convencional, sino en el de «*multa poenitentialis*» o dinero de arrepentimiento, mediante cuyo abono se atribuyó a las partes la facultad de extinguir retroactivamente los efectos del contrato, poniendo en conocimiento del otro contratante la decisión adoptada; de donde se sigue que el caso actual constituye un convenio de resolución producto de la expresa voluntad de las partes, convenio cuya licitud resulta indiscutible en virtud de lo establecido en el art. 1255 del C. Civil español; y si los contratantes se reservan la facultad de resolución a cambio del pago de una canti-

[75] Busso, t. IV, art. 652, nº 44.

[76] Ver autores mencionados en nota 68. Conf.: Cám. Nac. Apel. Civ., Sala B, 4/4/57, "J.A.", 1957-III-357; ídem, 21/6/56, "Castro c. De Benedetti", "J.A.", 1957-I-155; S. C. Bs. As., 11/8/64; "Dell'Aglio c. Zubiri", "Rep. L.L.", t. XXV, p. 211, nº 226.

dad de dinero, es obvio que al declarar la sala sentenciadora que mediante esa entrega puede cualquiera de las partes hacer uso de dicha facultad, no quebranta el afo rismo *pacta sunt servanda*" [77].

La no identificación entre ambas figuras surge en la práctica judicial de la circunstancia de admitirse su coexistencia; es decir, en el mismo negocio jurídico puede pactarse una seña y una cláusula penal, no siendo —en general— acumulables [78]. Por ej., la vendedora se obliga a restituír el doble de la seña doblada en caso de arrepentimiento y también a pagar una cláusula penal compensatoria si se produce el incumplimiento. Operado éste, se debe la cláusula, y no la seña; el comprador no tiene derecho ni a optar por la seña ni a acumular ambas sanciones, porque es evidente que aquí cada una se pactó en previsión de una conducta determinada.

En caso de duda sobre cuál ha sido la intención de las partes, si pactar una cláusula penal o una seña, Colmo se pronuncia en favor de la primera, porque el derecho a arrepentirse es excepcional, debiendo ampararse el cumplimiento efectivo de las obligaciones en tanto y en cuanto los contratos nacen para ser cumplidos [79].

Cabe señalar que ciertas circunstancias son relevantes a los efectos de determinar la naturaleza de la cláusula. Si la suma estipulada como garantía debe deducirse del precio, debe concluírse que se trata de una seña, y no de una cláusula penal [80].

[77] Tribunal Supremo, junio de 1924, en "Rev. de Derecho Privado", t. 12, p. 196.

[78] Cám. Nac. Civ., Sala E, 31/10/74, "E.D.", 63-168; Cám. 1ª Civ. y Com. de San Isidro, Sala I, 2/10/75 "Rodríguez c. Fernández", "L.L.", 1976-A-127; ídem, 14/10/69, "E.D.", 34-218.

[79] Colmo, nº 184.

[80] Cesare Baldi, t. I, nº 585; Anteo Ramella, ob. cit., *La cláusula penal y las arras*, "Juris", t. 21, ps. 401 y ss.

No obstante todas las diferencias apuntadas, algunos fallos asimilan ambos institutos, afirmando —por ej.— que la seña tiene el "rol de una cláusula penal" [80-1].

## § 250. DIFERENCIA CON LA SEÑA CONFIRMATORIA.

Las diferencias entre ambas figuras son muy obvias. El tema viene a colación sólo para resolver si el principio previsto en el art. 656, 2º párrafo, del C. Civil puede ser aplicado por analogía a la seña confirmatoria. Es decir, si éstas pueden ser reducidas sobre las mismas pautas. La cuestión ha sido resuelta por la Corte de Casación italiana en sentido negativo. Se ha dicho que "el instituto de la reducción de la pena cuando su monto es excesivo, no se aplica a la seña confirmatoria" [81]. El supremo tribunal de Italia fundó su posición en un argumento de derecho positivo, cual es que habiendo sido legisladas cláusula penal y seña en la misma sección, si el legislador hubiese querido señalar que la seña podía ser reducida, debió hacerlo de la misma manera que lo dijo para la cláusula penal. El anotador del fallo, aunque coincide con la solución, rechaza los argumentos, sosteniendo con acierto y con razones aplicables a nuestro derecho, que muy difícilmente la seña pueda presentar el carácter absolutamente arbitrario y excesivo que puede tener la cláusula penal, pues siendo siempre una parte proporcional del precio, contiene topes representados —al menos— por el valor de la prestación.

80-1 Ver Cám. Civ. Com. y Paz Letrada Villa María, 1/7/80, "S.P. La Ley", 1980-567.

81 Corte di Cassazione, 10/11/45, "Vitale, A., c. Reina Nicolosi ed altri", comentado por Annibale Marini, *Caparra confirmatoria e reductio ad aequitatem*, en "Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni", año LXXVI (1978), mayo-junio, ps. 176 y ss.

§ 251. DIFERENCIA CON LA INDEMNIZACIÓN PREVISTA PARA EL SUPUESTO DE SOBRESEIMIENTO DEL JUICIO EJECUTIVO.

Dispone el art. 575 del C. Pr. Civ. y Com. de la Nación: "Realizada la subasta y antes de pagado el saldo del precio, el ejecutado sólo podrá liberar los bienes depositando el importe del capital, intereses y costas y *una suma, a favor del comprador, equivalente a una vez y media del monto de la seña*".

No es nuestra tarea la de señalar los requisitos que hacen procedente el sobreseimiento, ni mucho menos emitir opinión sobre su denominación legal ni su conveniencia. Nos limitaremos simplemente a delimitar las diferencias que median entre esta indemnización tarifada y las cláusulas penales. Nos mueve a efectuar tal distinción lo expuesto por el maestro Podetti, cuando al tratar la naturaleza jurídica de esta indemnización rechaza la postura que la asimila al arrepentimiento previsto por el art. 1202 del C. Civil, concluyendo que tiene una función "asimilable a la cláusula penal, estando jurídicamente más cerca del caso contemplado en el art. 587 del Código de Procedimientos" [82]. Como se advierte, el eminente procesalista no identifica ambas figuras, sino que marca sus rasgos semejantes.

Sin entrar a resolver si esta indemnización tiene naturaleza sustancial o procesal [83], parece claro que esta figura se aleja notablemente de la cláusula penal. Sobre todo porque no se advierte la finalidad *compulsoria*; es decir, la suma fijada por el ordenamiento procesal tiene exclusivamente un fin *indemnizatorio*, pero carece de todo propó-

[82] Ramiro Podetti, *Tratado de las ejecuciones*, t. VII-B, 2ª ed., Ediar, Bs. As., 1968, nº 210, p. 99.

[83] Se pronuncia por su naturaleza sustancial Salvador D. Bergel, *Algo más acerca del sobreseimiento en el juicio ejecutivo*, "E.D.", 19-202. Aparentemente en contra, Oscar J. Martínez, *La subasta judicial*, Ed. Platense, La Plata, 1972, p. 110.

sito que tienda al cumplimiento de la obligación. Por eso, no resultan aplicables las disposiciones del título XI del libro II, sec. I, del Código Civil. En especial no podrá solicitar el deudor la *disminución* de la indemnización tarifada en razón de lo dispuesto por el art. 656 del C. Civil. Su similitud radica, en cambio, en que el comprador no puede solicitar una indemnización mayor; en tal sentido rige igual principio al consagrado por el art. 655 en su última parte.

§ 252. DIFERENCIAS CON LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN.

El grave problema de la depreciación monetaria ha provocado un resurgimiento de las cláusulas convencionales de revaluación. Éstas pueden ser de muy diversos tipos, siendo las más conocidas las cláusulas oro y valor oro, moneda extranjera y valor moneda extranjera, de revisión periódica, de variación mínima, índice de precios, etcétera [84].

Median entre estas cláusulas y las penales importantes diferencias:

1) Las de estabilización prevén el reajuste monetario con independencia de la conducta antijurídica e imputable del demandado. La cláusula penal tiene como presupuesto justamente el incumplimiento o cumplimiento tardío imputable.

2) La cláusula de estabilización no implica la existencia de una obligación accesoria, sino que es la misma obligación expresada cuantitativamente de manera diferente. Es decir, los montos resultantes de dicha cláusula tienen la misma naturaleza que el capital, conformando una única obligación. En cambio, la cláusula penal es siempre una accesoria de una obligación principal.

[84] Una conceptualización de ellas puede verse en Lilian N. Gurfinkel de Wendy, *Efectos de la inflación en los contratos*, Depalma, Bs. As., 1979, ps. 57 y ss., a quien seguimos en las diferencias que señalamos en el texto.

3) Ambas tienen diferente función: mientras las cláusulas de estabilización tienden a mantener constante el valor de las prestaciones convenidas, la penal puede no tener absolutamente ninguna vinculación con tal valor, pues tiene una finalidad compulsoria inexistente en las primeras.

4) Las cláusulas de estabilización se suman siempre al capital nominalmente pactado; las penas compensatorias, en cambio, salvo pacto expreso, entran en sustitución de la principal.

5) Según una opinión doctrinal, toda cláusula de estabilización lleva implícita la de reciprocidad; es decir, que aunque los contratantes no lo hubieran expresado, puede suponerse que la convención según la cual se pretende mantener constante el valor de las prestaciones funciona tanto en favor del deudor como del acreedor. Se sostiene, incluso —siguiendo jurisprudencia francesa—, que la cláusula de no reciprocidad es nula, pues altera la función de la cláusula de estabilización, que no es la de beneficiar a uno de los contratantes sino mantener el valor real de las prestaciones, a fin de resguardar la justicia conmutativa [85].

Tal cláusula de reciprocidad es inexistente en materia de cláusulas penales; ya se vio, incluso, que la pena pactada en previsión del incumplimiento de una prestación no puede ser aplicada por analogía a los demás incumplimientos.

No obstante estas claras diferencias, algunos pactos producen ciertas dificultades interpretativas. Así, por ej., las que estipulan cláusulas que encierran reajustes monetarios para el supuesto de incumplimiento o cumplimiento tardío. Por ej., se dice que ante la falta de cumplimiento oportuno del monto reclamado, el capital se reajustará de conformidad con las variaciones que experimente el índice de precios mayoristas no agropecuarios hasta el mes anterior al del efectivo pago.

[85] Gurfinkel de Wendy, ob. cit., p. 87.

Se ha sostenido que en este supuesto se ha pactado una cláusula penal. Aunque el asunto es dudoso, nos permitimos disentir con esta opinión en razón de los siguientes argumentos:

*a*) No advertimos en el caso función compulsoria. En efecto, si el deudor incumple, aun cuando la cláusula de mentas no se hubiese estipulado, el juez procederá al reajuste de la prestación monetaria, según es criterio hoy unánimemente aceptado. El reajuste convencional, en consecuencia, no operará como un medio de reforzamiento de la obligación. La finalidad de esta cláusula no es sino mantener el valor de las prestaciones.

*b*) Si bien es cierto que hemos aceptado que las cláusulas de reajuste juegan con independencia del estado de mora, ello no significa que no puedan pactarse previendo tal circunstancia. En tal sentido es de plena aplicación lo dispuesto por el art. 1197 del C. Civil. Recuérdese que no existe ningún inconveniente en que los contratantes pacten sobre los *períodos* en que se realice el reajuste (así surge incluso del art. 1 de la ley 21.309).

*c*) Considerarlas una cláusula penal llevaría a consagrar soluciones injustas e incongruentes con lo que acontece cuando la revaluación opera judicialmente. En efecto, si es el juez quien concede la revaluación, el acreedor tendrá también derecho a los intereses moratorios puros [86]. En cambio, si la revaluación es convencional y nada se ha estipulado sobre los intereses, no habrá derecho a ellos, porque como cláusula penal comprende todos los daños producidos (§ 159).

No se nos escapa que podrá replicársenos que la cláusula penal siempre importa el peligro de no resarcirse de todos los daños producidos; pero es que en el ejemplo que hemos proporcionado se da solución totalmente dispar (se

[86] Ver nuestra nota a fallo: *Crédito por intereses e indexación*, "J.A.", 1976-IV-382.

conceden intereses en un caso y se los niega en el otro) a situaciones absolutamente idénticas.

En cambio, coincidimos con la doctora Gurfinkel de Wendy en que estas cláusulas, salvo disposición expresa en contrario, importan el reajuste sólo a partir de la mora, y no desde el momento de concertación de la obligación.

PARTE SEGUNDA

# LA CLÁUSULA PENAL EN LAS RELACIONES JURÍDICAS PARTICULARES

## Capítulo I

# LA CLÁUSULA PENAL ANTE LAS RELACIONES JURÍDICAS CIVILES

### I. El derecho de las obligaciones.

§ 253. 1) La cláusula penal en las convenciones extintivas. Transacciones.

En el capítulo VI de la parte primera (ver § 152) nos hemos referido al problema interpretativo sobre si las cláusulas penales compensatorias que acceden a una transacción, son o no acumulables al cumplimiento de la principal. Además, en el capítulo VII (ver § 208) hemos merituado lo relativo a la extinción de la pena mediante los diferentes medios previstos en el Código Civil.

En esta parte nos limitaremos, entonces, a tratar el problema de la *mutabilidad* de la pena anexa a una convención transaccional.

§ 254. *Reducción de las penas excesivas.* — En cuanto a la *reducción* de las penas objetivamente excesivas que acceden a transacciones judicialmente homologadas, nos adherimos *in totum* a lo resuelto por la Cám. 1ª C. Civil de Bahía Blanca: "Ninguna de las partes puede, una vez homologado el acuerdo y consentido el auto homologatorio, impugnar por desproporcionada la multa conminatoria

acordada en el convenio, si éste se celebró libremente con asistencia letrada de ambos interesados y la cláusula penal forma parte de la cosa juzgada que reviste la convención homologada" [1]. En el mismo sentido se ha pronunciado la Cám. Nac. Apel. Trabajo, Sala II: "No se admite la modificación de la cláusula penal homologada firme, porque habiéndose operado la cosa juzgada, las sumas resultantes de la pena, ingresan al patrimonio del acreedor en forma legítima y definitiva" [1-1]. Estimamos correcta la solución por las siguientes razones:

*a*) La asistencia letrada en ambas partes hace presumir que no existió aprovechamiento, por lo que normalmente faltará el elemento subjetivo que justifica la reducción. La solución parece clara en algunos códigos extranjeros (así, por ej., el art. 1970 del C. Civil italiano de 1942, siguiendo las aguas del art. 2052 del C. Civil francés, dispone que la transacción no puede ser impugnada por causa de lesión; igual criterio mantiene el art. 562 del Código boliviano de 1976).

*b*) Mucho se ha discutido sobre el alcance que corresponde dar a la expresión usada en el art. 850 del C. Civil, "y tiene para con las partes la autoridad de cosa juzgada" [2]. De allí se deriva en el derecho nacional la gran discusión sobre si la transacción —aun homologada— concede la vía ejecutoria [3]. Tan ardua disputa está superada

[1] Cám. 1ª Civ. y Com. Bahía Blanca, 12/7/74, "Pierucci, Héctor, y otros", en "E.D.", 57-476, y "J.A.", Repertorio 1975, p. 82, nº 9.

[1-1] 16/10/79, "Casado de Marfecc c. Haveyco S.A.", en "Trabajo y Seguridad Social", junio 1980, año VII, nº 6, p. 374, con nota aprobatoria de Santiago J. Rubinstein, *Apelación en la etapa de ejecución en cuanto a la aplicación de la cláusula penal homologada.*

[2] Compulsar el meritorio trabajo de Enrique Tomás Bianchi, *Transacción y facultad resolutoria tácita*, en "J.A.", 1977-III-649, en especial p. 662.

[3] A vía de simple reseña recordamos que se pronunciaron por la negativa: Argentino Barraquero, en ob. cit., "J.A.", 1950-IV-197 y ss.; Sofía Diana Rajmil de Cohen, *Transacción*, en "Revista de Estudios Procesales", nº 14, Rosario, 1972, ps. 68 y ss. Ver, en esta última obra, un resumen de las posiciones doctrinales sustentadas en el país sobre el tema.

en el ordenamiento positivo procesal. En efecto, en el orden nacional, el art. 500, inc. 1, dispone que "las disposiciones de este título serán asimismo aplicables a la ejecución de transacciones o acuerdos homologados"; y en el ámbito provincial mendocino, el art. 85, inc. IV, remite en cuanto a los efectos de la transacción homologada a los acuerdos conciliatorios, ordenando el art. 84 que "los acuerdos conciliatorios celebrados por los litigantes ante el juzgador tendrán autoridad de cosa juzgada y se procederá a su cumplimiento como si se tratara de una sentencia".

Ante disposiciones tan categóricas no abrigamos dudas —*de lege lata*— de que, homologada la transacción, ésta sólo podrá ser impugnada por los medios procesales idóneos [4], es decir, mediante los recursos. Y si ya se halla firme y es ejecutada, en esta etapa procesal sólo podrán oponerse las excepciones autorizadas por el derecho de forma (arts. 504 del C. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 275 del C. Proc. Civ. de Mendoza), entre las cuales no está evidentemente la defensa o excepción de reducción.

*c*) Si la reducción se solicitara en un juicio ordinario posterior por repetición, la disminución sólo podría prosperar si se acreditaran algunas de las causales previstas en los arts. 857 y ss. del C. Civil [5]. Pero, en realidad, siendo indivisible la transacción (art. 834 del C. Civil), en la mayoría de los casos, invocadas algunas de las causales de nulidad, su admisión traerá como consecuencia la nulidad de todo el acuerdo extintivo.

§ 255. *Reducción o aumento de las penas en los supuestos de onerosidad sobreviniente.* — Merece también ser analizado si se puede o no reducir o aumentar las penas pactadas en transacciones judicialmente homologadas,

[4] Conf.: Augusto Morello, ob. cit., "Rev. del Colegio de Abogados de La Plata", nº 11, p. 387, nota 27.

[5] Conf.: Laurent, ob. cit., t. 17, nº 457.

cuando en razón de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles ellas se han tornado excesivamente onerosas o notoriamente insuficientes. La problemática forma parte de una más extensa: si la teoría de la imprevisión puede ser invocada cuando las prestaciones han sido estipuladas en acuerdos transaccionales. El tema no ha sido suficientemente tratado por la doctrina nacional. Recuerda Larenz que la jurisprudencia alemana admitió la aplicación de la teoría de la imprevisión aun tratándose de prestaciones estipuladas en transacciones homologadas [6]. En cambio, la Corte de Casación de Italia rechazó la aplicación hasta el año 1956, en que modificó su anterior jurisprudencia con el argumento de que la transacción es un contrato de prestaciones recíprocas, que no es un contrato aleatorio y, en consecuencia, no existen razones para negar la resolución por onerosidad sobreviniente. El fallo mereció la aprobación de Sileno Fabri [7].

Atento a las razones señaladas en el punto anterior, entendemos que si la transacción es ejecutada, el demandado no podrá oponer en el proceso de ejecución esta defensa; pero será viable en un juicio ordinario posterior repetir el exceso, porque aun cuando los arts. 857 y ss. del C. Civil no mencionen a la imprevisión, no existen razones para impedir la aplicación del art. 1198 en un juicio ordinario con amplitud de pruebas y defensas.

Y el acreedor, a quien las circunstancias imprevisibles e inevitables tornaron irrisoria la cláusula penal, sólo podrá reclamar su reajuste en un proceso ordinario posterior [7-1].

[6] Larenz, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1956, ps. 71 y ss.

[7] Sileno Fabri, *Transazione e risoluzione per eccesiva onerosità*, en "Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni", año LV, 1957, ps. 169 y ss. Conforme con este criterio, Augusto Morello, su correspondencia del día 25 de abril de 1978, fundada en la sustancia negocial de la transacción.

[7-1] En contra, con criterio valorista, reajustando la cláusula en el mismo proceso, Cám. Nac. Civ., Sala E, 5/3/80, "E.D.", 9/6/80, fallo 33.020.

§ 256. 2) LA CLÁUSULA PENAL QUE ASEGURA EL CUMPLIMIENTO DE LAS RENTAS INDEMNIZATORIAS.

A partir de 1979 se advierte en la doctrina nacional un resurgimiento en el estudio de la renta como forma indemnizatoria. Tanto las Jornadas sobre temas de responsabilidad civil en caso de muerte o lesión de personas, celebradas en Rosario en 1979, como las Jornadas de responsabilidad civil en el derecho de familia, que tuvieron lugar en la misma ciudad en octubre de ese año, han admitido esta forma de fijar los daños y perjuicios. Las primeras recomendaron que "en muchas hipótesis la indemnización en forma de renta o pensión resulta más adecuada para la correcta satisfacción del perjuicio sufrido, en especial cuando se trata de calcular daños futuros de carácter continuado, que con frecuencia suelen tener carácter alimentario" [8].

Aun cuando la jurisprudencia nacional se ha mostrado siempre reacia a esta forma de indemnización, ninguna duda cabe de que no existe norma prohibitiva dentro de nuestro ordenamiento legal. Sin embargo, uno de los inconvenientes que tal sistema presenta es el de asegurar a la víctima la percepción de la renta. Por eso es que sus propugnadores han dicho que "el tribunal en la sentencia debe indicar las condiciones indispensables para la aplicación de la renta, determinando —entre otros elementos— el carácter temporario o vitalicio; la necesidad o no de que se establezcan garantías que afiancen su pago; el monto de la renta; las *penas* para el caso de incumplimiento... etc." [9].

Es necesario desentrañar la naturaleza de estas penas. Si ellas han sido decididas por el juez, son típicas *astreintes*.

[8] La recomendación nace de una ponencia presentada por los doctores Luis Moisset de Espanés, Carlos Gustavo Vallespinos y Daniel Ramón Pizarro, titulada "La indemnización en forma de renta. Estudio de derecho comparado".

[9] Ponencia de los profesores cordobeses citada en nota anterior.

En cambio, si el juzgador homologa el acuerdo de las partes en el cual éstas aceptan los montos indemnizatorios fijados por el tribunal o fijan ellas mismas la renta, determinando asimismo las penas para el incumplimiento, consideramos que estamos en presencia de una convención transaccional a la cual accede una típica cláusula penal (sobre el sistema de mutabilidad de ella, ver § 254).

## II. EL DERECHO DE LOS CONTRATOS.

### § 257. 1) LA CLÁUSULA PENAL EN LA COMPRAVENTA.

Los repertorios jurisprudenciales son el testimonio fiel de la gran difusión que tiene la cláusula penal en los contratos de compraventa. Resultan aquí plenamente aplicables todos los principios que hemos desarrollado en la parte general de nuestra obra. No corresponde su reiteración sino la remisión a los parágrafos correspondientes.

Sólo nos interesa el análisis de la jurisprudencia relativa a las cláusulas penales pactadas en ventas de inmuebles sometidas al régimen de la ley 14.005.

Cabe preguntarse si las penas impuestas a la compradora pueden sobrepasar los límites proporcionales fijados por los arts. 7 y 8 de la ley. Es decir, si ellas pueden ser superiores al 25 % del precio. Consideramos que el art. 8 de la ley impone un límite a la facultad resolutoria, pero de ningún modo a la cláusula penal que puede superar ese monto de conformidad con las circunstancias del caso. Es decir, el exceso de la cláusula será merituado en función de las pautas objetivas y subjetivas que hemos indicado en el capítulo III de la parte general. En consecuencia, puede ocurrir que en el caso concreto, la cláusula (moratoria o compensatoria) supere el porcentual fijado y no obstante sea plenamente eficaz. Coincidimos con el criterio de la Sala A de la Cám. Nac. de Comercio, que resolvió: "Carece

de toda fundamentación el argumento de que una cláusula penal que alcanzaría el 28 % del precio total del inmueble, excediendo en un 3 % la fijada en el art. 7 de la ley 14.005, configura un contrato leonino" [10].

Pero el principio expuesto debe ser suficientemente interpretado. En su oportunidad dijimos que debe distinguirse entre el ejercicio de la facultad resolutoria y la cláusula penal pactada (*supra*, § 168). También hemos dicho que éste puede consistir en el derecho del acreedor de retener para sí a título de dueño, prestaciones previamente cumplidas por la deudora (por ej., parte del precio entregado o derecho a hacer propias las mejoras introducidas en la cosa sin indemnización alguna) (*supra*, § 30). En tal sentido se ha dicho que "la cláusula que autoriza al acreedor a quedarse, en caso de rescisión del boleto de compraventa, con el importe de las mensualidades, las mejoras, etc., reviste los caracteres de una verdadera cláusula penal por su finalidad resarcitoria, e impide la fijación de una indemnización por enriquecimiento sin causa" [11]. Es evidente, entonces, que si el deudor incumple cuando *ya* ha pagado la parte proporcional del precio o después de haber efectuado las mejoras en el porcentaje fijado por el art. 8, la vendedora no podrá ejercer la facultad resolutoria y, en consecuencia, en ese caso tampoco será viable la cláusula penal pactada, cuyo objeto depende precisamente de la resolución.

### § 258. 2) LA CLÁUSULA PENAL EN LA CESIÓN DE CRÉDITOS Y EN LA PERMUTA.

El tema tampoco ofrece variantes fundamentales con relación a lo expuesto en la parte general. Las remisiones

[10] Cám. Nac. Com., Sala A, 18/9/63, "Rep. L.L.", XXV, p. 211, sumario 224.

[11] Cám. Apel. 2ª Mar del Plata, Sala II, 18/9/42, "D.J.B.A.", 1942-I-957, y "Digesto Jurídico La Ley", t. III, p. 577, nº 3371.

efectuadas por los arts. 1492 y 1435 del C. Civil a las normas vigentes en materia de compraventa, nos obligan a expresar igual remisión que en el punto anterior. Con relación al contrato de cesión de derechos hereditarios, ver § 204.

§ 259. 3) LA CLÁUSULA PENAL EN LAS RELACIONES LOCATIVAS.

Rara vez se encuentran instrumentos que formalicen contratos de locación donde no se hayan pactado cláusulas penales. Su difusión en este tipo de contratos ha llegado a tal extremo, que Abello ha sostenido que se trata de una "cláusula de estilo" [12].

Aunque a todas las obligaciones emergentes de la locación pueden acceder cláusulas penales, de hecho es que las más comunes garantizan las obligaciones del inquilino de pagar el precio y restituír el inmueble al cumplimiento del término resolutorio. Las primeras no han dado motivo a mayores discusiones; en cambio, las segundas han provocado importantísimas cuestiones a dilucidar.

§ 260. *La constitución en mora.* — El primer problema a resolver es si para reclamar la cláusula penal es menester demandar también la restitución del inmueble. Un sector de la jurisprudencia así lo ha resuelto en forma reiterada: "No procede el reclamo del cumplimiento de la cláusula penal si no se efectúa el relativo al cumplimiento de la obligación principal, y es por tanto improcedente pretender el cobro de la indemnización de los daños y perjuicios por la demora en la devolución de la cosa arrendada sin demandar previa o simultáneamente la devolución de esa cosa" [13]. Se funda esta posición en el art. 1622 del C.

[12] Abello, *Trattato della locazione*, IV, 2ª ed., 1922, p. 764, citado por Trimarchi, p. 17, nota 6.

[13] Cám. Nac. Paz, Sala I, 27/8/64, "Shina c. Masciotra", "J.A.", 1965-I-64; ídem, Sala IV, 22/2/67, "González c. Pilla", "J.A.", 1967-III-188; ídem,

Civil, que dispone: "Si terminado el contrato, el locatario permanece en el uso y goce de la cosa arrendada, no se juzgará que hay tácita reconducción, sino la continuación de la locación concluída y bajo sus mismos términos, *hasta que el locador pida la devolución de la cosa*; y podrá pedirla en cualquier tiempo, sea cual fuere el que el arrendatario hubiese continuado en el uso y goce de la cosa". Por aplicación de esta disposición se dice que si el locador no exige la restitución, el locatario tiene derecho a permanecer en el inmueble pagando los arrendamientos pactados, no correspondiendo el pago de los daños y perjuicios y, por ende, tampoco el devengamiento de las penas impuestas. Una tendencia excesivamente restrictiva sostuvo —antes de la ley 17.711— la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza; en tal sentido resolvió que "la demanda de desalojo por falta de pago, deducida una vez vencido el plazo contractual, no importa el requerimiento debido para constituír en mora al deudor de la obligación de pagar la pena estipulada en el contrato". Dijo el ministro preopinante que si la cláusula se había pactado para el supuesto de incumplimiento en la obligación de restituír al término de la locación y el desalojo se había solicitado por falta de pago, y no por vencimiento del término contractual, el requerimiento no encuadraba a la pena contractualmente convenida. "Una demanda de desalojo por aquella causal, si bien tiende a la restitución de la cosa, como puede ser enervada por aplicación de las leyes de emergencia sobre locación urbana, no aparece indudable como requerimiento para constituír en mora y responsabilizar al locatario por la multa pactada, ya que la misma se conviene para el incum-

---

11/2/66, "Cuyen c. Pichon Rivière", "J.A.", 1966-II-200; Sala V, 19/12/69, "L.L.", 139-770 (24.105-S); **Cám. Nac. Esp. Civ. y Com.**, Sala III, 18/7/75, "Mosches c. Velasco", "E.D.", 66-527; Sala IV, 29/3/62, "Bonti c. Kening", "L.L.", 110-262. Parece compartir este criterio Clavell Borrás, ob. cit., p. 364, nº 88.2.

plimiento de una otra obligación, aunque coincidentes en sus efectos. Mediante la acción ejercida no se dio oportunidad al deudor de satisfacer la obligación a los fines de no incurrir en la pena prevista; el medio, según se lo propuso, no tendía a deslindar apropiadamente los derechos y deberes de uno y otro —locador y locatario— en relación a la cláusula penal inserta en el contrato y que más tarde, alrededor de un año y medio después, se lo usa para reclamar la indemnización por incumplimiento de la obligación de restituír en una fecha cierta" [14].

No coincidimos con la posición que sigue requiriendo la interpelación. Ella no sólo olvida la función compulsoria de la cláusula penal, sino la importante reforma incorporada al régimen de la mora por la ley 17.711. Si el plazo resolutorio fijado es cierto, consideramos que la cláusula penal impuesta por la falta de restitución comenzará a devengarse por el solo vencimiento del término pactado. En tal sentido coincidimos plenamente con Salerno cuando afirma que el art. 1622 se aplica a los contratos a plazo cierto, sólo cuando la mora del inquilino en su obligación de restituír fue purgada en virtud de una manifestación de voluntad del locador que no ofrezca dudas ni vacilaciones; que sea categórica y concluyente (por ej., si hubiese percibido los alquileres sin reserva es evidente que considera jurídica la conducta de su inquilino que permanece en el inmueble). Pero si tal purga no existe, los daños y perjuicios (pactados o no) se deben a partir del venci-

[14] "Barceló, Luis", en juicio "López Lence c. Barceló, p/cobro ordinario", Casación, 24/12/70, en "Mundo Jurídico", nº 26, p. 11. No compartimos la posición del Superior Tribunal de la Provincia. Aun cuando el inquilino podía detener la demanda de desalojo mediante el pago de los alquileres adeudados, el hecho concreto es que no lo hizo, y al no haber paralizado tal acción quedó constituído en mora en su obligación de restituír, cualquiera que haya sido la causal invocada para iniciar el desalojo. Distinto hubiese sido si el demandado hubiese paralizado la acción de desalojo. A tal efecto ver § 264.

miento del término [15]. En tal sentido se ha resuelto que "de acuerdo al art. 509 del C. Civil en su actual redacción, ley 17.711, la mora se convierte en automática, y vencido el término contractual, emerge en todo su imperio la cláusula penal, por la cual el inquilino se obliga a pagar la suma que en el contrato de locación se estipuló, eximiendo al acreedor el justificar la existencia del perjuicio, sin que tenga derecho a otra remuneración" [16].

261. *Las cláusulas que establecen indemnizaciones sobre la base de porcentuales sobre los alquileres.* — Otro problema reside en la interpretación de la cláusula que establece que si al vencimiento del término pactado el inquilino no desocupa el inmueble pagará el alquiler duplicado o triplicado, sin perjuicio del derecho a exigir el desalojo. En la mayoría de los casos estimamos que ella constituye una cláusula penal que establece el monto a resarcir al acreedor por la ocupación ilegítima, y, por tanto, limita tales daños, salvo los supuestos de imprevisión, como lo hemos explicado en el § 107. En tal sentido se ha dicho reiteradamente que "si se pactó que vencido el plazo debía desocuparse el inmueble y si así no se hacía el inquilino

[15] Marcelo Urbano Salerno, *El término de la locación de inmuebles a plazo fijo*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1969, nos. 35 y ss. En este sentido se ha pronunciado importante jurisprudencia, pero referido a la problemática de los daños y perjuicios liquidados judicialmente de conformidad al derecho común. Ver, en tal sentido, Cám. Nac. Civ. y Com. de la Capital, Sala I, 6/8/73, "Veiga, A., suc., c. Levy", "J.A.", 21-1974-51; ídem, 14/9/73, "Bendjuya c. Jordans", "J.A.", 20-1973-232. Es también el criterio de la Suprema Corte de Mendoza en su actual composición: 27/8/79, "Patti de Pappalardo c. Sesto", con nota aprobatoria de Salerno, "L.L.", 1980-A-598. Sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria se pronunció por la vigencia del art. 1622 en su interpretación gramatical: al respecto pueden compulsarse los fallos citados en los trabajos: Arturo Acuña Anzorena, *Conclusión de la locación y responsabilidad del locatario por no devolver la cosa en las condiciones debidas*, en "J.A.", 69-705; Martín Luis Endorzain, *El juicio de desalojo y la acción de daños a tenor del art. 1609 del Código Civil*, en "J.A.", 1967-V-247.

[16] Cám. Nac. Paz, Sala III, 23/9/71, "Beratta c. Toplasgo", "L.L.", 148-665 (29.457-S).

aceptaba abonar un alquiler que es casi cuatro veces mayor al estipulado, ello importa una sanción penal a cargo del locatario" [17]; "cuando en el contrato de locación se estipula que sin perjuicio del derecho del locador a requerir la restitución al vencimiento del plazo originario, si la ocupación continúa se deberá abonar una suma que implique —evaluada al tiempo de celebración— un aumento sustancial del precio, cualquiera sea la denominación que se le otorgue, estamos, en principio, frente a una cláusula inserta con el ánimo coercitivo y resarcitorio tendiente a prever eventuales incumplimientos o la incidencia de posibles disposiciones emanadas de la legislación de emergencia" [18]. Sin embargo, se ha fallado que "la cláusula del contrato de locación mediante la cual las partes previeron un aumento del alquiler para el supuesto de que el inquilino no desocupara el bien al vencimiento del contrato sin perjuicio del derecho de la locadora a pedir el desalojo inmediato, no puede ser considerada por esa sola circunstancia como una cláusula penal", y que "no es lógico considerar que la duplicación del alquiler, después de vencido el contrato —hasta la desocupación— y pactada al celebrarse tres años antes la convención, encubra una cláusula penal destinada a cumplir, además de la función resarcitoria de los daños y perjuicios, un efecto compulsivo para asegurar el cumplimiento de la obligación, obrando sobre el ánimo del deudor con la amenaza de una sanción intimidatoria que lo decide a optar por cumplir con la devolución del inmueble para no cargar con la pena" [19]. Desafortunadamente no hemos podido compulsar los antecedentes fácticos del caso, pero

[17] Cám. Nac. Paz, Sala V, 19/12/69, "Acar c. Ramos", "L.L.", 139-771 (24.104-S). Conf.: Sala VI, 19/12/78, "B.C.E.C. y C.", 674, nº 9794.

[18] Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., Sala II, 12/8/77, "Contin c. Peralta", "E.D.", síntesis de jurisprudencia colocada al pie del fallo 30.706, "E.D.", 78-145; Sala IV, 21/8/80, "E.D.", diario del 24/10/80, fallo 33.058.

[19] Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., Sala VI, 16/12/76, "Giambelluca c. Trascargo", "J.A.", 1977-III-517.

somos de opinión de que este tipo de disposiciones contractuales son, en principio, típicas cláusulas penales. Si ellas resultan insuficientes al momento del cumplimiento del término resolutorio, deberá invocarse la teoría de la imprevisión si se cumplieran sus requisitos; y son reajustables, a partir del vencimiento, en virtud de la depreciación monetaria producida desde entonces hasta el efectivo pago (ver § 107).

Insistimos en que estas estipulaciones deben ser consideradas cláusulas penales, y no nuevos cánones contractualmente fijados. La distinción es de suma trascendencia: si no fueran penas el inquilino tendría derecho a permanecer en el inmueble pagando las sumas estipuladas. En nuestra concepción, en cambio, el arrendatario carece de este derecho en virtud de lo dispuesto por el art. 658 del C. Civil, que veda al deudor liberarse mediante el pago de la pena.

En consecuencia, concluímos adhiriéndonos plenamente a la corriente jurisprudencial que resuelve: "Aunque expresamente no se la califique de tal, la cláusula del contrato de locación que establece para el caso de que vencido el plazo contractual el inquilino no devuelva el inmueble, pagará sin necesidad de interpelación alguna una suma triple del valor del alquiler incrementado en un 25 % mensual, configura sin lugar a dudas una pena: 1º) porque por la ubicación de la cláusula no puede considerarse como fijación de un alquiler; 2º) porque refiriéndose expresamente al deber de devolución significa que se pacta la sustitución del alquiler por una suma que hace las veces de los daños y perjuicios conforme a lo dispuesto por el art. 1609 del C. Civil; 3º) porque no fijándose otro plazo por el de la desocupación para que cesara la obligación de pagar dichas sumas, se comprende que lejos de convenirse un nuevo precio, que supone la ampliación del plazo del arrendamiento, se fijó una cantidad que sólo tiene de común

con el alquiler la periodicidad pactada para el evento de no devolución del inmueble, lo cual implica la resolución del vínculo locativo" [20].

§ 262. *Pautas para la reducción.* — En cuanto a las pautas a tener en cuenta para la reducción de las cláusulas excesivas, son exactamente las mismas que valoramos en el capítulo III de la primera parte. En tal sentido, debe recordarse que nuestro legislador ha aceptado módulos flexibles, y no rígidos. Por ello es criticable algún fallo aislado que ha resuelto: "La cláusula penal establecida para el caso de no desocupación al vencimiento del contrato no puede pasar del 50 % del alquiler original" [21].

§ 263. *¿Pueden acumularse alquileres y cláusulas penales?* — La Sala 3ª de la Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Rosario resolvió que "la cláusula penal, además de fijar contractualmente el monto de los daños y perjuicios, tiene la de constituír para el acreedor un medio más para asegurar el cumplimiento por el deudor de sus obligaciones; funcionando ante el incumplimiento de lo convenido, con total prescindencia del precio de la locación. Obligaciones ambas que deben ser satisfechas por la inquilina, ya que a aquélla la genera la violación de lo pactado y éste reconoce como origen el uso del bien locado" [22].

La solución del fallo no puede aceptarse sino con reservas; desafortunadamente no hemos podido compulsarlo completo, para conocer las peculiaridades del caso, sino tan sólo su reseña. Será determinante interpretar

[20] Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., Sala V, 19/10/76, "Locasso c. Coniba S.A.". Conf.: S. Corte Bs. As., 25/2/64, "Meyer c. Johan", "Rep. L.L.", XXV, p. 999, nº 397.

[21] Cám. Nac. Paz, Sala III, 29/2/68, "Rebuffo c. Pacheco", "L.L.", 133-377.

[22] 5/12/75, "Vaquel c. Navarro, para cobro de pesos" "Zeus", t. VII, R-15.

adecuadamente la voluntad de las partes. Producida la mora del inquilino en su obligación de restituír éste, en principio, ya no debe alquileres, sino daños y perjuicios. Lo expuesto no es óbice para que el locador siga percibiendo alquileres. En consecuencia, deberá analizarse si la voluntad de las partes ha sido pactar una suma sustitutiva del valor locativo (más lo que ella pueda contener de compulsoria), o si tan sólo se ha previsto una pena que juegue conectada a los alquileres que se siguen devengando por voluntad del acreedor no obstante la conclusión del vínculo locativo. En el primer caso, pena y alquileres no son acumulables, porque aunque la multa se devengue periódicamente, y en tal sentido es pena moratoria que accede a la principal de restituír, sustancialmente es *compensatoria* de todos los daños y perjuicios que derivan de la falta de restitución, entre los cuales, evidentemente, está la privación del valor locativo representado por los arrendamientos (en tanto y en cuanto el locador los reciba aunque no está obligado a ello). En cambio, si la cláusula penal se ha pactado para ser devengada concomitantemente con los alquileres, serán sin duda acumulables. Para la interpretación de la voluntad de las partes habrá pautas importantes, como son los montos fijados, las circunstancias económicas que motivan tal fijación, etc. En caso de duda, consideramos que *no* son *acumulables*, porque como hemos dicho en el § 114, a falta de estipulación en contrario debe entenderse que la pena tiene por finalidad proporcionar el resarcimiento de todos los perjuicios derivados del incumplimiento.

Para la interpretación de las cláusulas que admiten la acumulación, ver *supra*, § 157.

§ 264. *Las cláusulas penales pactadas en los contratos de locación prorrogados por las leyes de emergencia.* — La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre

interesantes cuestiones vinculadas a las penales pactadas en convenciones cuyos plazos se han prorrogado por la legislación emergencial.

§ 265. *a*) *La inaplicabilidad de la cláusula penal.* — Podría decirse que es criterio pacíficamente aceptado el que sostiene la inaplicabilidad de las cláusulas penales pactadas para los supuestos de no desocupación del inmueble en un plazo señalado, si él ha sido prorrogado por las leyes locativas de emergencia. Es decir, pese al vencimiento del término cierto convenido, la pena no se debe si el inquilino permanece en el inmueble amparado por la prórroga legal [23]. "La subsistencia de la multa por mora en la restitución del inmueble locado durante los términos fijados por la ley 20.546 importaría desconocer: *a*) que los plazos de desahucio convenidos quedaron suspendidos a partir de la sanción de dicha ley; *b*) que quedarse en el inmueble durante esa suspensión era para el locatario el ejercicio regular de un derecho propio (art. 1071 del C. Civil) incompatible con la sanción que importa la cláusula penal sin mora, y si ésta no se tipifica sin retardo material, aquélla no podría concretarse, porque suspendido el plazo de desahucio no se había producido el vencimiento de la obligación de restituír" [24].

[23] Ver la reiterada jurisprudencia citada por Eduardo Moreno Dubois, *Facultad judicial de reducir la cláusula penal*, "L.L.", 116-563, punto XI. Últimamente, Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., Sala 5ª, 11/5/79, "Cerrutti c. Cuello", "J.A.", 1979-IV, síntesis.

[24] Conf.: Cám. Nac. Paz, Sala II, 20/3/62, "Fazio, M., c. Maíz Casas", "L.L.", 107-845, con nota de Ival Rocca, *Cuestiones de fondo y forma vinculadas al incumplimiento de los arts. 52 y 3, inc. i, de la ley 15.775*; 22/5/68, "Grandes Galerías Juan de Garay S.R.L. c. Rosas de Namios", "L.L.", 117-75; 12/3/68, "Caruso c. Crispi", "L.L.", 132-291, y "J.A.", 1968-IV-296; Sala III, 8/4/60, "Ascani c. Marvé", "L.L.", 101-70; 28/4/61, "Guasco c. Berendorf", "L.L.", 104-753 (7229-S); 11/9/61, "Soltesa c. Ferrari", "L.L.", 106-14; 15/5/61, "Calderón c. Pistoresi", "Rep. L.L.", XXIII, p. 888, nº 195; Sala V, 28/2/64, "De Zinno c. Araiz", "E.D.", 10-226; Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., Sala III, 18/7/75, "Mosches c. Velasco de Santos", "E.D.", 66-527; Sala IV, 25/8/75, "Royo, Jorge, c. Varitech", "J.A.", 29-1975-112; ídem,

Obviamente, si la legislación de emergencia ha quedado derogada a la época en que se reclama la restitución, la cláusula penal reasume toda su eficacia [24-1].

§ 266. *b) La cláusula penal en los casos en que el inquilino tenía derecho a permanecer en el inmueble peticionando la fijación de un nuevo canon.* — Si el arrendatario gozaba del derecho mencionado (por ej., el caso del inquilino pudiente en la ley 16.739, hoy derogada), se resolvió que "la sanción penal a cargo del locatario no es exigible si el locador no ha accionado judicialmente reclamando la restitución de la finca, pues el inquilino no ha podido ejercer el derecho de acogimiento a pagar un alquiler actualizado. Este derecho del inquilino, que por su *ratio legis* y naturaleza debe ser considerado de orden público, impone que el cumplimiento de las cláusulas penales se subordine a la notificación de la demanda, pues lo contrario permitiría que, so capa de una cláusula penal por incumplimiento de la obligación de restituír, el locador imponga a su inquilino pacto de desocupación en contra de los principios y normas que rigen la materia" [25].

La consecuencia lógica del principio previamente expuesto es que la consignación efectuada por el inquilino

---

28/11/74, "Gómez Roubaud c. Aules", "J.A.", 26-1974-334; un resumen de jurisprudencia de las diversas salas de la Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., puede compulsarse en la nota de jurisprudencia agrupada de "E.D.", 64-424; Cám. 1ª C.C. Mar del Plata, 18/2/75, "Caviglia c. Cacheda", "E.D.", 60-660; Cám. 1ª C. C. Mercedes, 17/8/53, "Colombo c. Domine", "L.L.", 72-265; Cám. Civ. 1ª Cap., 25/9/23, "J.A.", 11-524; C. N. Esp. Civ. y Com., Sala V, 19/7/78, "Núñez de Rossi, Marta I., c. Ramini de Bazán, Fernanda", en "Jurisprudencia Condensada, Locación", "E.D.", 23/2/79, sumario 77; en contra: Cám. 2ª C. C. La Plata, Sala I, 9/5/56, "Van Schilt c. San Juan", "Rep. L.L.", XVIII J-Z, p. 110, nº 86.

[24-1] Conf.: Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., Sala IV, 30/6/78, "Roschia c. Bejer", "E.D.", 14/12/79, fallo 32.453.

[25] Cám. Paz Cap., Sala 5ª, "Acar c. Ramos", "J.A.", 5-1970-463. Conf.: Sala II, 16/4/69, "Tagliani c. Rodeiro", "L.L.", 136-753, y "J.A.", 3-1969-462; S. C. Bs. As., 14/12/65, "Berasategui c. Rivarola", "J.A.", 1966-IV-209.

es eficaz aunque no deposite el monto de la cláusula penal. En tal sentido se ha dicho: "Es procedente la demanda por consignación de alquileres respecto de una locación excluída del régimen de la ley 15.775 (art. 3, inc. *i*) aunque el locatario deposite sólo el importe del alquiler, y no lo correspondiente a la cláusula penal pactada, pues los efectos de ésta han quedado enervados al haber expresado el inquilino su voluntad de continuar en la locación" [26].

§ 267. *c) La validez de las penas estipuladas para el incumplimiento de otras obligaciones que no son las de restituír el inmueble.* — Lo expuesto en los dos parágrafos anteriores no significa negar eficacia a las penas pactadas en aseguramiento de prestaciones sobre las cuales las leyes de emergencia no ejercieron influencia alguna. Por ej., si la pena se fijó para garantir el cumplimiento de la obligación a cargo del inquilino de realizar las mejoras contractualmente puestas a su cargo. En este sentido se pronunció el Supremo Tribunal Federal del Brasil: el ministro-relator entendió, con apoyo de la mayoría, que no correspondía investigar si la ley prorrogó la locación o el contrato, "ya que aunque éste no hubiese sido prorrogado, la cláusula penal habría subsistido en cuanto a los daños ocasionados durante la vigencia del contrato" [27].

§ 268. *d) Monto a depositar para enervar la acción de desalojo por falta de pago.* — Recordemos que las anteriores leyes de emergencia concedían al inquilino el derecho de enervar la acción de desalojo depositando el total adeudado. Ante la pretensión del locador de que se incluyeran los montos debidos en concepto de cláusula penal

[26] Cám. Paz Cap., Sala 5ª, 3/9/65, "Albornez c. Sinigaglia", "J.A.", 1966-I-403.

[27] Ricardo M. Marchionatto, *Crónica de jurisprudencia del Brasil*, "J.A.", 1954-I-15, sec. Jur. Extr.

pactada para los supuestos de mora en el pago de los arriendos, un sector resolvió que "el importe de la cláusula penal no puede incluírse en la liquidación practicada a los fines del art. 21 de la ley 16.739 desde que ésta para enervar el lanzamiento requiere sólo el pago de las mensualidades adeudadas" [28]. En cambio, durante la vigencia de la ley 20.625 se falló en favor de la validez de la cláusula pactada cuando el inquilino no hacía valer su derecho al momento de contestar la demanda: "La circunstancia que lo origina es el haber motivado que el juicio prosiguiera hasta la sentencia definitiva para recién hacer uso del derecho de impedir la condena; se sanciona la demora que crea una inseguridad a sus derechos al locador obligándole a incurrir en grandes esfuerzos para obtener una decisión judicial definitiva" [29].

§ 269. *Las cláusulas penales pactadas en los subarriendos.* — De la misma manera que las cláusulas penales pueden asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la locación, son eficaces las estipuladas para el cumplimiento de las prestaciones derivadas de la sublocación. La única dificultad planteada en sede judicial se refiere a los *presupuestos* de exigibilidad de ella. Y en tal sentido se ha resuelto que "cuando en el contrato de locación se ha estipulado que el locatario pagará $ 250 por cada día que demore la entrega de la casa, es lícita igual cláusula penal en el subarriendo de una parte de la finca; pero si el sublocador no ha probado que la demora del subinquilino le haya obligado a satisfacer la pena, no puede exigir el pago de la establecida en la sublocación, en cuyo contrato se enuncia que la cláusula penal sólo funcionará

[28] Cám. Apel. C. C. Santa Fe, Sala II, 7/4/71, "Redales c. Acosta", "Rep. L.L.", XXXIII A-I, 502, nº 84.

[29] Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., Sala II, 15/4/75, "Mafe c. Diez", "Rep. L.L.", XXXV, 1975-A-I, p. 589, nº 187.

en caso de que el sublocador tuviera que entregar la casa" [30].

§ 270. *Preferencia legal para el cobro de la cláusula penal.* — Hemos dicho oportunamente que el carácter accesorio de la cláusula penal no supone la extensión de la prioridad que ampara el capital, a la cláusula penal (ver *supra*, § 62). Ello en razón del carácter restrictivo que impera en materia de privilegios. Una excepción a esta regla la da el supuesto de cláusulas penales que acceden al crédito privilegiado del locador. En efecto, los términos amplios en que está redactado el art. 3884 ("El privilegio del locador garantiza no sólo los alquileres que se deban, sino también todas las otras obligaciones del locatario que se derivan del arrendamiento") llevan a esa solución. Hemos dicho antes de ahora que no se justifica tan desmesurada extensión para este privilegio, no obstante lo cual, en su aplicación práctica después de tantos años de vigencia, no se ha encontrado razón suficiente para introducir un cambio de régimen [31].

§ 271. 4) LA CLÁUSULA PENAL EN LAS DONACIONES.

Aunque no son frecuentes, nada impide que accedan a contratos de donación cláusulas penales para asegurar el cumplimiento de las prestaciones debidas por el donante, o incluso para garantir el cumplimiento de los cargos impuestos al donatario.

También aquí son de aplicación los principios generales. Sólo cabe diferenciar la cláusula penal en favor de un tercero, de las donaciones con cargos en favor de un tercero. Las situaciones son en realidad inconfundibles:

[30] Cám. Civ. 1ª Cap., 17/2/43, "Jiménez c. Revah", "J.A.", 1943-I-642.

[31] Kemelmajer de Carlucci, ob. cit., *Los privilegios*, p. 158. Conf.: Manuel I. Adrogué, *La prelación de créditos en materia concursal*, Perrot, Bs. As., 1976, p. 129.

*a*) En la donación con cargo el derecho del tercero beneficiario es actual; el cargo es en este sentido una *obligación* cuyo cumplimiento puede pedir el tercero con independencia de la posición que asuma el donatario. Es el típico supuesto de un contrato en favor de terceros.

*b*) La cláusula penal en favor de un tercero, en cambio, otorga a éste derechos menos fuertes. En primer lugar porque su beneficio depende del acontecimiento incierto de que el deudor *incumpla* la obligación principal. Además, tratándose de una pena compensatoria, hemos explicado oportunamente que su derecho dependerá de que el acreedor *opte* por la pena, pues si se decide por la principal ningún reclamo podrá efectuar el tercero (ver § 24).

§ 272. 5) LA CLÁUSULA PENAL EN LOS CONTRATOS ALEATORIOS; EN EL DEPÓSITO Y EN EL COMODATO.

No ofrecen dificultad alguna. Corresponde una remisión genérica a lo dicho en la parte general.

§ 273. 6) LA CLÁUSULA PENAL EN EL MUTUO.

Hemos marcado oportunamente que las cláusulas penales que acceden a los contratos de mutuo deben ser juzgadas con mayor severidad que las que se incluyen en otras convenciones (§ 83). Con ello queremos significar que las pautas para la reducción de las penas excesivas deben ser más flexibles, ordenándose la disminución cada vez que ellas superen los topes judicialmente aceptados para los intereses punitorios. Ello es así en razón de que la cláusula penal no puede ser el medio legal de cubrir con un manto de licitud a la operación usuraria. Recordamos una vez más que algunos códigos latinoamericanos consagran esta solución en forma expresa. Así, por ej., los códigos de Chile, Ecuador, Colombia, etc., ordenan que las cláusulas penales que acce-

den a los contratos de mutuo no pueden superar o sobrepasar el máximo de la tasa de interés (*supra*, § 83).

### III. LOS DERECHOS REALES.

Las cláusulas penales pueden acceder a relaciones derivadas de derechos reales. Así, por ej., pueden pactarse cláusulas penales en actos que instrumenten la constitución de hipotecas, servidumbres, etc. Analizaremos algunos casos particulares.

#### § 274. 1) LA CLÁUSULA PENAL EN EL PAGO DE LAS EXPENSAS COMUNES DERIVADAS DEL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL.

Los reglamentos de copropiedad y administración contienen en su generalidad severas sanciones para los casos de incumplimiento a su debido término de la obligación de pagar las expensas comunes. Estas estipulaciones que condenan al pago de altos intereses punitorios no son sino cláusulas penales con función netamente compulsoria. Las tasas prefijadas son normalmente superiores a las aceptadas para los casos de obligaciones dinerarias emergentes de otro tipo de convenciones (mutuos, compraventas, etc.), lo que ha motivado que los deudores planteen judicialmente peticiones tendientes a su reducción. La jurisprudencia prevaleciente y la doctrina nacional más conspicua se ha pronunciado contraria a la disminución, con poderosos argumentos que compartimos:

*a*) El régimen de la propiedad horizontal exige el pago puntual de las expensas comunes para un eficaz funcionamiento; existe un interés colectivo por encima del individual de cada uno de los consorcistas; si el comunero no paga los gastos comunes perjudica a todo el consorcio en tanto la carencia de fondos va en desmedro del normal funcionamiento del sistema; es algo similar a lo que ocu-

rre con el Estado, que imperiosamente requiere el pago puntual de los créditos en beneficio del resto de la colectividad. Del cumplimiento de las obligaciones depende la supervivencia del sistema y su eficaz funcionamiento.

*b*) No existe en el caso un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor que justifique la reducción, porque cuando las sanciones se pactan (al acordarse el reglamento) no se sabe cuál de los copropietarios resultará deudor moroso; es decir, se convienen en forma recíproca para cualquiera que resulte deudor. Y hemos dicho oportunamente (§ 84) que no procede la reducción de la cláusula penal libremente pactada si no existe explotación de la necesidad, ligereza o abusivo aprovechamiento de la situación del deudor.

*c*) Tampoco se dan en el caso los motivos que fundan la represión de la usura; la obligación no tiene por fuente un contrato de mutuo, sino la prestación de un servicio de beneficio común.

*d*) Esos intereses pasan a integrar los fondos comunes; no están destinados a engrosar el patrimonio de un tercero, sino que en definitiva benefician a todos [32].

Concluímos con Bendersky en que el reajuste sólo procederá cuando las "formas utilizadas no respondieren de modo manifiesto a las finalidades perseguidas y jurídicamente tuteladas" [33], siendo la regla la de la plena validez de las cláusulas, aun cuando se aparte de los criterios prefijados para otro tipo de relaciones jurídicas.

[32] Conf.: Mario J. Bendersky, *Cobro compulsivo de expensas comunes*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1963, monografía 84, ps. 50 y ss; Eduardo Laje, *Intereses moratorios y deudas por gastos comunes en la propiedad horizontal*, en "L.L.", 107-817, en especial ps. 824 y ss.; Hernán Racciatti, *Propiedad por pisos o por departamentos*, Depalma, Bs. As., 3ª ed., 1975, nº 147 bis, p. 383; Manuel A. Laquis y Arnoldo Siperman, *La propiedad horizontal en el derecho argentino*, Perrot, Bs. As., 1966, p. 175. Ver amplia referencia jurisprudencial en las obras mencionadas.

[33] Bendersky, ob. cit., p. 62.

§ 275. 2) LA CLÁUSULA PENAL EN LOS ACTOS JURÍDICOS QUE FORMALIZAN GARANTÍAS HIPOTECARIAS.

Puede también afirmarse que las cláusulas penales constituyen prácticamente estipulaciones de "estilo" en las escrituras hipotecarias. Igualmente son de plena aplicación los principios estudiados en la parte general. De allí que si la obligación a que accede es nula, también lo es la cláusula penal. Como consecuencia de este principio se ha resuelto que "la cláusula que establece la entrega del inmueble hipotecado al acreedor hipotecario no puede ser permitida (arg. arts. 3108, 3157, 3175, 3169, etc.) y su invalidez arrastra consigo la ineficacia de la cláusula penal accesoria (art. 663)[33-1]. Veamos ahora algunos casos jurisprudenciales que han dirimido cuestiones particularísimas referidas a este derecho real de garantía.

§ 276. *a) Intereses moratorios y cláusulas pactadas para los casos de ejecución judicial.* — Frecuentemente se conviene —además de los intereses compensatorios y moratorios— una suma que el deudor debe pagar como sanción para el supuesto de que la hipoteca deba ejecutarse judicialmente ante el incumplimiento del obligado al pago. La Cám. Nac. Civ., Sala C, se ha pronunciado sobre la validez de tales pactos: "Aunque en la convención hipotecaria se hubiera establecido la procedencia de intereses compensatorios y punitorios, ello no obsta a la procedencia de una cláusula penal pactada para el supuesto de ejecución judicial, la cual tiene distinto fundamento que los intereses y no contraría la moral y buenas costumbres de manera tal que autorice a ejercer la facultad judicial que consagra el

33-1 Cám. Nac. Civ., Sala D, 17/10/80, "E.D.", diario del 17/12/80, fallo 33.857.

art. 656, segunda parte, del C. Civil" [34]. Compartimos la solución dada, porque en esos casos aparece clara la intención de las partes de evitar la acción judicial; es decir, la cláusula penal tiende a compeler al cumplimiento extrajudicial de la obligación, propósito no cubierto por los intereses. Claro está que si sumados los intereses moratorios a la cláusula penal ella fuese excesiva y además se acreditara que medió abusivo aprovechamiento de la situación del deudor, correspondería la reducción.

§ 277. *b) Cláusulas que tienden al aseguramiento de una renta fija.* — Un viejo fallo de la Cám. Civ. 1ª de la Capital resolvió un caso por demás singular: en un mutuo pactado con garantía hipotecaria se convino que el capital debía amortizarse junto con un interés a una tasa determinada en un número fijo de cuotas (180). Pero resultó ser que por un error de cálculo, no se producía la amortización en 180 sino en 125 cuotas. También se estableció que si la deuda se cancelaba *antes* de los 180 meses por cualquier razón no imputable al acreedor (ejecución judicial, pago voluntario del deudor, etc.), la deudora debía pagar en concepto de indemnización una suma equivalente al 7 % del capital prestado. Indudablemente, por medio de esta cláusula, el prestamista (acreedor hipotecario) quiso asegurarse el beneficio de una renta segura durante un largo plazo; por eso se pactó esta cláusula penal "en compensación de la perturbación que en sus intereses recibiría el prestamista al privársele de disfrutar de tal renta durante ese largo plazo". Advertido de la gran onerosidad del mutuo concertado, el deudor pagó el total de la deuda en 24 meses. Al momento de solicitar la cancelación de la hipoteca, el acreedor reclamó la indemnización pactada, la que fue pagada por la deudora bajo protesta e iniciando poste-

[34] Cám. Nac. Civ., Sala C, 19/6/74, "Soderini y Reil c. Harriague Castex", "L.L.", 155-548.

riormente un juicio por repetición de lo pagado por error y causa ilícita (la mutuaria adujo que la cláusula suponía un pacto de intereses encubierto de carácter ilícito y que el error provenía del número de las cuotas estipuladas). El juez de primera instancia rechazó la demanda por repetición declarando la validez del pacto en razón de los arts. 1197 y 21 del C. Civil. En cuanto al error sobre el número de cuotas, expresó que la cláusula penal pactada debía ser interpretada en el sentido de que ella se debía si la cancelación de la deuda se producía por causas extrañas a la voluntad del acreedor antes del vencimiento del plazo regular necesario para saldarla con el pago normal de la mensualidad convenida. La Cámara de Apelaciones revocó parcialmente la sentencia considerando que debía reducirse proporcionalmente la pena en razón del tiempo durante el cual se había pagado en forma regular y no anticipada, declarando de aplicación el art. 660 del C. Civil. En tal sentido resolvió que "si conforme al monto de la cuota mensual fijada de común acuerdo para el pago del capital e intereses, resulta que la cláusula penal establecida para el caso de que, por causas no imputables al acreedor, la hipoteca se cancelara antes del plazo establecido en la escritura, el deudor siempre estaría obligado a indemnizar, aun abonando normalmente dichas cuotas, debe entenderse que su cumplimiento anticipado y voluntario de la obligación, prescindiendo del pago en mensualidades, obedece al hecho de haberse cerciorado de lo perjudicial de la operación a su respecto, lo que autoriza a aplicar la norma del art. 660 del C. Civil, disminuyendo proporcionalmente la suma señalada como pena en el contrato" [35]. Compartimos la solución a que llega el tribunal de alzada. Efectivamente, debe considerarse que ha habido extinción parcial de la cláusula producida por todo el tiempo en que el pago

[35] Cám. 1ª Civ. Cap., 5/10/37, "Monni de Cabral c. Sánchez Arnalde", "L.L.", 8-419.

de las cuotas fue regular. La no reducción de la cláusula supondría un enriquecimiento indebido por parte del acreedor, ya que no obstante el cumplimiento parcial, percibiría una indemnización que evidentemente tuvo en miras un incumplimiento absoluto.

§ 278. *c) Un requisito específico: la estimación en dinero.* — Cabe señalar que para que la cláusula penal esté amparada por el privilegio que otorga el derecho real de hipoteca, es imprescindible que ella tenga por objeto una suma de dinero, o que teniendo por objeto otro tipo de prestación se declare su valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca (arts. 3109 y 3111 del C. Civil); si tuviere una cláusula de estabilización, será menester que cumpla con los recaudos previstos en la ley 21.309.

§ 279. *d) Los techos o topes monetarios en las hipotecas y las cláusulas penales.* — Especialmente vinculado con el punto anterior es este otro de distinguir adecuadamente las hipotecas de máximo y las cláusulas penales. En efecto, conforme al art. 3109 del C. Civil pueden garantirse obligaciones no monetarias siempre que el monto sea estimado en el acto constitutivo de la hipoteca.

Es necesario interpretar si la voluntad de las partes ha sido sólo establecer una hipoteca de máximo o si se ha prefijado una cláusula penal. En el primer caso, el deudor no estará obligado al pago del tope o techo, sino a los daños efectivamente producidos, que pueden ser menores. Si fuesen mayores, también serán debidos, pero quedarán fuera de la garantía hipotecaria en lo que lo superen; por lo demás, los daños no se presumen y la prueba de su producción será a cargo del acreedor. En cambio, si las partes pactaron efectivamente una cláusula penal y prefijaron

anticipadamente los daños, será de aplicación el régimen que hemos expuesto en la parte general [36] (§ 143).

Para la determinación de la naturaleza de la cláusula pactada deberá tenerse en cuenta: que las penas compensatorias son normalmente sustitutivas de la principal, lo que no acaece con los "techos", y que en caso de duda debe estarse por la inexistencia de la pena (*supra*, § 17)[36-1].

§ 280. *e*) La *preferencia para el cobro*. — En razón de lo dispuesto por el art. 3111 del C. Civil, nuestra jurisprudencia tiene resuelto que "participa de la garantía hipotecaria la indemnización pactada para el supuesto de cancelarse la hipoteca por ejecución judicial, aunque el deudor haya sido declarado en quiebra" [37] (ver § 328 y ss.)

§ 281. 3) LAS CLÁUSULAS PENALES EN LOS ACTOS JURÍDICOS CONSTITUTIVOS DE USUFRUCTO, USO, HABITACIÓN Y SERVIDUMBRE. PENAS QUE ACCEDEN A OBLIGACIONES "PROPTER REM".

En nuestro criterio, no existe obstáculo legal en asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de ciertos derechos reales mediante cláusulas penales. Así, por ej., podría pactarse que la falta de cumplimiento de la obligación de no hacer por parte del propietario del fundo sirviente en una servidumbre de paso, facultará al titular del fundo dominante no sólo a ejercer las acciones reales correspondientes, sino a percibir una suma determinada de dinero por cada día que se le impida el paso. De la misma manera sería factible pactar como accesoria de la obliga-

[36] Conf.: Manuel Adrogué, *Las cláusulas de estabilización y el principio de especialidad de la hipoteca*, en "L.L.", 1979-C-899.

[36-1] Conf. Cám. Nac. Civ., Sala F, 15/8/80, "Ghioldi c. Landyco S.A.", en "E.D.", 30/10/80, fallo 33.682.

[37] Cám. Com. Cap., 31/5/43, "Bco. Popular Argentino c. Achával Lastra", "J.A.", 1943-II-748.

ción del fundo sirviente de solventar los gastos de conservación (art. 3023), una sanción por el incumplimiento o el cumplimiento tardío en esa obligación de hacer.

Pero el problema a dilucidar es si estas cláusulas penales pueden serle opuestas a quien se halla en posesión de la cosa no siendo la persona que las contrató. Es decir, si estas obligaciones pasan al poseedor a título particular. En algunos supuestos la solución es sencilla. Por ej., en el segundo caso propuesto no hay dudas sobre la intrasmisibilidad: si el art. 3042 declara que la principal sólo afecta al propietario y a sus herederos, pero que no pasa al poseedor de la heredad sirviente, es obvio que tampoco se trasmite al tercer poseedor la obligación de cumplir con la cláusula penal.

Para resolver esta cuestión consideramos necesarias las siguientes disquisiciones: cuando la cláusula penal accede a una obligación que constituye el *ejercicio* mismo del derecho real —por ej., la obligación de no hacer del dueño de la cosa de tolerar el goce de la cosa por parte del usuario o el habitador (art. 2950) o la del propietario del inmueble de permitir que el usufructuario haga suyos los frutos (art. 2912)—, no abrigamos dudas de que ella pasa al poseedor a título particular en razón del carácter *erga omnes* de los derechos reales y el de accesoriedad de la cláusula penal.

Pero si la cláusula penal accede a una obligación simplemente *derivada* de un derecho real, será menester que una disposición legal disponga la trasmisibilidad de la principal. En ese caso, estimamos que se trasmite también la accesoria. Recordemos que pese a los términos enfáticos del art. 497 del C. Civil ("no hay obligación que corresponda a derechos reales"), la moderna doctrina argentina admite la existencia de obligaciones *propter rem*[38]. Es-

[38] A vía de ej., ver Antonia del Valle Beuck de Banchio, *Obligaciones "propter rem"*, en "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales",

capa a los límites de este trabajo una enumeración de cuáles son estas obligaciones en nuestro derecho, pero está fuera de toda duda, por ej., que la obligación de conservar el muro común pasa al sucesor particular (arts. 2722 y ss.). Si las partes hubiesen pactado una cláusula penal en seguridad del cumplimiento de esta obligación de origen legal, no existe duda de que el accesorio pasará al adquirente en el supuesto de que ella conste en el título de adquisición del derecho real del cual deriva. En efecto, si en el título de adquisición del dominio surge que el copropietario se ha obligado a una pena de $ 50.000 diarios por cada día que demore el pago de los gastos de conservación de la cosa común, es razonable sostener que quien adquiere dicho inmueble *acepta* también esta deuda accesoria. Pero si la pena no consta en el título de dominio, la cuestión es de más difícil solución. La pregunta a contestar es si la cláusula penal que accede a una obligación *propter rem* es también un débito ambulatorio. La respuesta negativa se funda en el efecto relativo de las obligaciones en general, el que sólo puede ser dejado de lado por una disposición legal en contrario o una cláusula convencional con publicidad suficiente que justifique su oponibilidad. La contestación afirmativa, en cambio, se basa en la aplicación estricta del carácter accesorio de la cláusula penal: si la principal se trasmite, también debe hacerlo ella. Pensamos que ésta es la solución que debe prevalecer en razón de esa regla. Por lo demás, se infiere

---

de la Universidad de Córdoba, año XXXII, octubre-diciembre de 1968, nos 4 y 5, ps. 147 y ss., y sobre todo los innumerables trabajos de Dalmiro Alsina Atienza: *Introducción al estudio de las obligaciones "propter rem"*, "J.A.", 1960-II-40, sec. Doctr.; *Las deudas "propter rem", su injustificada confusión con los gravámenes fiscales*, "J.A.", 1960-II-56, sec. Doctr.; *Diferencias entre las deudas "propter rem" y el deber del tercero poseedor de una cosa hipotecada*, "J.A.", 1960-III-85, sec. Doctr.; *La caracterización de las obligaciones reales*, "J.A.", 1964-II-62, sec. Doctr.

de algunos otros textos. Por ej., el art. 2686 del C. Civil sanciona con el pago de intereses al condómino que no contribuye a los gastos de mantenimiento. Consideramos que no hay razón para sostener que esta deuda por intereses no se trasmite al sucesor a título particular del condómino incumpliente, por cuanto la norma no efectúa distinción alguna. Siendo la situación de la cláusula penal análoga al crédito por intereses, también debe sostenerse su cesibilidad.

En cuanto a la legitimación activa, consideramos que debe darse igual solución. Es decir, si una cláusula penal se ha devengado en razón de la vinculación del acreedor con una cosa, ella sólo pasa al sucesor a título particular cuando se trate de "accesorios del objeto adquirido", cuando en virtud de la convención así se hubiese estipulado o cuando sean correlativas de obligaciones que pasen del autor al sucesor. Volvamos sobre el ejemplo anterior: el propietario del fundo sirviente se ha obligado a solventar los gastos de conservación (art. 3023 del C. Civil), imponiéndose una cláusula penal para el supuesto de incumplimiento o cumplimiento tardío. El propietario del fundo dominante *trasfiere el inmueble después que se ha producido* tal incumplimiento. El legitimado para percibir la pena es el antecesor, y no el actual propietario del fundo dominante, porque el derecho a reclamar la cláusula, "aun cuando se refiere al objeto trasmitido" (art. 3268), no se funda en una obligación que pase del autor al sucesor (art. 3042 del C. Civil), salvo que por convención se la hubiese trasmitido. En cambio, si se tratase de cláusulas penales que acceden a obligaciones accesorias del objeto adquirido, sí se trasmitirían. Reconocemos que la cuestión no es simple; recuerda acertadamente Laje [39] que el Código Civil argentino no contiene una regulación sistemática sobre los

[39] Eduardo Jorge Laje, *Derechos y obligaciones del sucesor particular*, Arayú, Bs. As., nº 12.

derechos que se trasmiten al sucesor a título particular, y que los artículos y notas que se refieren al tema (arts. 3267, 3268, nota al 2069, etc.) son contradictorios entre sí por provenir de distintas fuentes. Sin embargo, con relación al tema que es objeto de nuestro estudio, parecen relevantes la nota al 2069 y el pensamiento de Zachariae, fuente indiscutida del art. 3268. Se lee en la primera: "El que trasmite la propiedad de una cosa, se juzga que trasmite al mismo tiempo todos los derechos reales y *personales* que le corresponden por razón de esa cosa". Y Zachariae explicaba su doctrina (a la postre insuficiente), con especial referencia al tema que nos ocupa, en los siguientes términos: "Esta regla ofrece el mayor interés en la sucesión a título particular en los derechos reales, en cuanto a la cuestión que concierne a los accesorios sujetos a ella, y también con más particularidad en cuanto a la cuestión de hasta qué punto los derechos obligatorios como tales pueden ser considerados como accesorios. Ella permite decidir una cuestión como ésta: si cuando se ha pactado una *pena* por daño causado a un fundo o por la violación de un derecho de servidumbre, el adquirente del fundo o de la servidumbre puede exigir la pena en que el promitente ha incurrido. Esa cuestión se decide afirmativamente, y ello sobre la base de los arts. 1122 y 1692 del C. Civil francés, en cuanto estos derechos de crédito deben considerarse como el accesorio del derecho trasmitido" [40].

Aun cuando el jurista alemán se haya referido a las indemnizaciones fijadas con posterioridad a la producción del daño, y no a las cláusulas penales, no hay razón para sostener criterios diversos, porque en ambos casos son

[40] Zachariae y Crome, *Manuale...*, trad. y anot. por Barassi, t. I. § 121, ps. 317 y 318, notas 6 a 8, citado por Alberto G. Spota, *Tratado...*, vol. 6, Depalma, Bs. As., 1968, nº 1497, p. 736; también en *El sucesor particular en la cosa damnificada y su derecho a la reparación del perjuicio*, en "J.A.", 1943-II-209. Los artículos del Código Civil francés citados corresponden al 1195 y 1458 del C. Civil argentino.

créditos que han nacido en razón de ser propietario o poseedor de cosas materiales.

En resumen, la solución que propiciamos con relación a la legitimación activa se deduce de la propuesta para la trasmisibilidad pasiva, por cuanto tal interrelación parece haber sido admitida por el legislador en el art. 3268.

## IV. LA CLÁUSULA PENAL EN LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL DERECHO DE FAMILIA.

### § 282. 1) ESPONSALES.

El art. 8 de la Ley de Matrimonio Civil, que sigue textualmente al art. 166 del C. Civil, dispone: "La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningún tribunal admitirá demandas sobre la materia, ni por indemnización de perjuicios que ellos hubiesen causado".

Nuestro Código Civil adoptó la solución del anteproyecto español de 1851, pero fue más allá al negar expresamente cualquier acción por indemnización de daños. La influencia de Freitas y del C. Civil chileno en el tema es reconocida por todos nuestros autores.

Ante tan claro texto pareciera que ninguna duda cabe sobre la nulidad de las cláusulas penales estipuladas en las convenciones esponsalicias. Recordemos, no obstante, que el art. 666 otorga validez a las cláusulas penales, "aunque sean puestas para asegurar el cumplimiento de una obligación que no pueda exigirse judicialmente siempre que no sea reprobada por la ley". Los esponsales no son un acto reprobado por la ley, pero como bien dice Belluscio, ellos son un simple hecho social que no alcanza la categoría ni siquiera de hecho jurídico. "No son ni un hecho ilícito, ni un acto jurídico, ni un simple acto lícito;

se los ha calificado de una nada jurídica o una entidad negativa en el derecho matrimonial" [41].

Sin embargo, el art. 666 no alcanza para destruír el severo sistema del art. 8 de la Ley de Matrimonio Civil. Y la solución, en cuanto a la ineficacia de la cláusula penal, es plausible por cuanto, de admitirse su validez, se estaría abriendo una enorme brecha por la que podría filtrarse un vicio del consentimiento del futuro cónyuge. "La estipulación de una cláusula penal, puede llegar a poner al prometido ante el desdichado dilema de tener que escoger entre celebrar un matrimonio que ya no desea, o bien, abonar una suma que en ese momento puede resultarle ruinosa" [42].

La solución que propiciamos —y que es admitida mayoritariamente en el país— es de vieja prosapia. En la época histórica del derecho romano se declaraba nula la *stipulatio poenae* incorporada al acta de esponsales, reprobando así las costumbres de los pobladores del Lacio anterior a su agregación a la ciudadanía romana [43], aunque debe recordarse que en la legislación bizantina posterior se vislumbra una tendencia a considerar válida la *stipulatio* como sustitutiva de las arras esponsalicias [44].

La respuesta argentina es la mayoritaria en el derecho comparado [45], aun en aquellos países donde se admite la validez de la promesa. Así, por ej., el art. 1297 del Código alemán dice: "La promesa de una pena para el caso de no contraerse el matrimonio deberá considerarse nu-

[41] Augusto C. Belluscio, *Manual de derecho de familia*, t. I, Depalma, Bs. As., 1974, nº 38.

[42] Carlos A. R. Lagomarsino, *La promesa de matrimonio*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1962, nº 36.

[43] Ver: Bonfante, ob. cit., p. 195; Ponssa de la Vega de Miguens, *Derecho de familia en el derecho romano*, 2ª ed., Lerner, Bs. As., 1969, ps. 49 y 50.

[44] Arangio Ruiz, ob. cit., p. 502.

[45] Conf.: Duranton, t. XI, nº 329; Schneider-Fick, ob. cit., t. I, comentario al art. 163; Gatica Pacheco, ob. cit., nº 282; Peirano Facio, ob. cit., nº 91, p. 187; De Barros Monteiro, ob. cit., vol. 4º, p. 208.

la". En igual sentido se pronuncia el art. 91 del C. Civil suizo: "No puede reclamarse la ejecución de las penas convencionales que hayan sido estipuladas".

En el derecho peruano, el art. 77 del C. Civil dispone: "Los esponsales no producen obligación de contraer matrimonio ni de ajustarse a lo estipulado para el caso de incumplimiento de los mismos". En virtud de ello se ha resuelto que "la indemnización que se pacte para el caso de incumplimiento de la promesa de matrimonio no es exigible de acuerdo con el art. 77 del C. Civil" [46].

Por lo expuesto, serían igualmente nulas aquellas cláusulas penales aparentadas bajo otro contrato distinto, siempre que se acredite la simulación. Por ej., si se esconde una pena bajo la apariencia de un préstamo.

Sin embargo, Santiago Gubern Salisachs recuerda que en España, antes de la sanción del Código Civil, el Tribunal Supremo admitió la validez de la cláusula penal [47]. Se trataba de un militar que había pactado mediante escritura pública que en caso de no celebrar un verdadero y legítimo matrimonio con arreglo a las disposiciones del Concilio de Trento, tan luego obtuviera la oportuna licencia, se obligaba a indemnizar a la futura esposa con la suma de 5.000 pesetas. El juzgado de primera instancia, la audiencia de apelaciones y la Corte hicieron lugar a la demanda por la cual se reclamaba la cláusula penal pactada, con el argumento de que el contrato es ley para las partes, "siendo claro y evidente que no habiendo cumplido el primer extremo del contrato, se hallaba obligado a cumplir el segundo".

Llamativamente, un código moderno, el venezolano, establece en su art. 64: "La promesa recíproca de futuro

[46] Jurisprudencia citada por Fernando Guzmán Ferrer, *Código civil*, t. I, Lima, 1917, p. 137.

[47] Santiago Gubern Salisachs, *La ruptura de promesa matrimonial y la seducción de la mujer ante el derecho y la ley*, Bosch, Barcelona, 1947, p. 35.

matrimonio engendra la obligación legal de cumplir la prestación que haya sido estipulada para el caso de inejecución de la promesa".

Es necesario recalcar, sin embargo, que lo expuesto para el derecho nacional no implica quitar validez a las cláusulas pactadas para los casos de no restitución o entrega tardía de los objetos donados, porque en este caso la cláusula penal no accede a la inexistente obligación de contraer matrimonio o la de pagar daños y perjuicios por la ruptura, sino a la plenamente eficaz de restituír esos objetos [48].

De admitirse la eficacia del convenio *posterior* a la ruptura, por el cual se contrae la obligación de reparar los daños de ella derivados [49], debiera deducirse también la de las cláusulas penales accesorias a este tipo de estipulaciones.

### § 283. 2) LA CLÁUSULA PENAL EN LAS CONVENCIONES PREMATRIMONIALES.

Del estrecho margen que la ley 17.711 ha dejado a las convenciones prematrimoniales, pareciera que las cláusulas penales sólo pueden acceder a aquellas que tienen por objeto la determinación de las donaciones que el esposo hiciere a la esposa (art. 1217, inc. 3). Hemos expuesto en este mismo capítulo la *rara avis* que significan las cláusulas penales en materia de donaciones en general; esta falta de aplicabilidad se hace más patente en el caso *sub examine* en razón de que en nuestro país las convenciones prematrimoniales son prácticamente inexistentes.

[48] Sobre la restitución de tales presentes, ver, entre otros, los interesantes trabajos de Augusto César Belluscio, *Restituciones de donaciones entre prometidos*, en "J.A.", 20-1973-378; Eduardo Zannoni, *La obligación restitutoria derivada de la ruptura de la promesa de matrimonio*, en "J.A.", 24-1974-468; Santiago C. Fassi, *Ruptura de un compromiso de matrimonio*, en "L.L.", 151-98; Elías Guastavino, *Restitución de bienes entregados por causa de matrimonio si éste no se celebra*, en "J.A.", Doctrina, 1974-267 y ss.

[49] Conf.: Augusto Belluscio, ob. cit., *Manual*..., t. I, nº 48.

§ 284. 3) LA CLÁUSULA PENAL EN LOS CONVENIOS DE LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

*a*) Convenios celebrados con *anterioridad* a la disolución: Ardua ha sido la polémica en el derecho nacional y comparado acerca de la validez de tales convenciones. No pretendemos reanudarla, por cuanto escapa a los límites del tema propuesto. Nos hemos adherido antes de ahora a la tesis que les otorga una eficacia muy relativa. Por lo pronto, ellos no pueden ser ejecutados *antes* de producida la disolución; su validez entre cónyuges está limitada a operar como preconstitución de prueba en cuanto al carácter propio o ganancial de los bienes y la existencia de créditos y deudas entre los cónyuges y la sociedad conyugal; de igual modo deben considerarse válidas las entregas que efectivamente se realizaron y las manifestaciones vertidas sobre el valor o tasación adjudicados a los bienes en determinada época [50]. Recordamos que importante doctrina niega todo valor a estos pactos, resultando ineficaces incluso en cuanto a las escasas circunstancias apuntadas. En consecuencia, cualquiera que sea la posición doctrinal que se asuma, las cláusulas penales pactadas para el aseguramiento de las obligaciones concertadas en tales convenios son *nulas*, porque acceden a obligaciones principales igualmente ineficaces.

*b*) Convenios celebrados con *posterioridad* a la disolución: En cambio, nada obsta a que los cónyuges aseguren el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las operaciones de partición y liquidación mediante cláusulas penales. No existe razón alguna para que sean válidas las hipotecas (art. 1259) y no lo sean estos modos de garantía que sólo crean relaciones personales.

[50] Aída R. Kemelmajer de Carlucci, *Separación de hecho entre cónyuges*, Astrea, Bs. As., 1978, p. 158.

§ 285. LAS CLÁUSULAS PENALES SON DEUDAS PERSONALES O PROPIAS, Y NO COMUNES DE LOS CÓNYUGES.

No existiendo coincidencia doctrinal ni jurisprudencial sobre cuál es el régimen del pasivo matrimonial en el derecho nacional, es necesario aclarar nuestro punto de partida. Sostenemos, con importante doctrina, que mientras los arts. 5 y 6 de la ley 11.357 prevén las relaciones de los cónyuges con los terceros, es decir, el denominado aspecto externo o cuestión de la obligación, el art. 1275 del C. Civil resuelve las relaciones de los cónyuges entre sí, o sea, el aspecto interno o cuestión de la contribución [51].

Las cláusulas penales son, por regla general, deudas personales de los cónyuges, tanto externa como internamente.

Externamente, porque normalmente no podrán incluírse entre las deudas contraídas para la conservación de los bienes comunes, las necesidades del hogar o la educación de los hijos. Sin embargo, cabe preguntarse si son igualmente personales las que acceden a estas obligaciones. Si se trata de penas moratorias, no dudamos en así calificarlas: Las sanciones son siempre personales en razón de que ellas *no* han significado en sí mismas ningún aporte a las finalidades previstas en la norma. Así, por ej., el crédito principal del profesor que da clases al hijo menor es evidentemente una obligación contraída para la educación de los hijos, pero si el cónyuge contratante se hace pasible de las penas estipuladas en razón del incumplimiento, no puede válidamente afirmarse que el accesorio ha sido contraído "para la educación" [52]. En cambio si la pena es *compensatoria,* la solución es más dudosa; en efecto, ella entra

[51] Conf.: María Josefa Méndez Costa, *Las deudas de los cónyuges,* Astrea, Bs. As., 1979, nos. 23 y ss.; Augusto Belluscio, ob. cit., nos. 376 y ss.; Eduardo A. Zannoni, ob. cit., nos. 362 y ss.

[52] Conf.: Méndez Costa, ob. cit., nº 34.

en sustitución de la prestación que se contrajo con las finalidades previstas en el art. 6. La solución lógica, en consecuencia, sería la de afirmar que debe tener el mismo carácter común de la prestación principal. Éste es, creemos, el principio general que corresponde aplicar. Sin embargo, no debe olvidarse la función *compulsoria* que la cláusula penal cumple, por lo que normalmente su monto será muy superior al de la prestación principal debida. Pareciera que en el exceso la deuda debiera ser considerada personal o propia. Reconocemos, sin embargo, que la solución es de difícil aplicación práctica, pues corresponderá al acreedor que pretende el cobro al cónyuge no contratante de la cláusula penal compensatoria acreditar que ella responde al valor de la prestación principal, desvirtuándose así el régimen general de la cláusula penal, que justamente tiene por finalidad esencial evitar la prueba de los daños producidos.

Internamente también son personales o propias, porque tampoco se encuadran dentro de lo preceptuado por el art. 1275. Recordemos que el art. 1331 del proyecto español de 1851 decía: "Las deudas contraídas por el marido o la mujer, antes del matrimonio, no son de cargo de la sociedad. Tampoco lo son las multas y condenaciones pecuniarias que se les impusieron. Sin embargo, así las deudas contraídas por el marido con anterioridad al matrimonio, como las multas y condenaciones que se le impongan, podrán repetirse contra los gananciales si no tuviere capital propio o no alcanzare éste, pero al tiempo de liquidarse la sociedad legal se le cargará su importe". Es decir, las sanciones en general y las multas se han considerado desde siempre deudas *personales* internamente [53].

[53] Conf.: Santiago Fassi y Gustavo Bossert, *Sociedad conyugal*, Astrea, Bs. As., 1977, t. I, p. 426; t. II, p. 277; Aquiles Guaglianone, *Régimen patrimonial del matrimonio*, Ediar, Bs. As., t. II, nº 333; Eduardo Vaz Ferreyra, *Tratado de la sociedad conyugal*, 2ª ed., Montevideo, 1963, nº 195; Méndez Costa, ob. cit., nº 121.

El único problema que se plantea es el de resolver si, pagado con fondos gananciales, existe obligación de recompensar al momento de la disolución. Mazzinghi considera que esta recompensa es inexistente, fundado en que el cónyuge titular tiene derecho a disponer de los gananciales de su gestión (art. 1276), por lo que lícitamente puede aplicarlos al pago de las sanciones, sin asumir por eso la obligación de reintegrar [54]. Entendemos que son cuestiones distintas: una es la libre disposición y otra el derecho de recompensa cuando se han utilizado fondos de distintas masas. Si la deuda es personal y se han usado fondos gananciales, no advertimos cuál es la razón para negar el derecho a recompensar [55].

### V. LA CLÁUSULA PENAL ANTE EL DERECHO SUCESORIO TESTAMENTARIO.

§ 286. — Hemos planteado oportunamente la discusión doctrinal sobre si es factible estipular una cláusula penal en un testamento (§ 37). En general los romanistas aceptan que tienen naturaleza de tal las disposiciones por las cuales el testador pretende asegurar el cumplimiento de los cargos. Recuerda Biondi [56] que en el derecho romano la coacción para el cumplimiento del *modus* se abrió camino mediante distintos medios. "Aparte el sentido de moralidad y de respeto a la voluntad del difunto, tanto más fuerte cuanto más nos remontamos a tiempos antiguos y que era suficiente si había sido gravado un ente público, el *mismo testador solía disponer medios para obligar al beneficiado al cumplimiento.* Prescindiendo del nombramiento de un ejecutor testamentario, era frecuente *imponer,* co-

[54] Adolfo Mazzinghi, *Derecho de familia,* t. II, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972, nº 358, pero advertimos que este autor propicia un sistema muy restrictivo en materia de recompensas.

[55] Conf.: Fassi-Bossert, ob. cit., t. II, p. 277.

[56] Biondo Biondi, *Sucesión testamentaria y donación,* ed. Bosch, Barcelona, 1960, trad. por Manuel Fairén, p. 582.

mo afirman numerosas inscripciones sepulcrales, *una multa a cargo del trasgresor,* que deba pagarse a favor de un ente público como pena por el incumplimiento de la carga" (la bastardilla es nuestra).

La posibilidad de garantir o asegurar el cumplimiento de estas cargas es aceptada en el derecho moderno. Así, Fassi recuerda que "el testador puede asegurar el cumplimiento del cargo con determinadas garantías aun reales" [57]. Es decir, nadie duda de que el causante puede establecer que la falta de cumplimiento del cargo impuesto hará pasible al gravado de una obligación de pagar determinada suma de dinero (o cualquier otro objeto) a determinada persona. Pero ¿tiene esta estipulación la naturaleza de "cláusula penal"? Busso ha negado tal carácter, porque afirma que ella no tiene carácter indemnizatorio, sino exclusivamente compulsorio [58]. El tema se vincula especialmente con el más amplio de la posibilidad de reclamar daños y perjuicios por el incumplimiento de los cargos. Destaca Cicu que la doctrina no ha profundizado demasiado el problema y que la disciplina legislativa no brinda material bastante para una construcción de la figura. Tampoco él insiste en la problemática, y concluye que "al parecer" no es posible una indemnización más que cuando haya un interés subjetivado precisamente en una persona determinada, caso en que la figura del cargo se desdibuja sensiblemente para acercarnos a la del legado [59].

Por todo ello pareciera razonable sostener para el derecho argentino, ante la carencia de normas positivas, que cláusulas como las señaladas deben ser regidas —en general— por las modalidades hereditarias, y sólo cuando su articulado no dé solución al problema, remitirse —en

[57] Santiago C. Fassi, *Tratado de los testamentos*, t. 2, Astrea, Bs. As., 1971, nº 1336.

[58] Busso, ob. cit., t. IV, art. 652, nº 12.

[59] Antonio Cicu, *El testamento*, trad. por Manuel Fairén, Madrid, Rev de Derecho Privado, 1959, p. 293.

lo que fueran compatibles— a las disposiciones sobre cláusulas penales. Así, por ej., entendemos que los jueces no podrían aplicar las pautas previstas en el art. 656, segunda parte, para reducir las multas previstas por el testador [60]; algunos artículos resultan prácticamente inaplicables a estas estipulaciones, como, por ej., el art. 658.

El régimen de la mora en el pago de los legados es sumamente dudoso; de allí que se deriven iguales inconvenientes para resolver desde cuándo se hacen exigibles las obligaciones accesorias impuestas para el supuesto de incumplimiento o cumplimiento tardío de ellos. Fassi ha sostenido la inaplicabilidad del régimen de la mora *ex re*, porque el principio que rige es el de la necesaria interpelación (art. 3768)[61]. En cambio, Fornieles, Busso y alguna jurisprudencia han propiciado la aplicación de los principios generales [62]. Ésta es la solución que prevaleció en las VII Jornadas de Derecho Civil celebradas en Buenos Aires, en setiembre de 1979, las que recomendaron: "La mora en el cumplimiento del cargo se produce, en los cargos de exigibilidad inmediata, por la interpelación y en los sujetos a plazo, por el vencimiento de éste, sea que haya sido fijado por el testador o judicialmente". Por nuestra parte aceptamos este último criterio; advertimos, sin embargo, que los plazos fijados por el testador pueden ser desconocidos por el obligado (por ej., se impone al heredero un legado, el que debe ser cumplido a los 60 días de la muerte del testador bajo sanción de que si así no lo hace pagará en favor del legatario una cantidad cierta de dinero). El heredero puede ignorar la existencia del testamento; no saber, incluso, que el causante ha fallecido. Es evidente que en este caso no habrá mora, porque ésta

[60] Conf.: Lobato de Blas, p. 184.

[61] Fassi, ob. cit., t. 2, nº 1108.

[62] Busso, ob. cit., t. I, p. 248; Salvador Fornieles, *Tratado de las sucesiones*, 4ª ed., Tea, Bs. As., 1958, nº 282. Ver, entre otros, fallos publicados en "L.L.", 19-710 y 26-760.

requiere del elemento subjetivo (imputabilidad). En consecuencia, en estos casos siempre será menester una comunicación recepticia al deudor poniéndole en conocimiento de los plazos. En cambio, la mora se produce *ex re* en los casos de los plazos fijados judicialmente.

Sin duda alguna, como bien lo señala Mucio Continentino [63], la cuestión de las cláusulas penales en los testamentos es una materia grave y difícil que sólo en los grandes tratadistas encuentra explicaciones satisfactorias. Las estipulaciones que más han preocupado a la doctrina son aquellas establecidas por el testador pretendiendo asegurarse de que el heredero no atacará el testamento. Es decir, son accesorias a una obligación de no hacer (no recurrir la validez o eficacia de la disposición testamentaria). Laurent [64], autor que ha estudiado detalladamente tan espinosa cuestión, da como regla general la siguiente: siendo la cláusula penal una convención accesoria, depende de la validez de la principal; en consecuencia, será válida toda vez que la principal no encierre una causal de invalidez. En principio, la facultad del testador de evitar el ataque al testamento nada tiene de ilícita; sin embargo, ello es así en tanto y en cuanto la voluntad del testador sea legítima: "si él quiere lo que no tiene derecho a querer, no puede dar fuerza a su voluntad a través de la imposición de una pena; de allí que la cuestión depende de las disposiciones testamentarias que el causante haya querido sancionar". Y da luego una serie de reglas particulares. Así, son nulas las cláusulas penales impuestas a quien ataque los testamentos si éstos contienen disposiciones como las siguientes:

*a*) condiciones que impliquen sustitución fideicomisoria;

[63] Mucio Continentino, ob. cit., nº 41.
[64] Laurent, ob. cit., t. II, nos. 474 a 490.

*b*) si dispone en favor de personas que tienen incapacidades de derecho para recibir;

*c*) si el legado o la donación fueron realizados por captación de la voluntad del causante;

*d*) si impide impugnar el estado de una persona; por ej., la cláusula penal veda cuestionar la calidad de hijo legítimo de un heredero *ab intestato*;

*e*) si el testamento viola la legítima de los herederos;

*f*) si tiene vicios de forma.

En cambio, considera válida la cláusula penal estipulada contra quien ataca el testamento si ésta sólo ha tenido por objeto proteger intereses privados. Por ej., si se ha legado una cosa ajena, porque el art. 1021 del C. Civil francés (3752 del C. Civil argentino) no es de orden público.

¿Qué efectos producen estas cláusulas? Laurent sostiene que si la disposición sancionada por la pena es de orden público, el heredero tiene el derecho de reclamar su nulidad, pese a que esté estipulada la pena; pero el heredero acciona bajo su propio riesgo y peligro; en consecuencia, si el testamento es mantenido y las pretensiones del heredero rechazadas, debe la pena.

En cambio, si la disposición testamentaria, aunque viola la ley, sólo protege intereses privados, poco importa el resultado del juicio. Sea o no acogida la petición del heredero, la cláusula penal se debe; en tal sentido, cuando el heredero opta por accionar tiene que balancear si su interés está en la invalidez de la disposición testamentaria pese a la cláusula penal.

En el derecho argentino, Fassi [65] otorga a las penas un ámbito de validez mucho mayor que el dado por el jurista francés antes mencionado. Sostiene que salvo que se trate de testamentos que atacan la legítima o afectados por incapacidad del causante, debe admitirse la eficacia de la condición de no impugnar el testamento (y consecuente-

[65] Santiago C. Fassi, ob. cit., t. II, nº 1216.

mente la de la pena que a ella accede), cuando quien intenta impugnar es heredero instituído. "El instituído, si quiere aceptar el llamamiento, debe conformarse con la validez del testamento en que se lo llama". "Si el instituído es, además, heredero legítimo, entonces nada se opone a que impugne el testamento en su calidad de tal, y no de instituído en ese acto, haciendo caer, si necesario fuera, la institución testamentaria que confirma o modifica su vocación legítima.

Por último, parece obvio señalar que la estipulación de una cláusula penal —de admitirse que ésta es la naturaleza de las cláusulas en cuestión— no podrá suponer nunca un medio subrepticio de violar las legítimas de los herederos [66].

### VI. LA CLÁUSULA PENAL ANTE LA OBRA CINEMATOGRÁFICA.

§ 287. — Ha señalado Satanowsky [67] que las normas legales que rigen los problemas derivados de la obra cinematográfica son distintas según estén vinculados a situaciones artísticas (regidas por las leyes de propiedad intelectual), técnicas (gobernadas por la ley de patentes de invención y leyes industriales), actividades comerciales e industriales (sujetas al Código de Comercio); aspectos sociales, impositivos y gremiales (reglamentados por las leyes respectivas y políticas). No pretendemos, en consecuencia, analizar la cláusula penal en todo este espectro de relaciones, remitiéndonos a lo que exponemos en los capítulos sucesivos vinculados a cada uno de estos aspectos.

Nos interesa resaltar solamente la estipulación de cláusulas penales en los contratos suscritos entre productor e intérpretes. Señala Satanowsky que éstos son contratos *sui*

[66] Lobato de Blas, ob. cit., p. 60, nota 120.

[67] Isidro Satanowsky, *La obra cinematográfica frente al derecho*, t. I, Ediar, Bs. As., 1948, nº 21.

*generis*, de carácter intelectual, "porque las normas que los rigen son las que reglan una actividad que tiende a la creación y realización de una obra del intelecto, carácter que debe prevalecer sobre las relaciones de derecho civil", lo que no significa que *supletoriamente* no deban aplicarse las normas sobre locación de obra [68].

En esos contratos suele establecerse que el actor debe trabajar en forma *exclusiva* para el productor. Ello supone una obligación de *no hacer* (es decir, no trabajar para otros productores). Si el actor viola la exclusividad se hace pasible de daños y perjuicios. Normalmente no resulta posible el cumplimiento en especie (impedirle que trabaje para otro), porque para ello sería necesario ejercer violencia física sobre la persona del deudor. Por eso generalmente se pactan cláusulas penales tendientes a *compeler* o *constreñir* al actor o intérprete al cumplimiento de la obligación de exclusividad [69]. Ellas son plenamente válidas si cumplen con todos los requisitos estudiados en la primera parte de esta monografía.

[68] Satanowsky, ob. cit., nº 341.

[69] Satanowsky, ob. cit., nº 355; *Derecho intelectual*, t. II, Tea, Bs As., 1954, nº 376.

## Capítulo II

# LA CLÁUSULA PENAL ANTE EL DERECHO MERCANTIL Y AERONÁUTICO

§ 288. Carencia de normas específicas en la teoría general de los contratos comerciales.

Nuestro Código de Comercio —a diferencia de otros de la legislación comparada (por ej., art. 56 del Código de Comercio de España; 348 del Código alemán de 1897; 56 del Código peruano de 1902; etc.)— no contiene disposiciones relativas a la cláusula penal en su teoría general. Por eso, en lo no específicamente reglado para cada una de las relaciones deben aplicarse los principios que surgen del Código Civil.

§ 289. La cláusula penal y el contrato de trasporte comercial: cláusulas penales y cláusulas limitativas de la responsabilidad.

Estudiando el contrato de trasporte la doctrina ha puesto gran preocupación en delimitar ambas figuras, declarando la licitud de las primeras y la nulidad de las segundas.

La ineficacia de las últimas tiene serio apoyo legal. El art. 204, apartado 2º, del C. de Comercio dispone: "Los reglamentos o estipulaciones de las empresas que hubieren ofrecido sus servicios públicos, excluyendo o limitando las

obligaciones y responsabilidades impuestas por este Código, serán nulas y sin efecto alguno".

Esta prohibición impuesta expresamente para las empresas ferroviarias también rige para los porteadores comunes; en tal sentido dispone el art. 162 que ellos son responsables, "no obstante la convención en contrario", por las pérdidas o daños que les resultaren por malversación y omisión suya o de sus factores.

Tales normas se corroboran con el art. 174, que faculta a los porteadores comunes a limitar su responsabilidad sólo respecto de las cosas que allí se mencionan.

De allí que Cámara sostenga que en el derecho nacional no puedan haber dudas de la aplicación al contrato de trasporte del viejo apotegma "*privatorium conventio iure publico non derogat*" [1].

Pero esta diferencia conceptual no se advierte en algunos fallos, en los cuales desaprensivamente se utiliza la palabra *cláusula penal.* Consideramos que el error deriva exclusivamente del propósito de declarar expresamente la ineficacia de la cláusula limitativa de responsabilidad; esta intención loable, sin embargo, no debe provocar errores. Así, por ej., la Cám. Nac. Esp. ha dicho: "Si bien nada impide a las partes fijar modos de indemnización como ocurre, por ej., cuando pactan una cláusula penal, ello es así cuando se trata de contratos comunes donde impera con amplitud la autonomía de la voluntad. Pero no es lo mismo en los trasportes, con respecto a los cuales carecen de valor todas las cláusulas que limiten la responsabilidad del trasportador" [2].

Insistimos en que las cláusulas penales también son válidas en el contrato de trasporte, sólo que ellas están

[1] Héctor Cámara, *Contrato de trasporte de cosas*, "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Universidad Nacional de Córdoba, año IX, 1945, 2ª parte, p. 141.

[2] 7/3/57, "La Holando Sudamericana Cía. de Seguros c. Eretto Buque de Bandera Italiana", "L.L.", 88-669.

regidas por una normativa que en algunos aspectos se aleja del Código Civil, tal como se analizará [3].

§ 290. *La indemnización legalmente tarifada para los casos de retardo.* — Dispone el art. 188 del C. de Comercio: "En caso de retardo en la ejecución del trasporte por más tiempo del establecido en el artículo anterior, perderá el porteador una parte del precio del trasporte proporcionado a la duración del retardo, y el precio completo del trasporte, si el retardo durase doble tiempo del establecido para la ejecución del mismo, además de la obligación de resarcir el mayor daño que se probare haber recibido por la expresada causa. No será responsable de la tardanza el porteador, si probare haber provenido ella de caso fortuito, fuerza mayor, o hecho del remitente o del destinatario. La falta de medios suficientes para el trasporte, no será bastante para excusar el retardo".

Esta norma rige no sólo para el trasporte ferroviario sino también para todo tipo de trasporte terrestre (art. 156 del decr. 27.911, reglamentario de la ley de coordinación de trasportes 12.346, que reproduce el texto del 188 del C. de Comercio)[4].

Muchas son las críticas que se han formulado al sistema, teniendo sus detractores y defensores. No es ésta la oportunidad de analizar los argumentos vertidos, sino el de determinar si la indemnización determinada *à forfait* constituye o no una cláusula penal.

Para un sector, esta disposición legal consagra una verdadera cláusula penal de origen legal: "La acción por devolución de fletes no tiene carácter resarcitorio, sino que con ella se persigue sólo la aplicación de una cláusula penal" [5]. "Las indemnizaciones previstas en el art. 188 del

[3] Sobre la distinción entre ambas figuras, ver capítulo VIII, § 231.

[4] Héctor Cámara, ob. cit., punto LXIII, ps. 166 y ss.

[5] Cám. Com. Cap., 14/3/30, "Nassar c. Ferrocarril Central Argentino", "J.A.", 23-851.

C. de Comercio, no exigen que se haya estipulado contractualmente una cláusula penal, sino que ella emana de la ley" [6]. Tal carácter es asignado por el supremo tribunal de la Nación: "La sanción contenida en el art. 188 del C. de Comercio debe interpretarse como cláusula penal que la ley establece, en parte, para excitar la actividad de la administración ferroviaria y, en parte, para liquidar en forma rápida y fácil las numerosas controversias que, en caso contrario, surgirían originando infinidad de litigios incompatibles con el interés del comercio y con el regular funcionamiento de la economía ferroviaria" [7].

En cambio, para Obarrio se trata de una indemnización fijada legalmente, pero que no reviste el carácter de cláusula penal, en tanto y en cuanto el acarreador podría liberarse de responsabilidad acreditando que el cargador o el destinatario no han sufrido daño alguno con la tardanza [8].

Para nosotros se trata de una cláusula de indemnización mínima presumida *iuris et de iure* por el legislador [9].

Oportunamente hemos expuesto las diferencias entre las cláusulas penales y las indemnizaciones fijadas por la ley (*supra*, § 41). Por tanto, nos limitamos a señalar las diferencias y semejanzas en el caso sub examen:

*a*) Tanto en la cláusula penal como en esta indemnización, el acarreador o el destinatario no están obligados a probar los daños sufridos. "El retardo afecta el corazón del trasporte" [10]; la demora es siempre una fuente de per-

[6] Cám. Com. Cap., 29/11/26, "Diambri y Cía. c. Cía. Gral. Ferrocarriles en la Provincia de Bs. As.", "J.A.", 23-481.

[7] C.S., 31/5/33, "J.A.", 45-27. Conf.: Juan B. Siburu, *Comentario del Código de Comercio*, t. III, 2ª ed., Bs. As., V. Abeledo, 1923, nº 747; Carlos Juan Zavala Rodríguez, *Código de Comercio y leyes complementarias, comentados y concordados*, t. I, Depalma, Bs. As., 1967, nº 438.

[8] Manuel Obarrio, *Curso de derecho comercial*, t. I, ed. Científica y Literaria Argentina, Bs. As., 1924, nº 179.

[9] Conf.: Cám. Com., 29/3/35, "J.A.", 49-622; ídem, 24/10/23, "J.A.", 11-851; 3/5/35, "J.A.", 50-586; Cám. Fed., 13/5/31, "J.A.", 35-860.

[10] Mossa, citado por Cámara, ob. cit., p. 170.

juicios, cuando no materiales por lo menos morales. De allí la presunción de daños determinada por la ley sin admitir prueba en contrario.

*b*) Pero la regla general es que el acreedor de una cláusula penal común no puede reclamar mayores daños (art. 655 del C. Civil); en cambio, el cargador o destinatario pueden exigir los otros daños, operando la indemnización fijada en el art. 188 como monto mínimo del resarcimiento.

*c*) Las cláusulas penales pueden ser reducidas cuando fueran excesivas y contrarias a la moral o a las buenas costumbres (art. 656 del C. Civil, segundo apartado). No existe esta posibilidad de reducción, en el caso del 188 del C. de Comercio, porque no puede presumirse que el legislador se haya apartado del orden moral. En tal sentido, la jurisprudencia ha declarado en forma reiterada la constitucionalidad de la sanción impuesta por el art. 188, pese a los reclamos reiterados de las empresas trasportadoras [11].

§ 291. *Las cláusulas penales incorporadas al contrato de trasporte.* — Dispone el art. 189 del C. de Comercio: "Si al contrato de trasporte se hubiese agregado una cláusula penal por el no cumplimiento o retardo en la entrega, podrá siempre pedirse la ejecución del trasporte y la pena. Para tener derecho a la pena pactada, no es necesario acreditar un perjuicio, y el importe de ella podrá deducirse del precio convenido. En el caso en que se probare que el perjuicio inmediato y directo que se haya experimentado, es superior a la pena, se podrá exigir el suplemento. Si el porteador estuviere exento de responsabilidad, con arreglo a las disposiciones de los arts. 172 y 188, no habrá lugar al pago de la pena".

De la disposición legal trascrita se deduce —contrariamente a lo resuelto en algunos fallos— que es lícito pactar

[11] Ver amplias referencias en Cámara, ob. cit., ps. 182 y ss.

una cláusula penal en el contrato de trasporte. Sin embargo, ésta también demuestra que el legislador se apartó de la ley común pretendiendo asegurar la eficacia del trasporte y procurando evitar los problemas en cadena que ocasionan los incumplimientos del acarreador.

La doctrina ha destacado la escasa significación práctica de la norma: en el caso del trasporte ordinario, se ha dicho que el porteador nunca acepta que se la pacte, porque le resulta muy gravosa. Por lo demás, el art. 188 suple la carencia de pacto expreso en contrario [12]. Por eso ha dicho Asquini [13], comentando el art. 414 del C. Civil italiano —fuente indiscutida de nuestra norma—, que ella ha quedado "como una rama seca de la legislación comercial sobre el contrato de trasporte". Ésta es la razón por la cual el nuevo Código Civil italiano de 1942, que regula sobre este contrato (arts. 1678 y ss.), no contiene ninguna disposición similar [14].

En lo relativo al trasporte ferroviario o automotor de servicios públicos, un sector de la doctrina ha sostenido su inaplicabilidad porque, debiendo ser las tarifas uniformes para todos los usuarios, ella pugnaría con el principio de igualdad de tratamiento [15]. En cambio, Viterbo opina que esta posición —aceptada mayoritariamente también en el derecho italiano— no es aplicable a nuestro país, en que se

[12] Conf.: Luis Ratti (h.), *El trasporte por ferrocarril*, Bs. As., 1924, nº 189.

[13] Alberto Asquini, *Del contrato de trasporte*, t. I, trad. de Viterbo y Sentís Melendo, con notas al derecho argentino de Camilo Viterbo, en *Derecho comercial*, de Bolaffio, Rocco y Vivante, t. 12, Ediar, Bs. As., 1949, nº 136.

[14] Éste parece ser el criterio de la legislación comparada: no distinguir la cláusula penal en el contrato de trasporte del régimen común. Ver, por ej., art. 135 del C. de Comercio del Perú.

[15] Carlos Malagarriga, *Código de Comercio comentado*, t. I, Lajouane, Bs. As., 1917, p. 189; Jaime Anaya y Humberto Podetti, *Código de Comercio y leyes complementarias*, t. III, Omeba, Bs. As., 1967, p. 376, nº 149; Héctor Cámara, ob. cit., t. I, nº 136.

admite expresamente tal estipulación en el trasporte ferroviario (art. 286 del Reglamento General de Ferrocarriles)[16].

No obstante esta falta de interés, debemos señalar las diferencias entre el régimen común del Código Civil y el específico del 189 del C. de Comercio.

*a*) El art. 655 del C. Civil veda al acreedor reclamar otra indemnización aun cuando la fijada en la pena sea insuficiente; en cambio, el legislador mercantil atribuye a la pena sólo el carácter de indemnización mínima.

*b*) El art. 189 permite la acumulación de la pena y la principal. Asquini, seguido en nuestro país por Cámara, considera que la excepción no es sustancial, porque el 189 del C. de Comercio se ha referido a las penas moratorias; si se trata de casos de pérdida o avería de la cosa la cláusula tendría los mismos efectos que en el derecho civil. "Cualquier hipótesis de detención de las cosas trasportadas en el lugar de partida o a lo largo del viaje que no sea susceptible de llevar directamente a la resolución del contrato, con o sin la responsabilidad del porteador por los daños, se convierte necesariamente en un *retardo* en la entrega, por lo que se puede decir que la cláusula penal estipulada para tal hipótesis equivale en sustancia a la cláusula puesta para el retardo, la cual, también según el Código Civil, admite la petición acumulativa del cumplimiento específico y la pena" [17].

La doctrina nacional mayoritaria, en cambio, resalta el apartamiento de las reglas del derecho común. Pareciera que así es atento a los términos del art. 189, que prevén los casos de "no cumplimiento o retardo" [18].

*c*) La invocación del caso fortuito o la fuerza mayor no encuentra ningún escollo en materia de contrato de

[16] Camilo Viterbo, sus notas a la obra de Asquini, t. I, nº 136, nota 10.

[17] Asquini, t. I, nº 136; Cámara, ob. cit., p. 202.

[18] Mario A. Rivarola, *Tratado de derecho comercial argentino*, t. III, Cía. Argentina, Bs. As., 1939, nº 850; Malagarriga, ob. cit., t. I, p. 189; Anaya-Podetti, ob. cit., t. III, p. 367; Siburu, ob. cit., t. III, nº 753.

trasporte. Así surge claramente de la última parte del art. 189. En materia de derecho común hemos explicado oportunamente el alcance que debe darse a la expresión "justas causas" empleada por el art. 654 y sus implicancias sobre el art. 665 [19] (*supra*, § 125).

Por lo demás, las cláusulas penales pactadas en el contrato de trasporte no difieren de las del derecho común; por eso, el cargador o destinatario no están obligados a probar daños. Explica Vivante [20] que el acarreador no podría esgrimir el enriquecimiento sin causa del beneficiario de la pena, porque el derecho a percibir tal indemnización tiene su causa inmediata en la ley.

En escasas oportunidades nuestros tribunales han tenido oportunidad de pronunciarse sobre estas cláusulas. En uno de los pocos casos detectados se trató de un problema de índole procesal, resolviéndose "que en la demanda por pago de fletes, el cargador que no cumplió con la forma de pago convenida no puede reconvenir fundado en la multa pactada como cláusula penal para el caso de ejecución tardía por parte del trasportador" [21]. Salvo que existieran impedimentos de tipo formal —que no surgen de los fundamentos de la sentencia—, no vemos inconveniente alguno en que la cláusula sea exigida por vía reconvencional, aun cuando se trate de una pena estipulada en el contrato de trasporte.

Por lo demás, rigen los mismos principios expuestos en la parte general en cuanto a la reducción de las penas excesivas. En este sentido se ha resuelto: "La cláusula penal que impone al contratante del trasporte una multa del

[19] Recordamos que Rivarola, ob. cit., t. III, nº 850, haciendo una interpretación gramatical del art. 654 del C. Civil, sostuvo que no podía invocarse el caso fortuito en el régimen común, lo que sí es admisible en el contrato de trasporte.

[20] Cesare Vivante, *Traité de droit commercial*, t. IV, Girard, París, 1912, nº 1185.

[21] Cám. Fed. Cap., 10/3/32, "J.A.", t. 37, p. 855.

2 % del importe del flete por cada día de demora en el pago, debe reducirse a límites equitativos; y así, en el caso juzgado, la multa que ascendería a casi tres veces el importe del crédito, por una demora en el pago de 4 meses y 24 días, debe fijarse en $ 50.000" [22].

§ 292. LA CLÁUSULA PENAL EN EL CONTRATO DE MANDATO COMERCIAL.

Mandante y mandatario pueden estipular cláusulas penales para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato normado en los arts. 223 y ss. del C. de Comercio.

Frecuentemente estas penas se estipulan para evitar la renuncia o la revocación intempestiva del mandato. Recordemos, no obstante, que estas penas siempre tienen en cuenta la revocación o la renuncia arbitraria; por ello la pena no se debe si la renuncia obedece a un acto culposo del mandante, o la revocación a la actitud culpable del mandatario, pues como se ha explicado, la pena no se debe cuando el incumplimiento es debido a la culpa del acreedor (§ 128).

§ 293. LA CLÁUSULA PENAL EN EL CONTRATO DE COMISIÓN.

Rigen en este contrato los mismos principios precedentemente señalados para el mandato.

Sólo cabe resolver si la comisión mínima prevista por el art. 275 del C. de Comercio es o no una cláusula penal. Dispone la citada norma: "Sin embargo, cuando el comitente revoque el mandato antes de concluído, sin causa justificada, procedente de culpa del comisionista, nunca podrá pagarse menos de la mitad de la comisión, aunque no sea la que exactamente corresponda a los trabajos practicados".

[22] Cám. Nac. Com., Sala A, 10/11/61, "L.L.", 106-283.

Consideramos que se trata de una comisión mínima cuya naturaleza no coincide con la de la cláusula penal, aun cuando guarda ciertas semejanzas. Evidentemente, opera en forma compulsiva sobre el comitente presionándolo para que no revoque sin causa justificada. Pero, a diferencia de la cláusula penal, esta especie de indemnización es mínima, permitiéndose al comisionista la prueba de que la cuota correspondiente a los actos practicados supera el 50 % de la gestión encomendada.

### § 294. LA CLÁUSULA PENAL EN EL CONTRATO DE SEGUROS.

No existe impedimento alguno en que cláusulas penales accedan a las obligaciones derivadas del contrato de seguros. Así, por ej., es factible que la póliza establezca que la falta de pago oportuno de las primas hará incurrir al asegurado en determinada suma de dinero diaria; de igual modo podría compelerse a la aseguradora al pago en término de las indemnizaciones.

Oportunamente hicimos mención a que una doctrina minoritaria en el país sostiene que las caducidades de origen convencional previstas por el art. 36 de la ley 17.418 son típicas cláusulas penales [23]. Además de las razones oportunamente señaladas, rechazamos la pretendida asimilación por diversos motivos:

1) Como bien lo ha señalado la doctrina nacional, deben distinguirse adecuadamente las nociones de obligación y carga. Ha afirmado Stiglitz [24] que esta diferencia radica en la "función de intereses tutelados (propio en la segunda y ajeno en la primera); en la razón de los efectos derivados de la inobservancia del imperativo legal (en la obligación se crea un derecho en favor del acreedor, en la

[23] Ver § 34. Soler Aleu, ob. cit., p. 195.

[24] Rubén S. Stiglitz, *Cargas y caducidades en el derecho de seguros*, ed. Librería Jurídica, La Plata, 1973, p. 20.

carga un perjuicio en cabeza de quien debía producir una conducta establecida en la norma)". Concluye con acertado párrafo que trascribimos: "La carga tiene como contenido una conducta, cuya realización equivale al ejercicio de una facultad conducente a la conservación de un derecho y no a su adquisición; dicha conducta está condicionada a la voluntad del titular del poder, quien de no observar la carga no incurre en ilicitud. Tiene plena libertad de elegir entre desembarazarse o no de la misma, obra en interés propio, y por ende, del incumplimiento de la carga, dijimos, no deriva un derecho del adversario, a quien por el contrario, le resulta conveniente la contumacia del sujeto, que puede consistir indistintamente en una acción o en una omisión que de producirse desemboca en la caducidad o pérdida del derecho ya existente".

Es decir que mientras las cláusulas penales acceden a verdaderas obligaciones, las caducidades son correlativas a las *cargas.*

2) De allí que mientras las caducidades tienen por efecto la pérdida del derecho, las cláusulas penales sólo pueden tener por objeto una obligación de dar, hacer o no hacer.

3) Por eso señalaban adecuadamente Picard y Besson [25] que si bien caducidades y cláusulas penales pertenecen al género de las sanciones civiles o penas privadas, no se identifican, porque falta en la caducidad la finalidad indemnizatoria que insufla a la cláusula penal.

### § 295. LA CLÁUSULA PENAL EN LOS CONTRATOS DE MUTUO, DEPÓSITO, COMPRAVENTA MERCANTIL Y CUENTA CORRIENTE.

También estos contratos admiten la estipulación de cláusulas penales. El régimen específico no difiere del gené-

[25] Picard y Besson, *Les assurances terrestres en droit français,* t. I, p. 201, citado por Stiglitz, ob. cit., p. 26.

rico, por lo que remitimos a lo expuesto en la primera parte de esta obra y a lo dicho con relación a los mismos contratos civiles en el capítulo I de esta segunda parte.

Referido a la cuenta corriente mercantil, regulada por el Código de Comercio como un verdadero contrato (art. 771), no dudamos en la posibilidad de estipular cláusulas penales para asegurar el saldo. Recordemos brevemente que "las remesas que recíprocamente se van haciendo las partes ingresan en la cuenta corriente para hacer un cálculo final del debe y del haber y con eso formar un saldo definitivo o parcial que se considerará al cierre o a la clausura de la cuenta; y la suma que resulte de ese saldo es la que se deberá pagar (art. 771, *in fine*). Antes de la conclusión de la cuenta, ninguna parte adeuda nada porque no hay saldo" [26]. Dichos saldos, de conformidad con el art. 786, pueden ser garantidos con hipoteca, fianza o prenda. Esta enunciación sobre los medios de garantía no debe ser considerada taxativa; al contrario, el art. 788 admite la autonomía de la voluntad cuando ordena que las partes pueden "acordar todas las demás cláusulas accesorias que no sean prohibidas por la ley". La inexistencia de una norma impeditiva especial, presupone la amplia validez de las cláusulas penales pactadas por las partes.

### § 296. LA CLÁUSULA PENAL EN LAS NUEVAS FORMAS DE CONTRATACIÓN Y EN ESPECIAL EN EL DERECHO FINANCIERO.

La movilidad propia del derecho comercial, unida a las nuevas necesidades de las sociedades de consumo, ha motivado la creación de modernas formas de contratación. La mayoría de ellas no han sido adoptadas de manera expresa por la legislación, por lo que se carece de una reglamen-

[26] Carlos Juan Zavala Rodríguez, ob. cit., *Código de Comercio*, t. V, p. 41. Conf.: Ernesto Eduardo Borga, *El contrato de cuenta corriente mercantil*, en "Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales", de la Universidad de La Plata, t. XV, año 1944, vol. II, ps. 78 y ss.

tación adecuada; pero esta falta de regulación jurídica no impide que en el mundo negocial se celebren a diario actos jurídicos que acogen esas nuevas formas de contratación; su importancia económica es significativa, lo que ha motivado el clamor de la doctrina por lograr su recepción en el derecho positivo. Escapa ampliamente a los propósitos de nuestra obra una explicación pormenorizada de las nuevas formas. Nos preocupa solamente si ellas admiten cláusulas penales.

§ 297. I) *"Leasing"*. — Aclaremos primeramente que utilizamos esta denominación por una cuestión de comodidad del lenguaje, sin desconocer los numerosos intentos de la doctrina argentina por encontrar una traducción adecuada [27].

El *leasing* admite —como es sabido— diversas especies. La mayoría de los autores distinguen —después de la obra de Vancil— el *leasing* financiero del operativo. Para algunos, sólo el primero es un contrato autónomo, típico, con individualidad propia; el operativo, al contrario, sería un simple contrato de arrendamiento [28]. Tampoco existe uniformidad conceptual, prefiriéndose la técnica de caracterizar las figuras sin dar definiciones de ellas.

Se ha dicho que el *leasing* es una operación financiera consistente en "facilitar la utilización de equipos y maquinarias a quien carece de capital necesario para su adquisición, merced a una financiación a largo o mediano plazo,

[27] Se ha propuesto, por ej., el de "locación financiera". En tal sentido, ver los trabajos de Alfredo L. Rovira, *Contrato de "leasing" o locación financiera*, en "J.A.", 1976-IV-633 y ss.; Samuel F. Linares Bretón, *El contrato de locación financiera*, en "L.L.", 139-999 y ss.; Leopoldo Houssay, *El "leasing": un contrato de locación financiera*, en "L.L.", 1975-A-1187 y ss.; Julio César Noacco, *El contrato de locación financiera o "leasing"*, en "J.A.", Doctrina, 1973, ps. 121 y ss. Con evidente similitud, llama Varangot a este contrato "arrendamiento financiero" (Carlos Jorge Varangot, *Arrendamiento financiero ("leasing")*, en "E.D.", 50-603 y ss.).

[28] Ver, por ej., Eduardo Barreira Delfino, *"Leasing". Aspectos jurídicos, contables, impositivos y operativos*, Cangallo, Bs. As., 1978, p. 54.

coincidente con el término de amortización del bien en cuestión y garantizada con el mismo bien objeto de ella, cuyo dominio se reserva, mediante el pago periódico de un alquiler o canon, con la posibilidad de adquirirlo a su conclusión por un valor determinable" [29]. O sea, un empresario que necesita un bien de capital, en lugar de adquirirlo del propietario, requiere a una entidad financiera especializada que lo compre y se lo alquile por un período determinado "que sea suficiente para permitir la amortización total de la inversión que efectúe la entidad financiera" [30]. El *leasing* operativo, en cambio, se celebra directamente con el fabricante de bienes de capital y un empresario locatario, señalando la doctrina que su naturaleza jurídica coincide con la del contrato de locación tradicional.

Se discute si el *leasing* financiero puede ser celebrado por cualquier sujeto de derecho o sólo por las entidades financieras especialmente autorizadas cuyo estatuto legal es la ley 21.526. Esta ley determina en los arts. 22, inc. *j*, y 24, inc. *k*, que los bancos de inversión y las compañías financieras (al igual que los bancos comerciales por imperio del art. 21) son las únicas entidades autorizadas "a dar en locación bienes de capital adquiridos con tal objeto". Pero un sector de la doctrina interpreta que la prohibición a los demás entes rige cuando se utilizan fondos de terceros, no así cuando la "locadora" dispone de fondos propios. También se discute si el *leasing* supone *tres partes* (el fabricante o proveedor, la entidad financiera o bancaria y el usuario) o sólo dos (los últimos mencionados).

La doctrina se ha encargado de distinguir el *leasing* del *renting* y del *lease-back*. El primero consiste en locaciones a corto plazo "efectuadas por un locador especializado en un *parque de materia* de su propiedad, que puede

[29] Osvaldo J. Marzorati, *El "leasing" como forma de inversión extranjera*, en "Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones", 1973, p. 715.
[30] Noacco, ob. cit., "J.A.", Doctrina, 1973, p. 122.

ser de los más diversos tipos: vehículos, máquinas para trabajos determinados, vagones, recipientes industriales, etc. La característica principal del *renting* consiste en que el locador toma sobre sí los riesgos que implica obtener nuevas locaciones y el mantenimiento y revisión de los equipos. Los bienes no son objeto de una opción de compra al término de la locación" [31]. Esta falta de opción lo distingue del *leasing* operativo, aunque para algunos tampoco éste concede el mencionado derecho.

El *lease-back* cuenta con el disfavor doctrinal por prestarse a financiaciones abusivas, y consiste en la venta que hace una empresa de sus bienes e instalaciones a una sociedad de *leasing*, la cual, inmediatamente, se los alquila por medio de un contrato de *leasing*.

Un sector también distingue entre el *leasing* de intermediación y el de ejecución. Este último responde a los caracteres que hemos dado al *leasing* financiero; en el primero, en cambio, la entidad financiera no adquiere el bien sino que simplemente media entre los proveedores o fabricantes y usuarios facilitando, de un establecimiento distinto de ella misma, el financiamiento de la operación para percibir luego una comisión [32].

Todas estas formas admiten la concertación de cláusulas penales que aseguren el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes. Así, por ej., serán eficaces (siempre que reúnan los requisitos estudiados en la parte general) las multas asegurativas de las obligaciones del "tomador" (el usuario) de pagar el precio, recibir la cosa en el plazo previsto, restituírla, conservarla, etc.; las del dador de comprar los bienes al proveedor, entregarlas al tomador, etc. Pese a la originalidad de las nuevas figuras, el negocio accesorio no presenta particularidades, por lo que nos remitimos a lo expuesto en la parte general. También estas

[31] Noacco, ob. cit., "J.A.", Doctrina, 1973, p. 122.
[32] Ver Leopoldo Houssay, ob. cit., "L.L.", 1975-A-1190.

cláusulas penales deben ser consideradas verdaderas cláusulas de estilo en los contratos de *leasing*. Así, por ej., en el modelo que proporciona Barreiro Delfino [33] se estipula una pena para el supuesto de que el tomador no restituya la cosa en el tiempo estipulado. Rodríguez Azuero, por su parte, dice: "El incumplimiento en el pago del precio, como cualquiera de las obligaciones derivadas del contrato, puede dar lugar a la demanda de resolución o de cumplimiento con indemnización de perjuicios por parte de la sociedad de *leasing*. Para el efecto es frecuente la inclusión de cláusulas penales que prevean el monto de la sanción deducible a cargo del arrendatario incumplidor. En este caso, sin embargo, surge el problema de precisar el monto de esa cláusula penal indemnizatoria pues las sociedades de *leasing* tienden a consagrar como indemnización a su favor el monto de las sumas debidas por el arrendatario, quien además por la simple circunstancia del incumplimiento del contrato estaría obligado a devolver de inmediato el bien objeto del contrato.

"Se observa, desde luego, para justificar sanción tan drástica, que es corriente que los bienes dados en arrendamiento y adquiridos por la sociedad de *leasing* sean muy particulares en el sentido de que sólo pueden utilizarse en cierto tipo de industrias o actividades y que, por lo tanto, sería muy difícil y antieconómico para la sociedad de *leasing* colocarlos en manos de terceros, quienes de seguro exigirían condiciones económicas más favorables ante la situación apurada de la arrendadora o tendrían poco interés si, para la fecha del incumplimiento, han aparecido en el mercado nuevas máquinas o equipos de mayor eficiencia y más alta rentabilidad para los clientes potenciales.

"No deja, sin embargo, de ser discutible la cláusula que en la práctica conduce a que el arrendatario continúe cumpliendo con las obligaciones propias del contrato, sin

[33] Barreiro Delfino, ob. cit., p. 312.

poder beneficiarse del uso de los bienes de equipo recibidos. Corresponderá, pues, a los tribunales decidir en qué medida puede la cláusula penal consistir en el pago de la totalidad de la obligación, cuando de otra parte el objeto de la misma ha tenido que devolverse" [34].

§ 298. II) *"Factoring"*. — Utilizamos el término inglés por haber sido incorporado al lenguaje negocial, sin desconocer los intentos realizados para lograr su adecuada traducción [35].

Debe señalarse igualmente que bajo esta denominación se incluyen diversas modalidades (*factoring* al vencimiento y a la vista; doméstico e internacional; con notificación y sin notificación; *old line factoring*, es decir, el tradicional, y *new style factoring*, etc.).

Esta nueva forma de contratación ha sido contemplada en el art. 22, inc. *c*, de la ley 21.526, de entidades financieras, cuando faculta a los bancos comerciales a "realizar inversiones en valores mobiliarios vinculados con operaciones en que intervinieren, prefinanciar sus emisiones y colocarlos".

Tampoco nos proponemos aquí un estudio pormenorizado de esta nueva forma de contratación. Como simple vía de ubicación en el tema, recordemos que algún autor lo ha definido como "el contrato por el cual una entidad financiera se obliga frente a una empresa a adquirirle todos los créditos que se originen normalmente y de una manera constante en su negocio por venta de mercaderías durante un período de tiempo expresamente convenido, pero pudiendo reservarse la facultad de seleccionar esos créditos y abonar por los mismos un precio fijado median-

[34] Sergio Rodríguez Azuero, *Contratos bancarios*, ed. Felabam, Colombia, 1977, p. 497.

[35] Así, por ej., Linares Bretón acepta la de contrato de factoraje, admitida por la doctrina mejicana (ver Samuel F. Linares Bretón, *"Factoring": un nuevo contrato bancario y financiero*, en "L.L.", 137, p. 1002).

te una proporción establecida sobre sus importes y a prestar determinado servicio, quedando los riesgos de la cobrabilidad a cargo de la entidad financiera" [36].

No existe inconveniente alguno en pactar cláusulas penales para asegurar las obligaciones tanto del cliente como del factor (la entidad bancaria), como, por ej., la de pagar el precio, u otras que pudieran preverse especialmente, como la de realizar un estudio de mercados y selección de clientes, entregar información comercial o estadística, almacenar mercaderías, etc.

§ 299. III) *Otras formas de contratación bancaria.* — Además de los mencionados en los puntos anteriores, existe una gama igualmente extensa e importante de contratos bancarios; por ej., los diversos tipos de depósitos (en cuenta corriente bancaria, a término, de ahorro, en cajas de seguridad), descuento, redescuento, mutuo, anticipos, apertura de créditos, crédito documentario, fideicomisos, etc. [37]. Todos ellos también admiten la figura en estudio, sin variantes importantes sobre lo señalado en la parte general.

§ 300. IV) *Contratos de trasmisión de tecnología.* — Muchas son las monografías del derecho nacional y extranjero que han señalado la importante gravitación que los contratos que tienen por objeto a la tecnología ejercen sobre la economía nacional. Los contratos de *know how,* de asistencia técnica, los diversos tipos de licencias industriales, no son sino especies dentro de las innumerables formas previstas por la voluntad contractual. En nuestro país es la ley 21.617 la que regula la trasferencia de tecnología al territorio argentino.

También estos contratos admiten la inclusión de multas; en algunos de ellos son prácticamente cláusulas de es-

[36] Linares Bretón, ob. cit., "L.L.", 113-1005.

[37] Un estudio pormenorizado de todos ellos puede compulsarse en Sergio Rodríguez Azuero, ob. cit., 2ª parte, ps. 133 y ss.

tilo para asegurar, sobre todo, la obligación de conservar el secreto, pagar los *royalties*, etc. [38].

§ 301. LA CLÁUSULA PENAL EN ALGUNOS TÍTULOS CIRCULATORIOS.

¿Admiten los títulos circulatorios la inserción de cláusulas penales?

Es obvio que la pregunta se reduce al ámbito de aplicación de las penas que tienen por objeto cantidades de dinero, por cuanto la respuesta es indudablemente negativa en los casos en que éstas tienen por objeto prestaciones de hacer, no hacer o dar otra cosa que no sea una cantidad de dinero. Este aserto inicial surge acabadamente de los arts. 2, inc. 6, del decr. 4776/63 (el cheque debe contener la orden pura y simple de pagar una suma determinada de dinero . . .); 1, inc. 2, del decr.-ley 5965/63 (la letra de cambio debe contener la promesa incondicionada de pagar una suma determinada de dinero); 101, inc. 2, del mismo cuerpo legal (el vale o pagaré debe contener la promesa pura y simple de pagar una suma determinada). Se advierte fácilmente que los artículos citados exigen, como requisito de habilidad del papel de comercio, que conste en el propio título una suma determinada de dinero. En consecuencia, una obligación con otro contenido no cabe dentro de la estructura del título circulatorio.

§ 302. I) *La cláusula penal en el cheque.* — No tenemos dudas de que la cláusula penal debe tenerse por no escri-

[38] La importancia práctica de tales multas es señalada por Ramón Pella, *Los contratos de licencia de explotación de patentes y los "royaltys"*, Bosch, Barcelona, 1972, p. 28.

Para una comprensión adecuada de los diversos contratos, ver, entre otros, Héctor Masnatta, *Los contratos de trasmisión de tecnología*, Astrea, Bs. As., 1971, p. 28; Sergio Le Pera, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Astrea, Bs. As., 1974, ps. 283 y ss.; Carlos M. Correa, *La ley de trasferencia de tecnología del exterior*, en "Rev. del Derecho Com. y de las Obligaciones", 1975, ps. 337 y ss.

ta. El cheque será válido, pero la convención accesoria se tendrá por inexistente. Esta solución deriva del art. 9 del decr.-ley 4776/63, que dispone: "Toda estipulación de intereses inserta en el cheque se tendrá por no escrita". Evidentemente, el legislador quiso resolver el problema planteado por los intereses compensatorios o lucrativos. En razón de que el cheque es pagadero a su sola presentación, es razonable que la ley prohíba la inserción de una cláusula de intereses; lo contrario significaría admitir que él puede servir también como título de crédito, posición que la ley repudia acabadamente [39]. Pero de hecho es que la norma no distingue, por lo que debe considerarse que ella se aplica tanto a los intereses lucrativos como a los moratorios [40]. Por darse las mismas razones de la ley, hacemos extensiva la prohibición a las cláusulas penales moratorias. Ya hemos expuesto las diferencias y similitudes entre ambos institutos (*supra*, § 242).

Finalmente, queremos recalcar que la hipótesis prevista es un mero caso de gabinete, porque los cheques son emitidos en formularios proporcionados por las instituciones bancarias, los que en la práctica no contienen estas estipulaciones. Esto motiva que no se conozca ningún caso jurisprudencial donde el problema se haya planteado. Ésta es quizá la razón por la cual los autores escasamente se preocupan del problema. Para el improbable supuesto de que ella se insertara de puño y letra al dorso del instrumento, la nulidad de la cláusula derivaría del trascrito art. 9.

§ 303. II) *La cláusula penal en las letras de cambio, vales y pagarés.* — Este supuesto, en cambio, ha motivado

[39] Rodolfo Fontanarrosa, *El nuevo régimen jurídico del cheque*, 2ª ed., Zavalía, Bs. As., 1966, p. 83; Pedro Mario Giraldi, *Cuenta corriente bancaria y cheque*, Astrea, Bs. As., 1973, nº 73.

[40] Conf.: Alberto Diez Mieres, *Cheque, letra de cambio, pagarés hipotecarios y prendarios*, ed. Macchi, Bs. As., 1970, p. 37.

un estudio más pormenorizado, aunque no demasiado exhaustivo por parte de nuestros autores.

Debe señalarse que el ordenamiento nacional carece de una solución expresa al problema. En cambio, algunas legislaciones extranjeras lo resuelven en forma negativa. Así, por ej., el art. 78 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de Méjico, dispone que cualquier estipulación sobre cláusula penal se tendrá por no escrita.

Sabido es que la letra de cambio, además de los requisitos sustanciales o esenciales, admite la inserción de cláusulas facultativas; es decir, la ley fija los requisitos formales mínimos que debe contener, sus notas necesarias, indispensables, pero no excluye otras cláusulas que puedan consignarse. Sin embargo, estas enunciaciones facultativas —cuya validez emana del art. 1197 del C. Civil— se admiten con tal que no afecten la índole misma del documento desnaturalizando sus fines o destruyendo algunos de sus elementos esenciales [41]. Pues bien, el problema a resolver reside en determinar si la cláusula penal cuyo objeto es una suma determinada de dinero ataca o no esa estructura.

Las soluciones doctrinales expuestas son las siguientes:

1) Una teoría extrema sostuvo que la cláusula penal anula la letra. No ha tenido adhesión posterior [42].

2) Otro sector se adhiere a la solución mejicana; es decir, la letra o pagaré es válido, pero la cláusula penal debe tenerse por no escrita. Sus fundamentos son los siguientes:

*a*) El carácter condicional de la cláusula penal infrin-

[41] Juan Carlos Rébora, *Letras de cambio*, 3ª ed., Víctor Allard, París, 1928, nº 74. Recientemente se ha negado validez a una cláusula de estabilización: "El título que contiene la cláusula reajustable al momento de pago de acuerdo con el índice de precios al por mayor-nivel general del mes anterior a la fecha de pago con relación al mes de emisión", desvirtúa lo establecido en el inc. 2 del art. 101 del decr.-ley 5965 (fallo de 1ª instancia, firme, 7/6/77, "Vezzaro c. Vezzaro, F., y otro", "E.D.", 78-502, fallo 30.843). En cambio, el decreto-ley 455/74 de la República de Chile expresamente admite las cláusulas de reajuste insertas en pagarés y en letras de cambio.

[42] Ver antecedentes en Oscar Zaefferer Silva, *Letra de cambio*, t. I, Ediar, Bs. As., 1952, nº 135, en especial nota 176.

ge uno de los rasgos tipos de los títulos circulatorios que contienen siempre "la promesa *incondicionada*" de pagar una suma determinada de dinero [43].

El argumento no nos parece decisivo: la inserción de una cláusula penal no le da carácter condicional a la obligación. Hemos explicado oportunamente las profundas diferencias existentes entre obligaciones con cláusula penal y condicionales [44].

*b*) En atención a que no se conoce el monto a pagar (porque se desconoce cuánto tiempo permanecerá el deudor en estado de mora), existe una indeterminación de la cantidad que afecta la circulación del título-valor [45]. Su cálculo motiva una pérdida de tiempo incompatible con la celeridad circulatoria de los títulos-valores [46].

Las razones tampoco son definitivas. Hace varios años decía Zaefferer Silva: "¿En qué se modifica la letra de cambio en sus rasgos fundamentales o esenciales con una estipulación de este género? La cláusula penal comienza a funcionar sólo *después* que el proceso cambiario ha terminado, y la única alteración que trae es que la suma a pagar y sobre la cual hay derecho de reclamo regresivo es mayor que la suma que se percibe cuando el aceptante o cualquiera de los otros obligados hace honor a su firma. No encontramos que el régimen cambiario sufra alteración tan sensible con esto, al extremo que merezca la cláusula ser considerada como no escrita" [47].

[43] Héctor Cámara, *Letra de cambio y vale o pagaré*, t. I, Ediar, Bs. As., 1970, p. 428; Luis Muñoz, *Títulos-valores crediticios*, 2ª ed., Tea, Bs. As., 1973, nº 91, p. 280; Cesare Vivante, *Traité de droit commercial*, t. III, nos. 1102 y 1066; Ercole Vidari, *Corso di diritto commerciale*, 4ª ed., Hoepli, Milano, t. VII, 1897, nº 6531.

[44] Ver § 227.

[45] Cámara, ob. cit., t. I, p. 428.

[46] Utilizan este criterio para el pacto de intereses David Supino y Jorge De Semo, *De la letra de cambio, del pagaré cambiario y del cheque*, vol. I, en la obra de Bolaffio, Rocco y Vivante, *Derecho comercial*, t. 8, Ediar, Bs. As., 1950, nº 121.

[47] Zaefferer Silva, ob. cit., t. I, nº 135. La jurisprudencia brasileña

Destacamos, finalmente, que dentro de esta posición negatoria se advierten dos tendencias: para unos, la cláusula penal tiene eficacia extracartular; es decir, como el pacto no es contrario al orden público, tiene efectos civiles [48]; para otros, en cambio, la cláusula debe tenerse "por no escrita" y, en consecuencia, carece de todo valor (ya sea cartular o civil) [49].

*c*) Una posición doctrinal —que estimamos minoritaria y a la cual nos adherimos— sostiene la validez de la cláusula penal fijada en una suma cierta de dinero. A las argumentaciones vertidas previamente, se agrega la de la aplicación de normas análogas. El art. 5 del decr.-ley 5965/63 dispone: "En una letra de cambio pagable a la vista o a cierto tiempo vista, puede el librador disponer que la suma produzca intereses. En cualquier otra letra de cambio, la promesa de intereses se considera no escrita. La tasa de intereses deberá indicarse en la misma letra; si no lo estuviese, la cláusula se considerará no escrita".

No se requiere un estudio demasiado concienzudo para darse cuenta de que el artículo prevé el supuesto de intereses lucrativos. Esta aseveración deriva de los propios antecedentes del artículo trascrito. Se discute en el derecho comparado la validez de la cláusula de intereses; mientras el derecho angloamericano la autoriza sin traba alguna, otros países la rechazan expresamente; en nuestro país prevaleció la solución transaccional que avaló la convención de Ginebra siguiendo la tendencia predominante en la Conferencia de La Haya: se permite la cláusula de intereses en las letras a la vista o a cierto tiempo vista, argumentándose que en ellas no es posible fijar anticipadamente su monto, por lo que no puede incluírselos dentro del capital a pagar. En cambio, en la cambial "a un día fijo" o "a determinado tiem-

—al parecer— admite la estipulación en los títulos de crédito. Ver referencias en Mucio Continentino, ob. cit., p. 148.

[48] Cámara, ob. cit., t. I, p. 428; Vivante, ob. cit., t. III, nº 1066.

[49] Supino-De Semo, ob. cit., vol. I, nº 121.

po de la fecha" los intereses —fácilmente calculables— deben ser incluídos en el capital para no entorpecer la circulación [50]. Evidentemente, estos argumentos están referidos a los intereses lucrativos, porque los moratorios no son calculables de antemano en ningún tipo de letra o pagaré.

Pues bien, si se admite la estipulación de intereses lucrativos, que requiere una operación aritmética diaria y sucesiva, ¿qué razón existe para no admitir la cláusula penal que representa una suma fija que se agrega al capital *después* que se ha operado la mora, sin entorpecer por ello la circulación? [51].

En uno de los pocos casos en que el tema fue motivo de resolución judicial, se adhirió a esta posición: "Con relación a la inclusión en la letra de una cláusula penal para el caso de incumplimiento, cabe decir que en nada afecta la habilidad del título, si éste posee, como en el *sub lite*, todos los requisitos esenciales de tal. La suma estipulada en autos resulta perfectamente liquidable y precisa la fecha en que comienza a correr, de tal modo que en nada se afecta la necesaria determinación y certeza de la suma a pagar. La admisibilidad de tal cláusula resulta más evidente en el caso de autos si se tiene presente que aquí ella entra en sustitución de los intereses, como lo demuestra el hecho de que éstos no se solicitaron en la demanda" [52].

*d*) La acción ejecutiva: queremos dejar aclarado que no existen impedimentos legales ni prácticos para reclamar la cláusula penal pactada mediante la acción concedida por

[50] Los antecedentes en el derecho argentino pueden compulsarse en Zavala Rodríguez, *Código de Comercio y leyes complementarias comentados y concordados*, t. IV, Depalma, Bs. As., 1965, nº 145; en Cámara, ob. cit., t. I, ps. 421 y concs., y en Hugo Alberto Relva, su ponencia al XIII Congreso de Abogados de Bancos de Provincia de la República Argentina, en "Revista Jurídica Banco de la Nación Argentina", 1978, nº 42, p. 40.

[51] Conf.: "J.A.", 75-485; Zaefferer Silva, ob. cit., *Letra de cambio*, t. I, p. 93, nº 72, y p. 162, nº 135. Conf.: Hugo Alberto Relva, ob. cit., p. 41.

[52] Cám. Com. Cap., Sala C, 19/4/61, "El Khazen, Haikel, c. Merrin y Cía. S.R.L.", en "J.A.", 1966-II-289. Como se advierte, se trata de un caso resuelto conforme a las normas del Código de Comercio.

el art. 60 del decr.-ley 5965/63. El art. 52 de ese cuerpo legal admite que puedan reclamarse los intereses al tipo fijado en el título a partir del vencimiento. Insistimos en la notable analogía existente entre los intereses moratorios y las cláusulas penales moratorias determinadas en cantidades líquidas de dinero. Se carece de una norma expresa que resuelva el problema, pero no dudamos en aplicar la norma análoga (arts. 16 del C. Civil y 1 del C. de Comercio).

§ 304. LA CLÁUSULA PENAL EN LA LEY DE SOCIEDADES.

Hemos omitido pronunciarnos en materia de sociedades civiles en razón de que no presentan peculiaridades. Por lo demás, la amplitud de la ley 19.550 permite comprender un gran espectro de situaciones societarias.

§ 305. *Principios generales.* — No existe ningún inconveniente legal en pactar cláusulas penales en los contratos de sociedad. Tal facultad aparece implícitamente otorgada por el art. 11 de la ley 19.550, cuando establece que el instrumento de constitución debe contener las cláusulas necesarias para que puedan establecerse con precisión los derechos y obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros (inc. 8), como también las cláusulas atinentes al funcionamiento, disolución y liquidación de la sociedad (inc. 9). Ningún obstáculo existe en que dichas obligaciones aparezcan aseguradas mediante cláusulas penales.

§ 306. *Las cláusulas accesorias a la obligación de integrar los aportes.* — Normalmente todos los estatutos establecen sanciones pecuniarias para el socio moroso en la integración de los aportes. En la mayoría de ellos, y siguiendo las pautas previstas en los arts. 37 y 193 de la Ley de Sociedades, se establece la caducidad de los derechos con la pérdida de las sumas abonadas. La jurisprudencia y la doctrina afirman que en este caso se está en presencia de

una cláusula penal. En tal sentido ya hemos analizado un viejo fallo de la Cám. Com. de la Capital (ver § 145). Con igual criterio ha dicho la Cám. Federal de Mendoza: "La cláusula del estatuto del banco fallido por la cual el suscritor de acciones que no paga tres cuotas pierde derecho a todo lo pagado, anulándose los certificados nominales, tiene el valor de una cláusula penal de las previstas en el art. 333 del C. de Comercio, de modo que el liquidador puede exigir al accionista moroso la integración de las acciones sin que éste se halle facultado para desistir del contrato mediante la pérdida de lo abonado" [53]. Halperin, por su parte, dice: "Según el art. 193, L.S., los estatutos pueden establecer cláusulas penales para el supuesto de incumplimiento de las obligaciones del accionista" [54].

Por nuestra parte, queremos insistir en la necesidad de distinguir entre el derecho a *resolver* previsto por los arts. 193 y 37, que hacen perder la calidad de socio [55], y la facultad de la sociedad de *retener* o *hacer suyas* las sumas pagadas, lo que sí constituye una cláusula penal. Ambos efectos tienen como única causa *el incumplimiento* o *la mora en la obligación de integrar*, pero son distintos. Tanto es así que siempre que no importe una disminución prohibida de capital, la sociedad podría renunciar a la cláusula penal. Por ello, no es que el accionista no tenga derecho a liberarse mediante la cláusula penal (art. 658), como se ha dicho en el fallo trascrito, sino que como deudor incumpliente no tiene derecho a resolver.

[53] Cám. Fed. Mendoza, 7/5/40, "J.A.", 70-721, citado por Rubén Segal y otros, *Ley de sociedades. Análisis jurídico contable*, Fedye, Bs. As., 1973, p. 450.

[54] Isaac Halperin, *Sociedades anónimas*, Depalma, Bs. As., 1974, p. 337.

[55] Conf.: Enrique Zaldívar y otros, *Cuadernos de derecho societario*, t. II, Perrot, Bs. As., 1975, p. 153; Segal, ob. cit., ps. 158 y 449; ambos afirman que estos artículos no son sino aplicación de lo dispuesto por el art. 216 del Código de Comercio.

Dispone también el art. 193 de la L.S. que el estatuto podrá prever que los derechos de suscripción relativos a las acciones en mora sean vendidos en remate público o por medio de un agente de bolsa si se tratare de acciones cotizables. Recuerda acertadamente Halperin que en este supuesto, si del precio de venta quedara un sobrante, una vez pagados "la acción, los intereses y los gastos, ese remanente pertenece al ex accionista, salvo que por sus estatutos o por el contrato de suscripción se dispusiera lo contrario, supuesto en que la cláusula funcionaría como penal" [56].

§ 307. *Las indemnizaciones tarifadas en favor del accionista perjudicado por la privación del derecho de suscripción preferente.* — Dispone el art. 195 de la Ley de Sociedades: "El accionista a quien la sociedad prive del derecho de suscripción preferente, puede exigir judicialmente que ésta cancele las suscripciones que le hubieren correspondido. Resarcimiento: Si por tratarse de acciones entregadas no puede procederse a la cancelación prevista, el accionista perjudicado tendrá derecho a que la sociedad y los directores solidariamente le indemnicen los daños causados. La indemnización en ningún caso será inferior al triple del valor nominal de las acciones que hubiera podido suscribir conforme al art. 194".

La ley ha establecido una indemnización tarifada para aquellos supuestos en que se lesione el derecho de suscripción preferente y no sea posible la cancelación de las suscripciones por estar las acciones en manos de terceros.

Ha sostenido Halperin [57] que este monto mínimo funciona como una *pena* y como supletorio del defecto o la omisión de la prueba de los perjuicios efectivamente sufridos.

[56] Isaac Halperin, ob. cit., p. 339.

[57] Isaac Halperin, *Criterios generales de la reforma de las sociedades comerciales. Ley 19.550,* en "R.D.C.O.", 1972, p. 638.

Coincidimos con el insigne comercialista en que se trata de una *pena* o *sanción civil.* Pero ella no se identifica con una cláusula penal. Se asemejan en cuanto el deudor (la sociedad y los directores) no podrán liberarse acreditando que el acreedor (el accionista) no ha sufrido daños (art. 656 del C. Civil). La ley presume *iuris et de iure* que el daño se ha producido. Incluso, como afirma Fargosi, "esta indemnización tarifada no soluciona el problema, porque evidentemente la lesión de un derecho casi político que se provocaría con la pérdida de las acciones, no va a ser reemplazada con una indemnización monetaria" [58].

Sin embargo, esta sanción tasada por la ley en razón de las dificultades probatorias que se producirían en una acción de daños y perjuicios, no pone topes a las pretensiones del acreedor-accionista, quien siempre tendrá la posibilidad de acreditar los mayores daños. Es inaplicable, en consecuencia, lo dispuesto por el art. 655, última parte, del C. Civil. También consideramos inaplicable la posibilidad judicial de reducir el monto legal, pues no puede presumirse actitud abusiva en el legislador.

§ 308. *Las cláusulas penales en las sociedades irregulares.* — La ley 19.550 ha reglado el difícil problema que presentan las sociedades irregulares. El art. 22 dispone que "cualquiera de los socios puede exigir su *disolución*". De esta manera ha zanjado la gran discusión doctrinal existente antes de la sanción acerca de si la acción concedida al socio era de nulidad o disolución. Ninguna duda cabe de que es esto último. Por otro lado, la última parte del artículo dispone que "la liquidación se rige por las normas *del contrato* y de esta ley". Es decir, que al menos para proceder a su liquidación, el contrato de

[58] Horacio Fargosi, *Nuevas cuestiones de derecho comercial*, ed. Cangallo, Bs. As., 1971, p. 67.

sociedad es *válido* para determinar bajo qué pautas ésta se hará. Por otra parte, el segundo párrafo del art. 23 dispone que "la sociedad ni los socios podrán invocar respecto de cualquier tercero *ni entre sí, derechos* o defensas nacidos del contrato social...".

De conformidad con estas disposiciones legales, ¿qué valor tienen las cláusulas penales que acceden a los contratos que dieron origen a sociedades irregulares?

Creemos que es indispensable realizar algunas disquisiciones. La ley no contiene ninguna norma que declare nulas las cláusulas por las cuales los socios se obligan a no pedir la disolución de la sociedad. Pero la consideramos implícita en el disfavor con que el ordenamiento trata a este tipo de sociedades y en la clara expresión que contiene la primera frase del art. 22 ("cualquiera de los socios puede pedir su disolución")[58 bis]. En consecuencia, toda cláusula penal que tienda a restringir este derecho legalmente conferido se presenta —*prima facie*— como nula en virtud del principio de accesoriedad. Nuestra jurisprudencia tiene reiteradamente expuesto que el socio que tiene derecho a pedir la disolución no debe responder por los perjuicios que esta disolución produzca a los demás socios[59]. Si ello es así, en principio, toda conven-

[58 bis] Recordamos que un importante sector de la doctrina nacional interpreta que el art. 22 alcanza al vínculo del socio que intenta retirarse, restando a los demás socios la posibilidad de mantener existente la sociedad, separando al socio y satisfaciendo su parte a valor real, liquidando su participación y desinteresándolo sin liquidar la sociedad. Sobre el punto, ver: Héctor Cámara, José I. Romero y Efraín H. Richard, su ponencia al Primer Congreso de Derecho Societario (17/20 de agosto de 1977), "Limitaciones al derecho individual de requerir la disolución de sociedad irregular o de hecho", Depalma, 1979, t. I, p. 593; en igual sentido, compulsar la ponencia que al mismo congreso presentaron Héctor Alegría y Aníbal Reyes Oribe, "Admisibilidad legal de la rescisión parcial en las sociedades irregulares, en caso de acuerdo unánime", ob. cit., t. I, ps. 569 y ss.

[59] Nota de redacción: *Disolución y liquidación de la sociedad irregular*, en "L.L.", 76-347 (punto II); Erwin Rosenbusch, *La disolución y la liquidación de sociedades de hecho a través de la jurisprudencia*, "J.A.", 1943-I-456; ver también jurisprudencia citada por Héctor Cámara, *Disolución y liqui-*

ción que indirectamente signifique coartar el derecho a la disolución concedido por la ley debe ser nula en función del disfavor con que se mira a las sociedades irregulares. La Sala B de la Cám. Nac. Com. —con erudito voto del Dr. Atilio Alterini—, sin embargo, se pronunció sobre la validez de una cláusula penal inserta en un contrato de sociedades irregular en el cual se había estipulado una pena para el caso de que uno de los socios ejerciese el derecho de reclamar la disolución sin motivo razonable [60]. Se dijo que se estaba en presencia de una cláusula penal impropia o falsa cláusula, que, como hemos explicado, es aquella que tiene lugar cuando alguien, sin obligarse a una prestación principal, promete pagar una suma de dinero en caso de no cumplir espontáneamente esa prestación (ver § 46). Por nuestra parte, hemos afirmado que el carácter accesorio es esencial en la formulación moderna de la cláusula penal; en consecuencia, si es nula la obligación de *no reclamar* la disolución, también lo es la de pagar determinada prestación para el supuesto de solicitarla [61].

En la jurisprudencia francesa se debió resolver un supuesto distinto: un contrato de sociedad fue declarado nulo por ausencia de las publicaciones legales; como consecuencia de dicha nulidad se declaró la ineficacia de la cláusula penal pactada en ese mismo contrato que sancionaba mediante el pago de una suma de dinero al socio

---

*dación de sociedades mercantiles*, Tea, Bs. As., 1957, ps. 284 y ss. En contra, Emilio Radresa, *Sociedades irregulares*, Depalma, Bs. As., 1977, p. 83, nº 54, quien considera que el socio responde de los daños y perjuicios producidos por la disolución cuando su actitud es maliciosa.

[60] Cám. Nac. Com., Sala B, 14/12/76, "Carusso c. Canavesi", "L.L.", 1977-C-262.

[61] Conf.: Nicolás Halperin, *Cláusula penal anexa a la disolución de sociedad irregular por voluntad de uno de los socios*, nota al fallo citado en nota anterior, "L.L.", 1977-C-262; Jorge Oscar Folloni, voz *Sociedades irregulares y de hecho*, en *Enciclopedia jurídica Omeba*, Apéndice, t. III, Driskill S.A., Bs. As., 1978, p. 829; Mario Piantoni, *Sociedades de hecho e irregularmente constituídas civiles y comerciales*, Lerner, Bs. As., 1979, p. 110.

que quería retirarse de la sociedad antes del tiempo convenido [62]. En ese caso se trataba de una sociedad calificada como *"nula"*. En cambio, en el resuelto por la jurisprudencia nacional, la sociedad en sí misma es válida, aunque rescindible, en virtud de que cualquiera de los socios puede pedir su disolución. La que es inválida es la prohibición a pedir tal disolución.

De allí que las otras cláusulas penales pactadas para la etapa de liquidación (por ej., se nombra un socio liquidador y se estipula un plazo máximo dentro del cual éste debe proceder a las operaciones bajo sanción de una pena por cada día de retraso) sean en sí mismas *válidas*; ello surge del ya citado art. 22, que remite, a los efectos de la liquidación, en primer lugar a las *reglas del contrato*.

§ 309. *Las sanciones previstas en el art. 302 de la ley 19.550.* — Dispone la Ley de Sociedades en la norma mencionada que la autoridad de control, en caso de violación de la ley, del estatuto o del reglamento puede aplicar sanciones de multas a la sociedad, sus directores y síndicos.

Tal como se explicará (ver § 347), las cláusulas penales difieren especialmente de las multas en que éstas carecen de propósitos indemnizatorios. Su finalidad es exclusivamente compulsoria.

§ 310. LAS CLÁUSULAS PENALES PACTADAS EN LOS ACTOS JURÍDICOS QUE FORMALIZAN GARANTÍAS PRENDARIAS SOMETIDAS AL RÉGIMEN DE LA LEY 12.962.

§ 311. *Posibilidades de su concertación.* — El art. 11 de la ley 12.962 menciona entre las especificaciones esenciales que debe contener el contrato prendario la cuantía del crédito y tasa del interés, tiempo, lugar y manera de

[62] Peirano Facio, ob. cit., nº 91, p. 184.

pagarlos. No se refiere a otras estipulaciones accesorias, como podrían ser las cláusulas penales. No obstante ello, pareciera que ningún obstáculo legal se encuentra para que se estipulen sanciones por el incumplimiento. Su introducción de ninguna manera tornaría inválido el contrato de prenda.

§ 312. *Extensión del privilegio.* — Cuando las cláusulas penales moratorias se han pactado en forma de intereses punitorios, no hay duda alguna sobre la solución que corresponde: estos intereses están amparados —sin limitación temporal alguna— por la preferencia en el cobro (art. 3 de la ley 12.962). En tal sentido se ha dicho: "La prenda con registro garantiza prestaciones de segundo grado —además de la obligación principal—, como son los intereses" [63]. Mucho se ha criticado esta falta de limitación temporal (que sí existe en la hipoteca, art. 3936 del C. Civil)[64], no obstante lo cual debe interpretarse que *de lege lata* todos los intereses devengados con anterioridad a la ejecución están amparados por el privilegio, sin otro límite que el quinquenal de la prescripción prevista en el art. 4027, inc. 3, del C. Civil.

Pero, si la cláusula penal no ha sido pactada en la forma de tasa proporcional a capital-tiempo, consideramos que no está protegida por el privilegio en razón del carácter restrictivo que impera en el régimen interpretativo de ellos. Insistimos en que el art. 3 de la ley sólo menciona el capital, los intereses y los gastos, careciendo de una disposición similar al 3111 del C. Civil, en la cual pueda incluírse a las penas convencionalmente establecidas.

Con relación a las penas compensatorias, debe tomarse conciencia de la siguiente situación: la prenda con re-

[63] S. T. Jujuy, Sala I, 31/7/68, "Norte S.A. c. Storni", "E.D.", 33-306.

[64] Ver: Héctor Cámara, *Prenda con registro o hipoteca inmobiliaria*, Ediar, Bs. As., 1961, nº 71.

gistro puede garantir obligaciones que no tienen por objeto dar sumas de dinero, como serían las de dar cosas ciertas, de hacer, no hacer, etc. El único requisito impuesto es que las partes le atribuyan —a los efectos de la garantía prendaria— un valor consistente en una suma de dinero (art. 1, ley 12.962, y modificación introducida por ley 21.309). De hecho puede ocurrir, entonces, que habiéndose pactado una obligación no dineraria con una cláusula penal pecuniaria para el supuesto de incumplimiento, las partes hayan suscrito un contrato de prenda en el cual aparezca como obligación garantida, justamente la suma de dinero prevista como penal compensatoria. También puede ocurrir que se asegure el cumplimiento de la prestación no dineraria atribuyéndole un valor pecuniario mucho más significativo que el real, a la manera de una cláusula penal (ver lo expuesto sobre hipotecas, § 279).

§ 313. *Pautas para la reducción.* — Cuando la prenda con registro accede a contratos de mutuo, deberán tenerse en cuenta las pautas expuestas en los § 83 y 273 para su reducción.

§ 314. LA CLÁUSULA PENAL EN LA LEY DE NAVEGACIÓN 20.094.

La Ley de Navegación ha regulado detalladamente varios tipos de contratos propios de esta rama del derecho mercantil: el de construcción de buques, locación de buques, fletamentos, trasporte de cosas, de personas, contrato de remolque, etc.

§ 315. *La posibilidad de pactar cláusulas penales.* — Puede afirmarse que todos admiten la estipulación de cláusulas penales como accesorios de las obligaciones que de ellos derivan. La regla aparece con toda claridad en algu-

nas convenciones. Por ej., en el contrato de construcción de buques, la ley se remite en lo no reglado a la locación de obra del derecho común (art. 148, ley 20.094), convención que admite —como se ha visto, § 259 y ss.— la figura en estudio. Sólo cabe resaltar que en su admisión el intérprete debe ser cauteloso a fin de no violar las reglas sobre mínimos indemnizatorios previstos por la propia ley. Oportunamente (ver § 231) hemos distinguido la cláusula penal de las limitativas de responsabilidad, pero también advertimos que en algunas circunstancias la cláusula penal juega, de hecho, como una estipulación limitativa de responsabilidad, en tanto y en cuanto el acreedor no puede reclamar mayores daños. Pues bien, debe afirmarse que en todos aquellos supuestos en que la Ley de Navegación ha determinado indemnizaciones mínimas, las cláusulas penales serán válidas siempre que no sean un medio de violar la prohibición legal de pactar indemnizaciones por debajo de las tarifadas. Así, por ej., debe tenerse por no escrita una cláusula penal que determine una indemnización menor a las previstas en los arts. 175 (responsabilidad limitada del armador), 278 (del trasportador de cosas), 331, 337 (del trasportador de personas), etc. La regla que damos está consagrada en el art. 339, que dispone la nulidad de toda estipulación que establezca un límite *inferior* a los fijados por la ley.

§ 316. *Especial referencia a la limitación de responsabilidad del armador.* — Dispone el art. 175 de la Ley de Navegación que el armador puede limitar su responsabilidad al valor que tenga el buque más el de los fletes brutos, el de los pasajes percibidos o a percibir y el de los créditos que hubiesen nacido durante el viaje que motivó la responsabilidad. El armador puede optar entre esta limitación o en poner el buque a disposición de los acreedores, solicitando la apertura de un juicio de *limitación.*

Las diferencias con la cláusula penal aparecen nítidamente:

*a*) Los acreedores no tienen en su favor una presunción de daño; al contrario, el juicio donde reclaman sus créditos se rige por el derecho común.

*b*) Esta limitación aparece como un acto unilateral del deudor y *posterior* a la producción del hecho dañoso. Las cláusulas penales, en cambio, requieren el acuerdo de partes y son *previas* a la producción del daño.

*c*) No existe en este caso ninguna finalidad compulsiva. Al contrario, se trata de actos que tienden exclusivamente a la delimitación de la responsabilidad.

§ 317. *La indemnización tarifada del locador del buque.* — Siguiendo similar definición del arrendamiento común, el art. 219 de la Ley de Navegación conceptúa a la locación del buque como el contrato por el cual una parte se obliga, mediante el pago de un precio, a conceder a la otra el uso o goce de un buque por un tiempo determinado, trasfiriéndole la tenencia. Por su parte, el art. 225 dispone que el locatario debe restituír el buque a la expiración del término de la locación, y que salvo estipulación expresa de las partes no se admite tácita reconducción; finaliza diciendo que "la restitución no puede demorarse un tiempo mayor de la décima parte del término del contrato durante el cual el locador tiene derecho a percibir únicamente el doble del precio estipulado".

La situación prevista en la norma tiene grandes similitudes con una cláusula penal, sólo que su origen es legal, y no contractual. En efecto, si el locatario no restituye el buque, durante un tiempo que no puede extenderse más allá de la décima parte del término del contrato, estará obligado a pagar *el doble* del canon. Es decir, que en ambos casos:

*a*) El locatario no puede desobligarse sosteniendo que el locador no ha sufrido otro daño que no sea el canon o

arrendamiento previsto originariamente. Debe el alquiler duplicado.

*b*) El locador o acreedor no puede reclamar mayores daños, sino que únicamente tiene derecho (durante ese período) al alquiler duplicado.

*c*) Aparecen claramente las finalidades compulsorias e indemnizatorias.

Sin embargo, ambas situaciones no son idénticas. En efecto, no es aplicable el sistema de reducción de las penas previstas en art. 656, 2ª parte, pues no es dable admitir la ilicitud de un tope fijado por el propio legislador.

§ 318. LA CLÁUSULA PENAL ANTE EL DERECHO AERONÁUTICO. BREVES NOCIONES.

El derecho aeronáutico —que pugna por su autonomía didáctica y científica— prevé una serie de contratos donde también es posible la estipulación de cláusulas penales.

§ 319. *El contrato de construcción de aeronaves.* — Es ampliamente discutida la naturaleza jurídica de este contrato. Para algunos se trata de una compraventa, mientras que otros se inclinan por la aplicación de las normas relativas a la locación de obras [65]. Pero cualquiera que sea su caracterización, nada impide que se pacten penas asegurativas del cumplimiento de las obligaciones emergentes. Recuerda Videla Escalada que conjugan en la construcción de aeronaves aspectos públicos y privados. Los primeros están representados por la intervención del Estado, ampliamente justificada, relativas al control de idoneidad del constructor, a la inspección de los trabajos y habilitación de la aeronave, etc. En cuanto a los aspectos privados, rige el principio de la autonomía de la voluntad,

[65] Ver: Federico Videla Escalada, *Derecho aeronáutico*, t. III, Zavalía, Bs. As., 1973, p. 45.

con las mismas limitaciones que en los contratos típicamente de derecho privado. En consecuencia, no existen obstáculos legales para las cláusulas penales.

§ 320. *Los contratos de utilización de aeronaves.* — Los diversos tipos de contratos de utilización de aeronaves (locación, fletamento, intercambio de aeronaves) también admiten la estipulación en estudio. En efecto, se trata de contratos en los cuales las "modalidades dependen, en cada especie, de la voluntad de las partes" [66]. Pues bien, la cláusula penal es una convención accesoria dispuesta por el arbitrio de las partes.

§ 321. *El contrato de trasporte.* — A diferencia de lo que ocurre en los contratos de utilización, en el trasporte el objeto-fin es el "traslado", y no "la aeronave". Además, cabe recordar que la gran mayoría de los contratos de trasporte aéreo se forman por adhesión; por lo pronto, todos los formalizados en el ámbito internacional por las empresas agrupadas en la IATA, se ajustan a las condiciones generales elaboradas por ésta; e incluso, esas mismas empresas, en el orden interno, aplican las mismas cláusulas que someten a la adhesión de los usuarios. Por eso, en general, las únicas cláusulas penales admisibles serían aquellas que se ajustaran a las condiciones generales elaboradas por la IATA.

Debe recordarse, sin embargo, que aunque en supuestos escasos y particulares, existen trasportes *no* regulares, en que los usuarios determinan junto al trasportista las cláusulas específicas de su contratación [67]. En estos casos

[66] Mario O. Folchi y Eduardo T. Cosentino, *Derecho aeronáutico y trasporte aéreo*, Astrea, Bs. As., 1977, p. 43.

[67] Ésta es la razón por la cual Videla Escalada considera que el carácter "adhesivo" no es esencial al contrato de trasporte aéreo, aunque reconoce que se da en la mayoría de los supuestos (ob. cit., t. III, ps. 343 y 344).

—cuantitativamente excepcionales— son admisibles cláusulas penales accesorias de las obligaciones principales emergentes del contrato. En nuestro criterio, no habría impedimentos en pactar cláusulas penales para asegurar el cumplimiento de la obligación de expedir y entregar el billete, de pagar el precio, etc.

Pero, al igual que en materia de trasporte marítimo, cabe recordar que toda vez que el Código Aeronáutico (ley 17.285) establece indemnizaciones mínimas, las cláusulas penales serán válidas siempre y cuando no sean un medio de violar la prohibición de la ley de pactar indemnizaciones por debajo de las tarifadas. En tal sentido dispone el art. 146: "Toda cláusula que tienda a eximir al trasportador de su responsabilidad o a fijar un límite inferior al establecido en este capítulo es nula; pero la nulidad de tales cláusulas no entraña la del contrato. En cambio, podrá ser fijado un límite mayor mediante pacto expreso entre el trasportador y el pasajero".

## Capítulo III

# LA CLÁUSULA PENAL EN EL DERECHO CONCURSAL

### § 322. El incumplimiento de una cláusula penal como hecho revelador de la cesación de pagos.

No es la oportunidad para conceptualizar a la cesación de pagos, tema sobre el que tanto se ha escrito en el derecho nacional y comparado, sino que nos limitaremos a señalar si el incumplimiento de la cláusula penal es o no un hecho revelador, un síntoma de tal cesación.

Recordemos que la ley 19.551 ha enunciado en el art. 86 una serie de hechos que pueden ser considerados como reveladores del estado de cesación de pagos. Atento a la terminología legal, la doctrina nacional unánimemente destaca que la enunciación es simplemente *ejemplificativa* [1]. En esta enunciación figura la "mora en el cumplimiento de una obligación". Siendo la cláusula penal una obligación, es evidente que su incumplimiento puede ser valorado como hecho revelador del estado de cesación de pagos. Por ej., un vendedor se obliga a entregar una cosa

[1] A vía de ejemplo, compulsar: Santiago C. Fassi, *Concursos comerciales y civiles*, 2ª ed., Astrea, Bs. As., 1977, nº 319; Saúl Argeri, *La quiebra y demás procesos concursales*, Ed. Platense, La Plata, 1972, t. 2, p. 49; García Martínez y Fernández Madrid, *Concursos y quiebras*, t. I, ed. Contabilidad Moderna, Bs. As., 1976, p. 651; Mario A. Bonfanti y José A. Garrone, *Concursos y quiebra*, Perrot, Bs. As., 1973, 347.

cierta en un tiempo determinado, bajo sanción de una pena por cada día de retardo en la entrega. Efectuada la entrega y dejado a salvo su derecho por parte del acreedor a percibir la multa diaria, la falta de cumplimiento en el pago de dichas sumas de dinero puede ser estimada como hecho revelador de la cesación de pagos.

Debe recordarse, sin embargo, que las cláusulas penales admiten como objeto obligaciones de hacer y no hacer. El incumplimiento de tales obligaciones, en cambio, no puede ser tenido como hecho revelador. En tal sentido dice acertadamente Fernández: "No se concibe que la no prestación de un servicio personal convenido o la ejecución de un acto en violación de lo pactado pueda revelar el desequilibrio económico del deudor y originar la apertura de un procedimiento colectivo de liquidación; ello sólo podría ocurrir cuando la obligación de hacer se hubiera trasformado en una de dar dinero en virtud de una condena a pagar determinada suma en concepto de indemnización" [2].

### § 323. LA NECESIDAD DE DEPOSITAR LAS CLÁUSULAS PENALES PARA LA PROCEDENCIA DEL LEVANTAMIENTO SIN TRÁMITE.

La ley 19.551, siguiendo la jurisprudencia dominante antes de su sanción, estableció en el art. 100: "el juez puede revocar la declaración de quiebra sin sustanciar el incidente si el recurso de reposición se interpone por el fallido con depósito en pago o a embargo del importe de los créditos con cuyo incumplimiento se acreditó la cesación de pagos y *sus accesorios*".

Es decir que el deudor, *declarada la quiebra,* puede acreditar que *no se halla en estado de cesación de pagos.*

[2] Raymundo L. Fernández, *Tratado teórico-práctico de la quiebra. Fundamentos de la quiebra,* Bs. As., 1957, nº 215.

Esta demostración sólo es factible mediante el depósito *por el deudor*, en pago o en embargo de todo lo debido, y no sólo del capital. Por eso, ante la expresa disposición legal, el deudor que pretenda el "sobreseimiento" de la quiebra [3] deberá depositar *también* las *cláusulas penales* accesorias del crédito con cuyo incumplimiento se acreditó la cesación de pagos y las que accedan a los restantes créditos invocados en pedidos de quiebra en trámite a la fecha de la declaración (art. 100, 2º párrafo).

Puede ocurrir que la cláusula penal no sea fácilmente liquidable. En este supuesto consideramos que corresponde que el tribunal efectúe una estimación e intime al deudor a su pago [4].

### § 324. EL DEPÓSITO EN PAGO O EN CALIDAD DE EMBARGO "ANTES" DE LA DECLARACIÓN DE LA QUIEBRA.

Los principios expuestos en el párrafo precedente son aplicables si el deudor deposita *antes* de la declaración de la quiebra. En tal sentido se ha resuelto que "solicitada la quiebra por acreedor legítimo que establece dicha calidad en base a un pagaré protestado, no procede dar por terminado el juicio en base al depósito a embargo del *capital* prescindiendo de la integración de una suma razonable para atender a intereses y costas, dado que la evidencia de inexistencia de cesación de pagos invocada por la deudora al ser emplazada, ha de ser integral y completa, atento a la índole del documento invocado, precisamente como indicio del referido estado de impotencia patrimonial, debiendo practicarse la intimación pertinente a efectos de que se verifique el depósito debido" [5].

[3] Esta terminología es utilizada por Fassi, ob. cit., nº 379, pese a que idéntica palabra usada por el art. 573 del C. Pr. Civ. y Com. de la Nación ha sido criticada por gran parte de la doctrina nacional.

[4] Conf.: Fassi, ob. cit., quien cita jurisprudencia conforme, nº 379.

[5] Cám. Nac. Com., Sala B, 2/10/70, "L.L.", 145-412, 28.193-S, citadc

En nuestro criterio, esta doctrina es perfectamente aplicable a las cláusulas penales, porque se dan los mismos fundamentos. En efecto, el no pagar la cláusula penal supone que no se ha desvirtuado el estado de cesación de pagos revelado por el incumplimiento.

§ 325. ALGUNAS SANCIONES CIVILES IMPUESTAS POR LA LEY DE CONCURSOS. SUS DIFERENCIAS CON LAS CLÁUSULAS PENALES.

Hemos dicho a lo largo de este trabajo que las cláusulas penales configuran una *especie* dentro de las sanciones civiles. La Ley de Concursos establece una serie de sanciones que no se identifican con las penas en estudio.

§ 326. 1) *La multa prevista para los acreedores que ejecutan en remate no judicial.* — Recordamos que algunas leyes facultan a ciertas instituciones (en general bancarias) para disponer de la subasta de los bienes de sus deudores sin sustanciación de los procesos judiciales. Para este supuesto, el art. 24 de la ley 19.551 dispone que los acreedores deben rendir cuentas en el concurso, acompañando los títulos de sus créditos y los comprobantes respectivos dentro de los veinte días de haberse realizado el remate, y sanciona el incumplimiento de esta carga con el "uno por ciento del monto del crédito por cada día de retardo, si ha mediado intimación judicial anterior" en favor del concurso.

La multa prevista, al igual que la cláusula penal, tiene finalidad compulsoria. Sin embargo, sus diferencias son notables:

*a*) La sanción prevista en el art. 24 no tiene función indemnizatoria.

---

por Morello y otros códigos procesales comentados y anotados, t. VIII, Platense-Perrot, Bs. As., 1978, p. 222.

*b*) Requiere —para su devengamiento— *interpelación judicial.* Las cláusulas penales, en cambio, se devengan de pleno derecho cuando acceden a obligaciones de plazo cierto (ver § 136).

*c*) El juez del concurso no está facultado para disminuír la sanción prevista en el art. 24. De ninguna manera sería aplicable el art. 656 del C. Civil, en razón de que no pueden invocarse los requisitos subjetivos requeridos por la norma (ver § 84).

§ 327. 2) *Las sanciones previstas a los cómplices del fallido.* — El art. 246 de la ley concursal dispone que el cómplice debe ser condenado:

"1) a perder cualquier derecho que tenga en el concurso; ...

"4) a pagar al concurso una suma igual a la que se intentó sustraer. La determinación de estas responsabilidades tramita por incidente y no excluye cualquier otra sanción civil o penal que corresponda".

También en este caso se trata de sanciones civiles que no se identifican con la especie "cláusula penal". Las razones de este aserto son reiterativas de las expuestas para otras instituciones análogas:

*a*) no tienen función indemnizatoria, sino simplemente conminatoria o compulsiva;

*b*) no limitan el derecho del acreedor, sino que la masa podría ejercer por medio del síndico las demás acciones que correspondieran, a fin de que el cómplice repare todos los daños realmente producidos.

§ 328. LA SUSPENSIÓN DEL CURSO DE LAS PENAS MORATORIAS ANTE LA PRESENTACIÓN EN CONCURSO PREVENTIVO O LA DECLARACIÓN DE LA QUIEBRA O CONCURSO CIVIL.

Producida la presentación del *concurso preventivo* se suspende el curso de los intereses moratorios. El art. 20 de

la ley 19.551 así lo dispone. Recordemos que la doctrina ha proporcionado innumerables argumentos a fin de dar respuesta lógica al imperativo legal. Se sostiene que la suspensión se funda en el principio del *ius parit conditio creditorum*; en evitar una mayor complicación en las operaciones de la quiebra; en la inexistencia de mora (por no darse el requisito de la imputabilidad); en la compensación o correlación con la pérdida de los frutos que el fallido experimenta por el desapoderamiento; en la circunstancia de que paralizándose totalmente la capacidad productiva del fallido, queda trabada toda posibilidad de obtener un aumento natural del activo [6].

Es a nuestros ojos evidente que cualquiera de las razones invocadas tiene amplia aplicación a las cláusulas penales; en consecuencia, corresponde interpretar extensivamente el art. 20 de la ley concursal, resolviendo que la presentación en concurso preventivo suspende el curso de las cláusulas penales moratorias: si el concursado no puede realizar actos que modifiquen la situación de los acreedores *anteriores* a la apertura (prohibiéndosele, en consecuencia, pagarles en violación de la regla del *ius parit*), el devengamiento de la pena moratoria queda sin causa legítima.

Los acreedores hipotecarios y prendarios tienen una situación especial. El art. 20 dispone que la presentación del concurso *no* produce la suspensión de los intereses que devenguen los créditos garantizados con prenda o hipoteca. A diferencia de lo dispuesto por el art. 133 (para

[6] Adviértase que la mayoría de estos argumentos son inaplicables al concurso preventivo. Por ello, no ha faltado quien invoque la inconstitucionalidad del art. 20. Con relación a las diversas fundamentaciones, ver Manuel Cuzzeri y Antonio Cicu, *De la quiebra*, trad. de Rodríguez Aimé y Sentís Melendo, Ediar, Bs. As., vol. I, 1954, nº 158. Propicia la inconstitucionalidad Raúl Horacio Lattanzio, *Procedencia del cómputo de intereses y reajustes en el concurso preventivo*, "L.L.", 1978-B-809. Por las razones dadas en el texto consideramos justificable la suspensión del curso de los intereses moratorios.

los casos de quiebra o concurso civil), siguen devengándose no sólo los intereses compensatorios, sino también los moratorios que acceden a créditos amparados por hipotecas y prendas con registro [7]. ¿Rige igual principio para las cláusulas penales? La situación de los créditos hipotecarios es medianamente clara: las penas estipuladas en sumas de dinero siguen devengándose no obstante la presentación en concurso, no sólo por la gran analogía que tienen con los intereses, sino porque estas estipulaciones están amparadas por el privilegio (ver § 62 y 280). En cambio, en materia de prenda con registro, las penas que no están estipuladas en forma de tasa proporcional a capital-tiempo, no están amparadas por la preferencia (ver § 62 y 312). Algunas precisiones son necesarias para completar el tema: no debe confundirse "suspensión del curso de los intereses" y "extensión de la prioridad" (es decir, que los intereses estén o no amparados por el privilegio). No obstante, debe advertirse que la ley ha puesto límites a la prosecución del curso de los intereses, pues éstos sólo pueden ser percibidos con el producido de la liquidación del bien gravado; si el monto obtenido en la subasta es insuficiente los intereses no se deben ni aun como quirografarios, por cuanto los demás bienes del deudor no deben quedar comprometidos en el pago de estos accesorios. Por eso, si estos intereses no están amparados con el privilegio, no se advierten las razones por las cuales ellos deban seguir corriendo como quirografarios concurriendo a prorrata con los demás acreedores comunes sólo sobre el remanente que eventualmente pudiera quedar del bien gravado con prenda con registro. La situación sería por demás *sui generis*: la cláusula penal seguiría corriendo no obstante la presentación del concurso, pero ella sólo podría ser percibida con los fondos obtenidos en la subasta del bien prendado concu-

[7] Conf.: Héctor Cámara, *El concurso preventivo*, vol. I, Depalma, Bs. As., 1978, p. 524.

rriendo a prorrata con el resto de los acreedores quirografarios. Por eso, en puridad lógica, lo que corresponde es ordenar la suspensión.

*Las quiebras* producen menores inconvenientes interpretativos. En efecto, el art. 133 de la Ley de Concursos dispone que la declaración de quiebra produce la suspensión del curso de los intereses de *todo tipo*. Sólo deja a salvo los *intereses compensatorios* que se devenguen con posterioridad a la declaración de la quiebra y que correspondan a créditos hipotecarios o prendarios, y siempre que puedan ser percibidos sobre el producto de la liquidación del bien; en caso contrario, se extinguen. La segunda parte del art. 266, que menciona los intereses posteriores a la quiebra, no ha podido referirse sino a los compensatorios. De otro modo sería contradictorio con el 133. En consecuencia, consideramos que el devengamiento de las *penas moratorias* se suspende con la declaración de la quiebra, cualquiera que sea el crédito al cual accede. No existe norma que admita su curso para ningún tipo de crédito. Es decir, el acreedor tendrá derecho a verificar el crédito correspondiente a las penas devengadas *hasta* el día de la declaración de la quiebra o el concurso civil, pero no más allá. La solución propiciada es la consecuencia directa de lo expuesto en la exposición de motivos. Se lee en el § 72: "La suspensión del curso de intereses está reglada en el art. 133. También se establece en cuanto a los créditos hipotecarios o prendarios el límite de los intereses a pagarse con el producido de la liquidación del bien gravado y la inaplicabilidad de los intereses punitorios. Esto último es imprescindible, pues la quiebra imposibilita el cumplimiento voluntario por el deudor; no existe, pues, fundamento para la aplicación de intereses moratorios o punitorios que comportan, más allá de los compensatorios, *una penalidad que en este supuesto carece de causalidad suficiente*".

Ésta fue la solución propiciada por la jurisprudencia, de manera incidental, durante la vigencia de la ley 11.719 [8]. Es también la expuesta frecuentemente en el derecho comparado. En tal sentido se lee en Bonelli: "Una figura análoga a los intereses y con análogas consecuencias es la cláusula penal convenida por cada día de demora en el cumplimiento de una obligación. Por ej., me obligo a entregar una obra concluída el 1 de enero de 1901, con una pena de 10 liras por cada día de retardo. El 15 de enero se declara la quiebra, siendo entregada la obra el 30. Sólo puede pedirse verificación por la pena correspondiente a los 14 primeros días" [9].

En razón de esta suspensión, consideramos de aplicación el art. 228 de la ley concursal (modificado por la ley 21.488), de tal modo que si liquidados todos los bienes quedare remanente, de la misma manera que se mandan pagar los intereses suspendidos a causa de la declaración de la quiebra, deberán pagarse las cláusulas penales moratorias suspendidas, sin considerar los privilegios.

### § 329. LAS PENAS "COMPENSATORIAS" Y LA PRESENTACIÓN EN CONCURSO PREVENTIVO O LA DECLARACIÓN DE LA QUIEBRA O CONCURSO CIVIL.

Las penas compensatorias producen cuestiones difíciles de resolver mediando un proceso concursal. Es imprescindible distinguir los diversos casos que pueden presentarse.

[8] Cám. Nac. Com., Sala B, 11/8/71, "Barberena c. Lafuente", "E.D.", 41-267. Conf.: Fassi, ob. cit., nº 478; Javier Carvalho de Mendonça, *Das fallencias*, vol. I, São Paulo, 1899, nº 217.

[9] Gustavo Bonelli, *Del fallimento*, 2ª ed., ed. Vallardi, Milano, 1923, nº 308, *in fine*. Conf.: Carvalho de Mendonça, ob. cit., vol. I, nº 217. En contra: Agostino Ramella, *Trattato del fallimento*, 2ª ed., ed. Società Editrice Libraria, Milano, 1915, t. I, nº 65, con el argumento de que la cláusula penal tiene un contenido diverso al de los intereses.

No discutimos el diverso contenido, pero advertimos que la suspensión obedece precisamente al carácter sancionatorio, punitivo o conminatorio que ambos institutos tienen.

§ 330. 1) *Incumplimiento producido "antes" de la presentación en concurso preventivo o declaración de la quiebra o concurso civil.* — Si al momento de declararse la quiebra (o producirse la presentación del concurso preventivo) el deudor se hallaba en mora y el acreedor había optado por la pena (art. 659), no existen impedimentos legales para admitir y verificar su pretensión a la cláusula penal.

Pero insistimos en que el deudor debe estar en mora *antes* de la oportunidad señalada. Fundamos nuestra solución en que, operado el incumplimiento imputable, la cláusula penal adquiere cierta autonomía; en consecuencia, habiendo nacido el derecho a opción *antes* de la apertura, no se advierten razones jurídicas por las cuales se pueda negar al acreedor su derecho a la pena [10].

§ 331. 2) *Deudor no moroso al momento de la presentación del concurso preventivo o de la declaración de la quiebra.* — Pero si el deudor no estaba incurso en mora, sino que el vencimiento de los términos operó como consecuencia de la apertura del concurso (art. 753 del C. Civil), consideramos que el incumplimiento no le resulta imputable y, en consecuencia, el acreedor no puede optar por la pena, sino que siempre deberá pedir verificación por el crédito principal. Las cláusulas penales tienen naturaleza de penas, y como ha dicho la Comisión en la exposición de motivos, el concurso imposibilita el cumplimiento voluntario por el deudor, no existiendo, por consiguiente, fundamento para la aplicación de una pena que carece de causalidad suficiente [11].

Gómez Calero [11-1] propone distinguir los casos de quie-

[10] Conf.: Adolfo E. Parry, *Efectos de la quiebra y el concurso civil en las obligaciones y en los contratos*, Tea, Bs. As., 1950, ps. 240/241.

[11] Conf., para los contratos unilaterales: De Barros Monteiro, ob. cit., vol. 4, p. 214.

[11-1] Gómez Calero, ob. cit., ps. 210 y ss.

bra culpable o fraudulenta de los de quiebra casual. En el primer caso entiende procedente la verificación de la cláusula pero no en el segundo; admite que como normalmente el momento procesal de la verificación no coincide con el de la calificación, en la generalidad de los casos deberá verificarse como crédito condicional. La solución no parece aplicable a nuestro derecho. Cualquiera que sean los actos o hechos que hayan producido la quiebra, declarada ésta el deudor está impedido legalmente de cumplir. En consecuencia, no existe razón legal que permita insinuar la cláusula penal.

La única excepción a esta regla se da en el supuesto de que el acreedor no tenga otra acción para hacer valer la principal. En este caso, el beneficiario puede pedir la verificación aun cuando la pena no se hubiese devengado antes de la declaración de la quiebra. Ello acontece, por ej., en el supuesto previsto en el art. 664 del C. Civil argentino: cuando se promete el hecho de otro, y éste no ratifica el acto, aun cuando el incumplimiento sea posterior a la declaración de la quiebra, el beneficiario de la cláusula podrá insinuar su crédito en el procedimiento universal [12].

§ 332. 3) *Las penas compensatorias y la resolución del contrato en la quiebra.* — Otra cuestión a resolver es, si producida la resolución del contrato en el concurso del deudor, los daños y perjuicios compensatorios deben o no ser liquidados conforme a la cláusula penal. Ya hemos expuesto nuestra opinión negativa, avalada por algunos fallos nacionales (§ 169). Es decir, que producida la resolución, los daños y perjuicios deben liquidarse de conformidad con las normas del derecho común. Recordemos, sin embargo, opiniones contrarias en el derecho

[12] Conf.: Agostino Ramella, ob. cit., t. I, nº 65.

nacional y comparado. Un tribunal rosarino tiene resuelto que si el estado de falencia de la compradora tiene su origen en hechos imputables a su culpa, se debe hacer lugar a la resolución solicitada por el contratante *in bonis*, sin que corresponda que éste restituya actualizadas las sumas entregadas por la fallida, pues ellas se pactaron en concepto de cláusula penal para el caso de incumplimiento [12-1]. Pensamos que no correspondía la restitución actualizada sino la entrega de la suma nominalmente dada, pues no era la vendedora quien se hallaba en mora; pero los daños y perjuicios no debieron ser liquidados de conformidad a una cláusula penal prevista para un contrato vivo, sino según las normas del derecho común (ver *supra*, nº 169). Por su parte, Continentino cita jurisprudencia de su país que admite la subsistencia de la cláusula penal: "La masa fallida está obligada a pagar la multa convenida en el contrato de arrendamiento celebrado por el fallido si rescinde ese contrato" [13].

Resulta obvio señalar que si se trata de contratos en curso de ejecución y el síndico requiere que el contrato se cumpla (art. 148, incs. 2 y 3, de la ley 19.551), la masa toma a su cargo todas las obligaciones del deudor, incluídas las cláusulas penales. En este sentido sí coincidimos con la jurisprudencia brasileña, que resuelve: "La quiebra no resuelve los contratos sinalagmáticos cuya ejecución el síndico haya promovido si los juzgare convenientes para la masa fallida. Esos mismos contratos, cuando no hubiesen sido enteramente ejecutados, dan derecho a los daños y perjuicios contra la masa o a la pena convencional si ésta fue pactada" [14].

12-1 Cám. Civ. y Com. de Rosario, Sala 4ª, 30/5/80, "Valeria S.C.A. c. Cooperativa Integral 1º de Mayo", en "J.A.", semanario del 28/1/81, fallo 30.063.

13 Tribunal de Justicia de São Paulo, 27/8/15, "Rev. dos Tribunais", XV, p. 257, cit. por Continentino, ob. cit., p. 216, en nota 273.

14 Trib. de Minas, 20/5/11, "Revista Forense", 16-518, citado por Mucio Continentino, ob. cit., p. 217, nota 273.

§ 333. CONVERSIÓN DE LAS PENAS QUE NO TIENEN POR OBJETO DAR SUMAS DE DINERO.

En aquellos supuestos en que las penas se deben (moratorias y compensatorias devengadas *con anterioridad* a la presentación del concurso y declaración de la quiebra o concurso civil) y éstas no tienen por objeto dar sumas de dinero, son de aplicación los arts. 20, segunda parte, y 131 de la ley concursal. Es decir, que en el concurso preventivo ellas deberán ser convertidas a todos los fines del concurso en su valor en moneda de curso legal al tipo del día de la presentación o al del vencimiento si fuere anterior a opción del acreedor. En cambio, en los casos de quiebra, no es el momento de la presentación sino el de la declaración el que debe tomarse como límite para la conversión, salvo que el acreedor optare por la del vencimiento si éste fuere anterior.

Recordemos simplemente los siguientes principios:

1) Que mientras las cláusulas penales en moneda extranjera se rigen en las quiebras por el mismo principio precedentemente señalado, en el concurso preventivo tienen un régimen especial: *sólo* a los efectos del cómputo del pasivo y de la votación se calculan en moneda de curso legal a la fecha de la presentación del informe del síndico; pero a los fines del pago, el reajuste debe efectuarse hasta el momento en que efectivamente se extinga el crédito [15].

2) Que el derecho de opción del acreedor no reconoce un tercer género. Es decir, sólo puede elegir entre los dos momentos fijados por la ley (presentación, declaración o vencimiento anterior), estándole vedado optar por momentos intermedios.

[15] Ver: Héctor Cámara, ob. cit., p. 522, en especial nota 172, quien propicia, *de lege ferenda,* que se dé soluciones idénticas a ambos casos.

§ 334. LAS CLÁUSULAS PENALES CONSTITUÍDAS POR TERCEROS Y EL CONCURSO DEL DEUDOR.

Hemos expuesto oportunamente que las cláusulas penales constituídas por terceros se rigen —subsidiariamente— por las normas relativas a la fianza (§ 23 y 228). En consecuencia, producido el concurso del deudor se aplicarán los siguientes principios:

1) Si la pena es compensatoria y era exigible *antes* de la declaración de la quiebra o concurso preventivo, el acreedor podrá optar por reclamar al tercero el cumplimiento de la pena. No tiene obligación de excutir previamente los bienes del deudor principal. Si la obligación principal es comercial, la solución surge de la aplicación analógica del art. 480 del C. de Comercio. Si fuese civil, surge de los principios explicados en el § 228, 4.

2) Si es compensatoria, pero la principal se hizo exigible sólo en virtud de la declaración de la quiebra (o del concurso preventivo), el acreedor no podrá ejecutar al tercero hasta el vencimiento efectivo del plazo, pues éste no pierde el beneficio del término, ya que el hecho del deudor no le es imputable. Aun cuando la ley 19.551 no contiene norma expresa sobre el punto —a diferencia del art. 120 de la ley 11.719—, consideramos de amplia vigencia este principio, no sólo porque las sanciones son personales sino en razón de lo dispuesto por el art. 753 del C. Civil (aplicado *a fortiori*).

3) El tercero que se obligó al pago de la cláusula penal podrá ser admitido preventivamente en el pasivo de la masa concursada, aun cuando todavía no la hubiese pagado (arts. 2028 del C. Civil y 129 de la ley 19.551). A partir de que el pago se produce, quedará subrogado en los derechos del acreedor (arts. 2029 del C. Civil y 139 de la ley concursal).

4) Si el tercero que constituyó la cláusula penal tuvo la previsión de garantirse con una prenda o hipoteca sobre bienes del deudor quebrado, se aplicará el art. 141 de la ley 19.551; es decir, se favorecerá la situación del acreedor de la pena, pues el producto de la venta del bien del fallido que servía de garantía al tercero, satisfará en primer término al acreedor, sin perjuicio del derecho de quien constituyó la cláusula penal de repetir lo que hubiese pagado sobre el resto.

5) Si producido el concurso, el deudor extinguió su obligación mediante quitas o renuncias parciales globales, esta circunstancia no obstará al reclamo de las penas constituídas por terceros, por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 2049 del C. Civil.

## Capítulo IV

# LAS CLÁUSULAS PENALES EN EL CONTRATO DE TRABAJO

En el ámbito del derecho laboral debemos responder a tres preguntas: ¿Admite el contrato de trabajo la concertación de cláusulas penales? Las sanciones impuestas por el empleador en función de su poder disciplinario ¿constituyen cláusulas penales? ¿Son cláusulas penales las indemnizaciones y sanciones tarifadas legalmente?

### § 335. La posibilidad de pactar cláusulas penales en los contratos de trabajo.

Parece imprescindible distinguir dos situaciones:

§ 336. 1) *Cláusulas que prevén el incumplimiento de prestaciones a cargo de la patronal.* — En principio debe admitirse su validez. Por ej., es lícito pactar que por cada día que se atrase el patrón en el pago de las remuneraciones deberá pagar una suma de dinero; o que si no concede las vacaciones en determinada época, deberá proporcionar al trabajador una casa-habitación de determinadas características. Pero ya se ha visto que la cláusula penal del derecho común —a la vez que opera como sanción— es también la liquidación anticipada de los daños y perjuicios. En consecuencia, cada vez que el contenido de la

cláusula penal sea en definitiva inferior a la indemnización establecida por la ley, deberá tenerse por no escrita y acudir al régimen legal. La solución tiene fundamento en el principio de orden público que insufla la materia laboral; sabido es que los derechos otorgados son irrenunciables; tal irrenunciabilidad no podría soslayarse mediante la constitución de una cláusula penal. Por ej., sería nula la cláusula por la cual el empleador pacta con el trabajador que en caso de despido injustificado se obliga a pagar una indemnización que en definitiva resulta menor a la establecida por los arts. 245 y concs. de la ley 21.297.

§ 337. 2) *Cláusulas que prevén el incumplimiento de prestaciones a cargo del trabajador.* — Enseña Luisa Riva Sanseverino [1] que el patrono tiene la facultad de mandar y el empleado la de seguir sus instrucciones, pero que el patrono no manda "como dueño", sino como "*acreedor de una prestación*"; de este modo, dándose en el contrato individual de trabajo relaciones crediticias, no existiría impedimento en pactar, como en cualquier otro contrato, una cláusula penal.

Esta solución —admisible desde el punto de vista de una teoría general del derecho— encuentra en el orden positivo nacional obstáculos insuperables.

Toda cláusula penal impuesta al trabajador —teniendo en consideración el contenido patrimonial que ella tiene— supondrá en definitiva una disminución del salario. Por ej., un trabajador que presta servicios en una fábrica de botellas se obliga hacia su patrón a pagar determinada suma

[1] Luisa Riva Sanseverino, *Corso di diritto del lavoro*, p. 247, citado por Juan D. Ramírez Gronda, *El contrato de trabajo*, La Ley, Bs. As., 1945, p. 325. Conf.: Mario Deveali, *Las sanciones disciplinarias en el contrato de empleo privado*, en "Derecho del Trabajo", t. III, ed. La Ley, Bs. As., 1943, p. 293, y en *Lineamientos de derecho del trabajo*, Tea, Bs. As., 1953, 2ª ed., p. 234.

de dinero o a prestar cierta cantidad de horas extras por cada botella que rompa; un empleado de oficina se compromete a entregar una cantidad de litros de vino por cada día que se atrase en la entrega de los balances debidamente confeccionados que la patronal debe presentar a instituciones bancarias, etc.

Estas cláusulas son nulas: el art. 131 de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o. ley 21.297) dispone en su última parte: "*no se podrá imponer multas al trabajador,* ni deducirse, retenerse o compensarse por vía de ellas el monto de las remuneraciones". El ordenamiento vigente continuó y completó el camino iniciado por la ley 11.278, cuyo art. 4 prohibía los "descuentos, retenciones o compensaciones por concepto de multas", agregando el art. 8 que "los empleados y obreros no serán pasibles de otras multas que las determinadas por los reglamentos que dicte el Poder Ejecutivo nacional o los gobiernos provinciales, no pudiendo en ningún caso exceder de la quinta parte del monto total del sueldo o quincena". De tal modo, aunque las multas no resultaban absolutamente prohibidas, estaban sometidas a una reglamentación, que al no haberse dictado nunca, impidieron de hecho que pudieran ser aplicadas [2]. El actual ordenamiento no deja lugar a dudas; la norma propicia el amparo del salario en la extensión señalada;

[2] Guillermo Cabanellas, *Contrato de trabajo. Parte general,* t. I, Omeba, Bs. As., 1963, nº 199, p. 357; Justo López, *El salario,* en *Tratado de derecho del trabajo,* dirigido por M. Deveali, t. II, L.L., Bs. As., 1964, p. 499. Conf.: Alfredo Ruprecht, *Derecho disciplinario laboral,* en *Enciclopedia jurídica Omeba,* t. VII, p. 155. Otros autores consideraron que la ley 11.278 *prohibía* absolutamente la imposición de multas en virtud del art. 4. Ver: Deveali, obs. cits., ps. 291 y 235, respectivamente; Benito Pérez, *Las sanciones disciplinarias en el contrato de trabajo,* en "Derecho del Trabajo", t. VIII, La Ley, Bs. As., p. 9; Francisco y Argentino Julio García Martínez, *El contrato de trabajo en el derecho argentino y comparado,* 1945, Bs. As., nº 202, p. 266; Luis María Stefanelli, *El poder disciplinario del empleador en la empresa privada,* en "Derecho del Trabajo", t. II, La Ley, Bs. As., 1952, p. 709; sin embargo, adviértase que el artículo sólo vedaba la compensación, descuentos o retenciones, pero no su imposición.

no sólo veda las retenciones que no cumplen con los recaudos previstos en los arts. 132 a 135, sino que prohíbe la imposición de sanciones pecuniarias; por eso es indudable que no podrán pactarse cláusulas penales en beneficio de la patronal o de un tercero y que recaigan directa o indirectamente sobre el patrimonio del trabajador. Aun antes de la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo se resolvió que la deducción fundada en el trabajo a desgano debe considerarse una multa y, por ende, es inadmisible [3].

### § 338. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PODER DISCIPLINARIO DE LA PATRONAL.

Paul Durand ha expresado que el problema del poder disciplinario del jefe de la empresa constituye uno de los elementos esenciales del moderno derecho del trabajo [4]. No es nuestro propósito determinar la naturaleza jurídica de las sanciones impuestas por el empleador, porque ello escapa absolutamente a los límites de esta obra. No obstante, debemos destacar que el tema tiene grandes implicancias, por cuanto prestigiosos laboralistas asimilaron estas sanciones a las cláusulas penales.

En primer lugar merituemos que en razón de la claridad del art. 67 de la ley 21.297, no caben dudas sobre la admisibilidad en el derecho argentino de las atribuciones patronales de aplicar sanciones a los trabajadores por acciones y omisiones que impliquen faltas o incumplimientos a sus obligaciones a fin de asegurar o preservar los fines de la empresa. En tal sentido, la Ley de Contrato de Trabajo aventó todas las dudas que el silencio de la legislación anterior provocó en la doctrina.

[3] T. S. Córdoba, 19/12/57, cit. por Ernesto Krotoschin y Jorge Ratti, *Código del Trabajo anotado*, 6ª ed. actualizada, Depalma, Bs. As., 1975, p. 116, art. 145, nº 2.

[4] Paul Durand, *El poder disciplinario de la empresa privada*, en "L.L.", 55-819.

En cuanto a los tipos de sanciones, recordemos la tan difundida de Durand y Jaussaud [5] en: *morales* (advertencia, llamado de atención, etc.); *pecuniarias* (multa, confiscación del objeto introducido indebidamente al establecimiento, pérdida de algún derecho patrimonial, privación de derechos jubilatorios) y *relativas a la actividad profesional* (rebaja de categoría, postergación para el ascenso, traslado, suspensión y despido).

Cuatro grandes teorías se disputan la determinación de la naturaleza jurídica de estas sanciones: algunos consideran que ellas encuentran un fundamento aproximado en la sanción penal, o al menos se inspiran en ella [6].

Para otros, existen puntos de contacto con las sanciones de carácter administrativo. La moderna doctrina las ubica en la teoría de la institución. Por último, una teoría que fue predominante en el derecho italiano advierte su punto de contacto próximo con la cláusula penal del derecho privado. Esta última es la que analizaremos a fin de delimitar diferencias y similitudes entre ambas.

Dicha posición fue asumida por Paul Pic en su *Tratado elemental de legislación industrial* [7], obra que jalonó, al decir de Paul Durand, una fecha en la historia del pensamiento francés sobre los problemas del trabajo. También

[5] Esta clasificación es recogida, entre otros, por Carlos Livellara, *El poder disciplinario laboral*, en "Jurisprudencia de Mendoza", 2ª serie, nº 2, abril-junio de 1977, p. 183; Cabanellas, ob. cit., t. I, p. 345; Juan Ensinck, *Ley de contrato de trabajo anotada*, Zavalía, Bs. As., 1974, p. 228. Lo expuesto no significa desconocer otras clasificaciones: la doctrina española, por ej., distingue entre sanciones leves, graves y muy graves. Ver: Pérez Botija, *Derecho del trabajo*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1960, p. 195.

[6] Alfonso D. Grijalba, *El contrato de trabajo ante la razón y el derecho*, 2ª ed., Madrid, 1922, p. 171.

[7] Paul Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle. Les lois ouvrières*, 5ª ed., Rousseau, París, 1922, nº 1005. Pero este autor no descarta como fundamento el propio interés de los obreros, en tanto y en cuanto la disciplina indispensable en toda fábrica difícilmente puede ser mantenida por la sola autoridad de los jefes.

se adhirió a esta posición Barassi [8], quien cita en su apoyo a autores de la talla de Hueck-Nipperdey, Kaskel, Cammeo; y en el derecho argentino Benito Pérez y Deveali [9], etc. Evidentemente, esta postura parte del principio de que no existe poder sancionador de la patronal sin disposición legal o contractual (individual o colectiva)[10]. Y estando ella convencionalmente pactada o, al menos, establecida en reglamentos a los cuales el trabajador se adhiere, pareciera que no existen diferencias sustanciales entre ambas figuras.

No obstante, esta doctrina, tradicionalmente aceptada, ha sido objeto de duros embates:

*a*) Se sostiene que es dar a la cláusula penal una extensión desmesurada. Median entre los contratos de derecho privado y los derivados de las relaciones laborales profundas diferencias que impiden el traslado impensado de las instituciones con finalidades punitivas y resarcitorias [11].

*b*) En cuanto al destinatario, se hace notar que mientras la cláusula penal beneficia al acreedor, la pena disciplinaria no aprovecha al empleador. Se recuerdan en tal sentido diversas leyes del derecho comparado que establecían distintos destinos: por ej.: la ley francesa del 5 de febrero de 1932 las imponía en favor de una caja de socorros en provecho del personal; el Código de Trabajo de Chile (art. 180), de un fondo de retiro de los empleados del respectivo establecimiento *a prorrata* de sus sueldos; el Código de Trabajo de Colombia (art. 113), a un fondo

[8] Ludovico Barassi, *Tratado de derecho del trabajo*, trad. por Miguel Sussini (h.), con prólogo y notas de *Derecho argentino*, de Deveali, t. III, Alfa, Bs. As., 1953, p. 489.

[9] Benito Pérez, ob. cit., t. VIII, p. 9; Deveali, ob. cit., t. 3, p. 293, y *Lineamientos*, p. 234.

[10] Mario de la Cueva, *Derecho mexicano del trabajo*, t. I, 9ª ed., Porrúa, México, 1966, p. 588; Juan D. Pozzo, *Derecho del trabajo*, t. I, Ediar, Bs. As., 1940, ps. 601 y ss.

[11] Ruprecht, ob. cit., Omeba, t. VII, p. 131; Francisco De Ferrari, *Derecho del trabajo*, 2ª ed., vol. II, Depalma, Bs. As., 1969, p. 286.

destinado exclusivamente a premios o regalos para los trabajadores del establecimiento; el decr.-ley 317 del 8 de diciembre de 1952, de Egipto (art. 34), a finalidades beneficiosas para los demás trabajadores conforme a las normas que se establecían reglamentariamente; etc.[12]. Claro está que esta crítica no es decisiva, porque ya se ha visto que las cláusulas penales del régimen común también pueden beneficiar a un tercero (art. 653 del C. Civil).

*c*) Las medidas disciplinarias están sometidas al principio de la personalidad de las penas y por ello no pueden ser ejercidas contra los herederos del trabajador. En este sentido se asimilan a las sanciones del derecho penal. En cambio, la obligación derivada de una cláusula penal es de por sí trasmisible, salvo que se trate de obligaciones *intuitu personae* o que se hubiese pactado expresamente su no trasmisibilidad [13].

*d*) La regla en el derecho común es la no acumulación. Es decir, el acreedor no puede reclamar la principal y la pena; en cambio, en materia de sanciones disciplinarias el empleador puede infligir la sanción disciplinaria y constreñir al trabajador a la ejecución de sus obligaciones [14]. Esta distinción parece más formal que sustancial, porque de hecho, también la cláusula moratoria es acumulable, y en los casos que se presentan en el ámbito laboral las situaciones serían normalmente asimilables a los de incumplimiento parcial o defectuoso.

*e*) Se ha dicho también que en el derecho moderno la cláusula penal tiene una función netamente indemnizatoria; en tanto que estas sanciones guardan una finalidad represiva o punitiva [15]. Hemos explicado que esta razón

[12] Una amplia referencia al derecho comparado puede compulsarse en Cabanellas, ob. cit., t. I, ps. 355 y ss.

[13] Ruprecht, ob. cit., *Omeba*, t. VII, p. 131.

[14] Ruprecht, ob. cit., *Omeba*, t. VII, p. 131.

[15] Stefanelli, ob. cit., t. XII, p. 709.

es insuficiente, porque al menos en el derecho argentino la cláusula penal tiene función ambivalente.

*f*) Con especial referencia al derecho nacional, descartada la multa como posible sanción disciplinaria (arts. 4 y 8 de la ley 11.278 y ahora 131 de la L.C.T.), no se advierte que ellas puedan responder a lo que debe ser el objeto de una cláusula penal [16]. Hemos dicho (§ 29 y ss.) que conforme al art. 653 el objeto de la cláusula penal debe ser cualquiera que pueda serlo de las obligaciones en general; es decir, un dar, un hacer o un no hacer. No se ve cómo las otras sanciones disciplinarias que se aplican en la práctica (llamado de atención, apercibimiento, amonestación, suspensión, etc.) puedan considerarse como objeto de una cláusula penal. Esta última razón es, a nuestro criterio, decisiva para descartar la teoría contractualista de la cláusula penal en nuestro derecho positivo.

Ha dicho Luis José de Mezquita, seguido en nuestro país por Krotoschin, que las penas pecuniarias —*in abstracto* y sin referencia a ningún derecho positivo en particular— pueden responder a dos caracteres: civil o disciplinario. Las penas civiles son equiparables a las cláusulas penales y compensan los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de una obligación contractual. En cambio, la finalidad de las disciplinarias es el mantenimiento del orden interno de la empresa [17]. Tal distinción, factible en teoría, carece de implicancias prácticas en el derecho nacional. En virtud de lo dispuesto por los arts. 131 (ya citado) y 69 (que excluye toda sanción que constituya una modificación del contrato de trabajo), es indudable que

[16] Stefanelli, ob. cit., t. XII, p. 709.

[17] Luis José de Mezquita, *Direito disciplinar do trabalho*, p. 221, citado por Justo López, ob. cit., t. II, p. 499; Ernesto Krotoschin, *Instituciones de derecho del trabajo*, 2ª ed., Depalma, Bs. As., 1968, p. 447, ver nota 118.

no podrán aplicarse sanciones *pecuniarias*, ni bajo forma de cláusula penal, ni de multa *stricto sensu* [18].

§ 339. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS INDEMNIZACIONES TARIFADAS LEGALMENTE.

Hemos dicho en el § 41 que algunos autores han pretendido otorgar carácter de cláusula penal a las indemnizaciones que los arts. 232 y 233 de la Ley de Contrato de Trabajo determinan como sustitutivas del preaviso. En esa oportunidad, siguiendo a De Cupis, afirmamos que su principal diferencia radica no sólo en el origen, sino en el régimen de inmutabilidad, que en este caso es absoluto [19].

§ 340. LA SANCIÓN IMPUESTA POR LA LEY QUE REGULA EL TRABAJO DEL PERSONAL DE LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCIÓN.

Un supuesto específico del tema anterior lo constituía la sanción impuesta por el art. 3 de la ley 17.258/67, que disponía: "El trabajador dispondrá del fondo de desempleo recién cuando cese la relación laboral cualquiera sea la causa que lo produzca. Producida la cesación, el empleador deberá entregar la libreta de aportes patronales que acredita el referido fondo y abonar el saldo de aportes no depositado correspondiente a la remuneración de los días trabajados en el lapso respecto del cual no se hubiere efectuado aún depósito. *Mientras el empleador no cumpla con*

[18] Conf.: Livellara, ob. cit., p. 183; Ensinck, ob. cit., p. 229, con especial referencia a la naturaleza jurídica de la pena prevista a la patronal en el art. 32 de la ley 12.713, para los trabajadores a domicilio, ver Krotoschin-Ratti, ob. cit., p. 732.

[19] Lo expuesto no significa desconocer la interesante polémica acerca de si las indemnizaciones tarifadas de la Ley de Contrato de Trabajo comprenden o no el daño moral. Una amplia referencia sobre las diversas posturas puede compulsarse en Horacio Héctor de la Fuente, *Indemnizaciones tarifadas y extinción del contrato de trabajo*, en "Rev. Trabajo y Seguridad Social", año V, 1978, ps. 513 y ss.

*ambos requisitos el contrato de trabajo seguirá en vigencia y el trabajador tendrá derecho a percibir sus haberes y el aporte creado por la presente ley aunque no cumpla tareas".*

Una jerarquizada doctrina laborista sostuvo que la sanción prevista en la norma constituía una cláusula penal moratoria de origen legal. Se afirmó que aunque la ley hablaba de "salarios", en realidad había utilizado una defectuosa terminología, porque éstos son la retribución o contraprestación del trabajo subordinado (que aquí ha cesado), no pudiéndose, en consecuencia, restablecer un contrato que ya ha fenecido [20].

La asimilación de la sanción legal a la cláusula penal llegó a tal extremo que se sostuvo su inmutabilidad relativa por aplicación del art. 656, 2ª parte, del C. Civil [21]. Pero esa identificación fue repudiada por la Corte de la Nación en forma implícita, cuando, al regular el sistema de disminución de la sanción legal, sostuvo su viabilidad sólo en los casos de confiscatoriedad, es decir, cuando se acreditaba que "su cumplimiento absorbía una parte importante del capital de la empresa o de los montos satisfechos en concepto de salarios para todo el personal" [22].

Siguiendo esta tendencia jurisprudencial, la Suprema Corte de Bs. As. resolvió que "la obligación del empleador de continuar pagando al obrero sus haberes y el aporte correspondiente, no puede ser reducida por aplicación del art. 656 del C. Civil, modificado por el decreto-ley 17.711" [23].

[20] Antonio Vázquez Vialard, *Interpretación del art. 3 del estatuto de la construcción*, en "Derecho del Trabajo", t. XXX (año 1970), p. 518; Jorge Rodríguez Mancini, *El estatuto de los obreros de la construcción*, en "Legislación del Trabajo", t. XVI, p. 891.

[21] Norberto Centeno, *El régimen jurídico del trabajo en la industria de la construcción*, "Jus", t. 15, p. 66, nota 45.

[22] C.S.N., 31/10/69, citado por Carlos A. Brusa y Carlos Camino, *Estatuto de obreros de la construcción*, Ed. Platense, La Plata, 1973, p. 51.

[23] S.C. Bs. As., 5/5/70, citado por Krotoschin-Ratti, ob. cit., p. 960.

Es decir que, además de la distinción por el origen, el sistema de reducción de ambas sanciones difería fundamentalmente.

Por lo demás, faltaba en la ley el carácter de *accidentalidad* que impera en la cláusula penal. La sanción no era un elemento accidental del contrato de trabajo. Muy al contrario, se trataba de disposiciones de orden público que las partes no podían renunciar. En cambio, hemos dicho reiteradamente que la cláusula penal se extingue por renuncia del acreedor [24] (*supra*, § 217).

De todo lo expuesto se deduce que la sanción impuesta por la ley en estudio no constituía una cláusula penal regida por el Código Civil, sino "el método elegido por el legislador para asegurar el cumplimiento por parte de los empleadores de la obligación impuesta en la primera parte del art. 3" [25]. Por eso quizá no resultaba desacertado designar a esta sanción con el nombre de "salario punitorio", como alguna vez lo hizo la jurisprudencia nacional [26].

Este régimen indemnizatorio fue modificado por la ley 22.250 (sancionada y promulgada el 11/7/80 y publicada el 17/7/80), cuyo art. 18 dispone: "Si ante el incumplimiento de lo dispuesto por el art. 17, el trabajador intimare al empleador por dos días hábiles constituyéndolo en mora, se hará acreedor a una indemnización que la autoridad judicial graduará prudencialmente apreciando las circunstancias del caso y cuyo monto no será inferior al equivalente a treinta días de la retribución mensual del trabajador, que se menciona en el segundo párrafo del art. 15, ni podrá exceder de noventa días de dicha retribución. La reparación así determinada será incrementada con el importe correspon-

[24] Conf. voto del Dr. Rodríguez, Tribunal de Trabajo de Morón, 3/2/75, "Porcel, Lucio, c. Empresa Argentina de Construcciones Públicas", "E.D.", 63-257, fallo 27.214.

[25] C.S.N., fallo citado en nota 21.

[26] Cám. Nac. Apel. Trab., Sala III, 13/11/69, "Paz y otros c. Botazzi y otros", "Derecho del Trabajo", t. XXX, p. 675.

diente a treinta días de la retribución citada, en el supuesto que se acreditare incumplimiento del empleador a la obligación de inscripción resultante de lo dispuesto en el art. 13. Todo ello, sin perjuicio del cumplimiento por parte del empleador de las disposiciones de la presente ley".

Como se advierte, pocos o ningún punto de contacto tiene esta indemnización legal con una cláusula penal. Además de las diferencias señaladas *supra*, el nuevo régimen establece una indemnización *variable* (faculta a la autoridad judicial a graduarla prudencialmente) [27] y para cuyo devengamiento se requiere la *constitución en mora* (se debe intimar al empleador por dos días hábiles).

[27] Para una crítica del sistema, ver Gustavo Palau Pose, *Principales reformas al estatuto de la construcción*, en "Trabajo y Seguridad Social", año VII, 1980, p. 488.

## Capítulo V

# LA CLÁUSULA PENAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

### § 341. Algunas nociones previas sobre la contratación pública.

La gran diversidad y complejidad de los fines que debe cumplir el Estado moderno, lo obligan a la celebración de numerosos actos jurídicos mediante los cuales logra la participación de particulares y entes públicos. Para ello cuenta con una serie de técnicas de colaboración, entre las cuales aparece como figura predominante el contrato. No es nuestro propósito hacer un estudio exhaustivo de los contratos administrativos, sobre lo que tanto y tan bueno se ha escrito entre nosotros, sino simplemente aclarar nuestro punto de partida.

Es evidente que la noción de contrato aparece, históricamente, en el derecho privado, donde logra un gran desarrollo, y de allí pasa al derecho público, quien la utiliza produciéndose lo que Martín Retortillo ha llamado "un verdadero préstamo o cesión de técnicas jurídicas" [1]. En consideración a ese origen histórico, un sector doctrinal negó la existencia misma de los "contratos administrativos",

[1] C. Martín Retortillo, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y sus instituciones*, Sevilla, 1960, ps. 24 y ss.

afirmando que todos los contratos celebrados por la Administración están sometidos al derecho privado [2]. Sin embargo, lo que se ha dado en llamar "doctrina clásica" del derecho administrativo distingue dentro de la totalidad de los contratos celebrados por la administración, aquellos que se rigen por el derecho privado y los llamados contratos administrativos. A estos últimos se le adjudican notas tipificantes derivadas de la relación de superioridad jurídica que tiene el Estado por sobre el cocontratante. Pero la moderna doctrina, en general, tiende a negar esta distinción, afirmando que todos los contratos celebrados por la Administración tienen un régimen primordialmente de derecho público, pero que éste no tiene los rasgos de autoritarismo absoluto que clásicamente se le marcaron, sino que a la vez que debe encontrar los medios para satisfacer el interés público concreto que el contrato debe servir, "no debe sacrificar los principios superiores de justicia y equidad que todo Estado debe propender". No obstante, esta moderna posición admite que existen varias gradaciones en cuanto a la intensidad del régimen de derecho público; es decir, que mientras ciertos contratos se acercan sobre todo al derecho privado (por ej., cesión, permuta, donación, locación, compraventa de inmueble), otros están dominados especialmente por el derecho público (por ej., concesión de servicios públicos, concesión de obra pública, función pública, etc.)[3].

### § 342. LA CLÁUSULA PENAL EN LAS RELACIONES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS.

Es del caso preguntarse si en esta variadísima gama de contratos celebrados por la Administración pública pueden

[2] Ésta es, según la opinión de Gordillo, la solución mayoritaria en la doctrina alemana. Ver: Agustín Gordillo, *Los contratos administrativos*, en *Contratos administrativos. Regímenes de pago y actualización*, A.A.D.A., Bs. As., 1977, p. 9.

[3] Gordillo, ob. cit., ps. 16 y ss.; José Roberto Dromi, *Contratos de la administración*, "J.A.", Doctrina, 1974, ps. 613 y ss.

pactarse o no cláusulas penales como las que venimos estudiando. La jurisprudencia nacional y extranjera contesta afirmativamente la cuestión, en tanto y en cuanto ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre interesantísimas cuestiones vinculadas al tema, sobre todo en materia de concesión de servicios públicos y de contrato de obras públicas.

No obstante que propiciamos la aceptación de un concepto genérico del contrato, aplicable en sus líneas generales tanto al derecho público como al privado, nos parece que se hallan dentro del género las dos especies, en razón de la distinta naturaleza de los intereses amparados. Claro está que no pudiendo el derecho encasillarse en compartimientos estancos, existen zonas grises donde se dan caracteres de uno y otro.

### § 343. SISTEMAS DE GARANTÍAS JURÍDICAS: CONTRATACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA.

La existencia de ambas especies resulta de la simple observación que el sistema de cauciones, garantías y sanciones del derecho administrativo, no se identifica con el del derecho civil. Esta razón nos mueve a afirmar que las instituciones de este último no pueden ser trasladadas sino con algún recelo al primero. Pero la afirmación precedente no es óbice para que en lo no reglado expresamente, el derecho civil acuda como norma supletoria de interpretación. Tal como decíamos, el sistema de sanciones administrativas es sumamente amplio. Siguiendo a Laubadère, distinguimos cuatro tipos [4].

1) *Sanciones pecuniarias*: consisten en la indemnización que el cocontratante debe pagar a la administración y que tienen un objeto preventivo, el de intimidarlo, y un fin de reparación del perjuicio ocurrido.

[4] André de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. II, Pichon, Paris, 1956, nos. 561 y ss. Conf.: Manuel María Diez, *Derecho administrativo*, Omeba, Bs. As., t. II, 1965, p. 520.

2) *Coercitivas*: están destinadas a asegurar la ejecución del contrato por medidas de coacción, con miras a suprimir la contumacia del cocontratante sustituyéndose a él o sustituyéndolo por un tercero. Mientras con las sanciones pecuniarias se procura una reparación en dinero, las sanciones coercitivas tratan de conseguir o de obtener una ejecución efectiva del contrato. Suponen el apartamiento provisorio del cocontratante y la provisión por su cuenta y riesgo.

3) *Resolutorias*: son similares a las anteriores, en cuanto suponen una sustitución del cocontratante, pero ésta es definitiva, y no provisoria, poniendo fin al contrato.

4) *Penales*: entran dentro de la órbita del derecho represivo y, por ende, ajenas a este trabajo.

### § 344. LA CLÁUSULA PENAL EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

A fin de delimitar el campo de aplicación de la cláusula penal en el derecho administrativo, nos interesan las sanciones pecuniarias. Ellas consisten —como se ha dicho— en las indemnizaciones que el contratante debe pagar a la Administración en los supuestos de incumplimiento o cumplimiento irregular de las prestaciones a su cargo. Satisfacen —igual que la cláusula penal— una doble función: por un lado, sirven para coaccionar o presionar al contratante a fin de que cumpla con la prestación; por el otro, prefijan la reparación de los perjuicios causados.

Para algunos autores la existencia de este tipo de sanciones motiva la casi inaplicación de la cláusula penal a los contratos administrativos [5]. En cambio, algunas leyes la imponen en forma obligatoria. Así, por ej., el art. 61 del decr. 150 de 1976 de Colombia dispone: "En todo contrato

[5] Osvaldo Bezzi, *El contrato de obra pública*, t. I, ed. Lex, 1976, La Plata, XIII, nº 18.

que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento. La cuantía de la cláusula penal debe ser directamente proporcional a la del contrato. El valor de la cláusula penal que se haga efectiva, se imputará al de los perjuicios que reciba la entidad contratante".

Consideramos que la gran gama de sanciones existentes en el derecho público de ninguna manera significa erradicar la cláusula penal de su ámbito. Muy al contrario, es usual que en los contratos administrativos se incluyan estipulaciones que responden a los elementos estructurales, caracteres y efectos de una cláusula penal.

Nuestra propia jurisprudencia así las ha catalogado. Por ej., la Cámara Federal de la Capital dijo en un viejo fallo: "Las cláusulas penales del carácter de las concertadas en el contrato de obras públicas que establece una multa a cargo del contratista por cada día de retardo en el cumplimiento de los plazos fijados, deben interpretarse restrictivamente" [6]. También alguno de los miembros de la Suprema Corte de Buenos Aires se han referido a estas multas contractualmente estipuladas, asignándoseles la palabra "cláusula penal" [7].

### § 345. DIFERENCIAS ENTRE LAS "PENAS CONTRACTUALES" CIVILES Y ADMINISTRATIVAS.

Sin embargo, creemos advertir algunas diferencias entre la cláusula penal del derecho privado y estas penas contractualmente fijadas en los contratos administrativos.

[6] 10/6/40, "Castro Romay c. FF.CC. del Estado", "L.L.", 19-64. Conf., en el derecho brasileño: Hely Lopes Mireilles, *Licitação e contrato administrativo*, São Paulo, 1977, p. 271; en el derecho italiano, Trimarchi, ob. cit., p. 17, nota 4.

[7] Voto del Dr. Alegre, 4/6/40, "Mihanovich, Nicolás, c. Municipalidad de La Plata", "L.L.", 19-727.

*a*) La cláusula penal típica surge de la voluntad libre de las partes; en cambio, en el derecho administrativo, el contratista de la obra pública o el adjudicatario de la concesión del servicio público se ha limitado a adherirse a un pliego de condiciones impuesto unilateralmente. Reconocemos que esta diferencia no siempre se percibe con justeza, pues en ciertos contratos típicos del derecho privado, como pueden serlo el de seguro o trasporte, etc., de ninguna manera podría afirmarse que se está en presencia de una voluntad autónoma. Pareciera que la única libertad está en contratar o dejar de hacerlo, pero no para delimitar el contenido mismo del convenio.

*b*) La función indemnizatoria se desdibuja si se analizan las siguientes circunstancias: en el ámbito de la concesión de servicios públicos las cláusulas no satisfacen al verdadero perjudicado. Sabido es que el incumplimiento perjudica más al administrado que a la Administración, y la cláusula penal no le compensa a aquél el mal funcionamiento del servicio [8]. Ésta es la razón por la cual el sistema de sanciones es mucho más amplio en el derecho administrativo. Bien dice Jèze: "No basta que se otorguen daños e intereses a la Administración, ni que se rescinda el contrato. Es el público beneficiario del servicio público quien se perjudica con su inejecución. Toda sanción cuya aplicación entrañe una interrupción del servicio es imperfecta e inadecuada. La interrupción del servicio causaría daños que pueden ser incalculables en razón de las repercusiones económicas, políticas y sociales".

De lo expuesto se deduce que estas sanciones pecuniarias normalmente no guardan ninguna vinculación con el daño causado, porque éste es —en cierta medida— inestimable. Es cierto que en la cláusula penal la indemnización tarifada es arbitraria y ficticia (pudiendo ser, en mucho,

[8] Gaston Jèze, *Principios generales del derecho administrativo*, trad. por Julio N. San Millán Almagro, t. VI, Depalma, Bs. As., 1950, p. 8.

mayor a los verdaderos daños producidos), pero al menos existe una suerte de presunción en el sentido de que las partes aceptan anticipadamente que los daños a producirse son los pactados. En cambio, en el derecho administrativo, en la mayoría de los casos no hay comparación posible entre las consecuencias del incumplimiento y las sumas estipuladas. La paralización de un servicio público, por ej., puede comprometer la vida económica de una ciudad, de una región o aun de un país. "¿Puede calcularse el daño emergente originado por el retraso de un proveedor de aviones o de armas en caso de guerra?" [9]. ¿Cómo estimar estos daños?

*c*) La regla vigente en el derecho administrativo es que "cuando el contrato prevé expresamente cierta sanción para una obligación determinada, en principio, la administración no puede aplicar otra más rigurosa" [10].

En tal sentido, el principio es coincidente con el vigente en el derecho civil (art. 656 del C. Civil). Pero ocurre que el primero ofrece una flexibilidad mayor que el segundo. La Administración sólo debe sujetarse a esta regla en los casos en que el incumplimiento tiene consecuencias de importancia secundaria. En cambio, cuando el contratante incumple de manera persistente, siendo sus retardos prolongados, la cláusula no opera como *única* sanción. "El principio es que la sanción contractual es la única que el juez puede aplicar en las condiciones fijadas en el contrato. Pero este principio sólo considera el caso de falta leve, de negligencia accidental, de simple retardo. No se aplica al caso de falta grave, de negligencia persistente, inobservancia sistemática, mora prolongada. En tal

[9] Miguel Berçaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, Depalma, Bs. As., 1952, nº 142.

[10] Jèze, ob. cit., t. VI, ps. 12, 25, 134 y 135, quien cita en su apoyo a Romieu.

sentido la Administración está autorizada para adoptar sanciones *distintas* a las incluídas en el contrato" [11].

En realidad, la diferencia con el régimen civil no es tan notable, porque tampoco aquí la Administración podrá solicitar una indemnización *mayor, sino que además* de ésta, está facultada para acudir a otras sanciones de *distinta naturaleza* (coercitivas o resolutorias), como pueden ser el secuestro, la caducidad del contrato, etc. Lo que ocurre es que la gama de sanciones a que puede echar mano la Administración es muchísimo más amplia que el espectro que el derecho civil ofrece al acreedor.

Resumiendo: aunque en el derecho público las penas no son acumulativas a los daños y perjuicios, sí lo son a una serie de sanciones inexistentes en las relaciones de los particulares entre sí.

### § 346. CREACIÓN EXTRACONTRACTUAL DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS.

En el derecho privado, si el contrato no ha fijado determinadas sanciones para el caso de incumplimiento, el acreedor sólo puede recurrir a algunos de los procedimientos indicados en el art. 505 del C. Civil, o, en su caso y si correspondiere, acudir a la vía resolutoria prevista en el art. 1204. En cambio, en el ámbito del derecho administrativo, el Estado tiene la posibilidad de crear de oficio otras sanciones. Se sigue la regla formulada por Romieu y aceptada por la doctrina moderna: "Toute obligation contractuelle doit être sanctionnée" [12]. Pero a esta regla no se llegó sino después de una trabajosa evolución doctrinal y jurisprudencial. Recuerda Jèze que hasta 1907 el Consejo de Estado francés había seguido el principio de que sólo podían imponerse las sanciones contractualmente determinadas. Por tanto, si a una obligación no se le preveía san-

[11] Laubadère, ob. cit., t. II, nº 596.
[12] Laubadère, ob. cit., t. II, nº 571; Jèze, ob. cit., t. VI, ps. 12 y ss.

ción, su incumplimiento quedaba impune. Sin embargo, se admitía como sanción general del incumplimiento la resolución. Este remedio no siempre resultaba conveniente, porque al Estado y a los administrados puede convenirles la continuidad contractual. Para el incumplimiento de obligaciones secundarias aunque importantes, la resolución es una sanción tan rigurosa que no solamente repugna al Estado servirse de ella, sino que en la mayoría de los casos resulta notoriamente inconveniente. Es así como el Consejo de Estado francés modifica su criterio admitiendo que la violación de toda obligación supone la de pagar daños y perjuicios cuando no estuviese prevista contractualmente otra sanción. Pero la evolución no terminó allí, porque normalmente en el derecho público la intervención *previa* del juez para el pago de los daños e intereses no es una sanción adecuada, en atención a la dilación que todo proceso supone. Por eso, desde 1929, el organismo francés mencionado dio un paso adelante, afirmando que estos daños pueden ser fijados por la Administración bajo el control judicial *posterior*. Es decir, que más allá de las sanciones contractualmente fijadas, la doctrina ha ido aceptando paulatinamente el poder sancionador de la Administración a fin de que se satisfaga acabadamente el interés público comprometido.

### § 347. MULTAS Y CLÁUSULA PENAL.

En virtud de este poder sancionador, la Administración está facultada para imponer multas al contratante incumpliente (a vía de ejemplo mencionamos el art. 35 de la ley 13.064)[13]. Estas multas son notoriamente diferentes de las

[13] Art. 35, ley 13.064: "Las demoras en la terminación de los trabajos con respecto a los plazos estipulados, dará lugar a la aplicación de multas o sanciones, que serán graduadas por el Poder Ejecutivo de acuerdo con la importancia del atraso, siempre que el contratista no pruebe que se debieron a causas justificadas y éstas sean aceptadas por autoridad competente. El contratista quedará constituído en mora por el solo hecho del trascurso del o

cláusulas penales; no sólo porque son impuestas en forma unilateral (ni siquiera hay "adhesión" del contratante), sino porque carecen de función indemnizatoria. Como su finalidad es exclusivamente disciplinaria y correctiva, pueden establecerse —a diferencia de la cláusula penal— cuando el incumplimiento ya se ha producido [14]. No teniendo función indemnizatoria (ni siquiera como misión subsidiaria), es acumulable con la pretensión de reclamar daños y perjuicios. Lo expuesto surge con claridad de algunas normas del derecho comparado. Por ej., el art. 138 del Reglamento General de Contrataciones del Estado de España del 28/12/67 especifica la manera como deben graduarse las multas, aclarando el art. 139: "La aplicación y el pago de estas penalidades no excluye la indemnización a que la administración pueda tener derecho por daños y perjuicios ocasionados con motivo del retraso imputable del contrato. En resumen: la multa tiene por único objeto reprimir una trasgresión [15]; en cambio, la cláusula penal cumple dos finalidades (sancionatoria e indemnizatoria).

### § 348. GARANTÍAS Y CLÁUSULA PENAL.

Estudiando las garantías, la doctrina administrativista se ha detenido un poco más sobre la cláusula penal.

Normalmente las leyes imponen a quien contrata con la Administración la obligación de garantir el cumplimiento de las prestaciones a su cargo. En materia de licitación

---

de los plazos estipulados en el contrato y obligado al pago de la multa aplicada, pudiéndosele descontar de los certificados a su favor, de las retenciones para reparo o bien afectar la fianza rendida".

[14] Ver nuestro capítulo I, cuando al exponer sobre la oportunidad en que la cláusula puede ser estipulada sostenemos que ello es factible después del acto jurídico que establece la principal, pero siempre *antes* de que opere el incumplimiento (§ 16).

[15] Sobre el tema, compulsar: Rafael Bielsa, *Naturaleza jurídica de la multa administrativa*, en "J.A.", t. 60, p. 24, en especial p. 30; *Derecho administrativo*, 6ª ed., t. II, La Ley, Bs. As., 1964, nº 294.

pública, por ej., los oferentes, además de cumplir con los presupuestos sustanciales, deben constituír una garantía. La doctrina nacional y extranjera distingue entre la garantía precontractual, o caución provisoria, también llamada garantía de oferta o de mantenimiento de propuesta (que deben integrar todos los oferentes), de la caución definitiva o garantía contractual o de adjudicación (que sólo constituye el adjudicatario elegido)[16].

Intentaremos distinguir ambos tipos de las cláusulas penales.

§ 349. GARANTÍA PROVISIONAL O PRECONTRACTUAL: NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO.

No hay uniformidad de opiniones en cuanto a la naturaleza jurídica de este depósito o garantía precontractual en favor del Estado. Parece ser criterio predominante el de que es una especie de arras penitenciales [17], por lo que ellas excluyen otros daños y perjuicios que pudieran invocarse [18]. Esta posición, sin embargo, encuentra en el derecho civil un serio escollo. Tal como hemos explicado oportunamente (*supra*, § 245 y ss.), las arras —a diferencia de la cláusula penal— juegan en favor de ambas partes; por eso, cualquiera que sea el contratante que se arrepiente, se presume

[16] Ver sobre el punto José Roberto Dromi, *La licitación pública*, Astrea, Bs. As., 1975, nº 252. Descartamos la palabra "fianza" por la estrechez de su contenido, admitiendo la amplitud del término genérico "garantías", siguiendo así la moderna doctrina. Ver: Jaime Sánchez Isac, *Los contratos en la administración local. Invalidez, fianzas y clases*, XXV Seminario de Investigación, Madrid, 1973, ps. 23, 107 y 108.

[17] Dromi, ob. cit., nº 254; Sánchez Isac, ob. cit., p. 108; fallo de 1ª instancia, 1/9/69, "D'Onofrio c. Jockey Club de la ciudad de Bs. As.", "J.A.", 7-1970, p. 498; Cám. Nac. Fed., Sala Civ. y Com., 21/6/61, "Gobierno de la Nación c. Argüello", "E.D.", 2-178, y "L.L.", 105-552; ídem, 28/3/67, "Empresas de Ferrocarriles del Estado Argentino c. Marvel S.A.", "E.D.", 20-223; ídem, 2/7/68, "Gobierno Nacional c. Morino", "E.D.", 25-470; Cám. Fed. Cap., 8/11/37, "Fisco Nacional c. Arrupé Leila", "J.A.", 60-383.

[18] Cám. Nac. Fed. Civ. y Com., 2/7/68, "Gobierno Nacional c. Morino", "E.D.", 25-479.

*iuris et de iure* que el daño producido coincide exactamente con la seña entregada. En cambio, esta presunción no rige en materia de depósitos provisionales con tanta extensión. En virtud de la jurisprudencia y doctrina dominante puede admitirse que ella juega como límite indemnizatorio para el oferente; en cambio, no lo es para la Administración, la que puede ser condenada a pagar mayores o menores sumas a la estipulada y siempre que se acrediten los daños sufridos por el licitador. Recordamos, por ej., que el art. 61, inc. 77, del Reglamento de las contrataciones del Estado. admite que en cualquier momento del trámite previo a la adjudicación se deje sin efecto la licitación. Es decir, también la licitante puede desistir. Pero el art. 18, *in fine*, de la ley 19.549, de procedimientos administrativos, especifica que cuando se revoca un acto administrativo por razones de oportunidad, deben *indemnizarse* los perjuicios que se causan a los administrados, entendiendo la doctrina que igual solución debe regir cuando el acto se revoca por razones de legitimidad [19]. En estos casos, ninguna disposición legal ordena que la indemnización debe ser la garantía doblada. No tenemos dudas de que los daños serán liquidados conforme al derecho común.

Mó considera que estas garantías provisionales son prendas, pero su opinión no es terminante, porque admite también que tienen el alcance de una cláusula penal [20]. Por nuestra parte, hemos explicado que pese a la gran analogía entre prenda y cláusula penal, ambas figuras tienen efectos notablemente disímiles (una otorga derechos de reipersecución y preferencia, la otra no; pero como contrapartida la última presume los daños, lo que no ocurre con la primera) (*infra*, § 230).

[19] Dromi, ob. cit., nº 440.

[20] Fernando Mó, *Régimen legal de las obras públicas*, 2ª ed., Depalma, Bs. As., 1977, nº 101, *a*, y nº 77, *b*. Incidentalmente las consideró cláusulas penales la Cám. Fed. Cap. en un viejo fallo del 13/11/19, "Dyckerhoff c. O.S.N.", "J.A.", 3-996.

Para Bessone [21] se trata de una fianza real provisoria, pero como bien se ha dicho, la similitud sólo es posible cuando el depósito lo efectúa un tercero, pero nunca cuando lo hace el propio licitador. Además, resulta en cierta medida contradictorio hablar de fianza real, porque en nuestro derecho la fianza es un contrato que crea vínculos crediticios, y no reales.

Pero cualquiera que sea la posición que se asuma, el hecho es que este depósito provisorio no es tampoco una cláusula penal: si se lo identifica con las arras, porque la cláusula penal no ofrece al deudor posibilidad de liberarse de la principal, en tanto que el contratante que ha pactado arras penitenciales puede arrepentirse; si se trata de una prenda o una fianza, porque éstas no presumen ni delimitar los daños [22].

§ 350. GARANTÍA DEFINITIVA O CONTRACTUAL: NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO.

La naturaleza jurídica de estos depósitos ha sido motivo de una discusión aún más amplia y aguda que la que produjo la de los anteriores.

§ 351. 1) *¿Es una prenda?* — Prestigiosos civilistas sostienen que son prendas, aun cuando las leyes las califiquen como fianzas o depósitos. Si el contenido de dichas garantías son cosas fungibles, la prenda es irregular; si se trata de cosas no fungibles, es regular: "No obstante la designación o calificación que se les da, las sumas de dinero o las cantidades de títulos que se entregan a los fines expresados constituyen verdaderas prendas, las cuales quedan especialmente afectadas a esos fines con el privilegio que

[21] Ruffolo Bessone, *Contrato de obra pública*, Bs. As., 1946, p. 53.

[22] Ver nuestro capítulo VIII, donde se determinan las diferencias entre todas estas figuras, en especial nos. 228 y 230.

la ley acuerda a todo acreedor pignoraticio" [23]. Vieja jurisprudencia se adhirió reiteradamente a este criterio, admitiendo que las sumas entregadas por el deudor o un tercero en garantía del cumplimiento de obligaciones a su cargo, constituyen prendas irregulares [24].

Los administrativistas también defienden esta posición. Para Cianflone, la única diferencia radica en que los depósitos definitivos aseguran deudas eventuales, en tanto que la prenda normalmente asegura deudas actuales [25]. Esta distinción no se percibe en el derecho nacional, porque el art. 3204 del C. Civil admite la constitución de prenda para asegurar obligaciones condicionales. No obstante ello, consideramos que la asimilación no puede ser absoluta en el derecho argentino. En efecto, advertimos las siguientes diferencias:

*a*) La prenda civil es, además de un accesorio del crédito, un elemento *accidental* del acto jurídico al cual accede. En cambio, los depósitos en garantía están impuestos en forma obligatoria por la ley; de allí que una serie de disposiciones del Código Civil, que parten precisamente del carácter accidental, no le sean aplicables. Por ej., el art. 3215 dispone que si la cosa prendada no pertenece al deudor y éste no entrega otra de igual valor, el acreedor puede dar por caducos los plazos. Evidentemente, esta sanción no se le puede aplicar al adjudicatario de una licitación para la realización de una obra pública (aunque probablemente sí podría aplicársele al concesionario de un servicio público).

*b*) Al acreedor prendario le está vedado apropiarse de la cosa prendada, aun cuando ésta sea de menor valor que

[23] Salvat, ob. cit., *Derechos reales*, t. IV, nº 2559.

[24] C.S.N., 11/3/32, "Padilla c. Ramasco", "J.A.", 37-788; Cám. Com., 16/3/25, "J.A.", 15-342; ídem, 29/8/34, "J.A.", 47-647; ídem, 6/7/38, "L.L.", 11-459; etc.

[25] Antonio Cianflone, *L'appalto di opere pubbliche*, ed. Giuffrè, Milano, 1950, p. 213.

la deuda; tampoco puede disponer de ella fuera de los modos establecidos en el Código (art. 3222 del C. Civil). En cambio, los incumplimientos del contratante motivan la pérdida de las garantías, permitiendo que ellas pasen a propiedad del Estado (entre otros, art. 51, inc. *a*, de la ley 13.064, que reitera la solución que el art. 20 da para las garantías provisorias).

*c*) La prenda es indivisible (art. 3233 del C. Civil); en cambio, las leyes sancionan —normalmente— la divisibilidad de los depósitos (por ej., art. 42 de la ley 13.064).

§ 352. 2) *¿Es un depósito?* — Para otros autores se trata de "un contrato comercial de depósito de tipo accesorio de una obligación principal instrumentada en un contrato administrativo" [26]. Esta posición no responde a lo que el derecho civil —al menos tradicionalmente— ha conceptualizado como depósito. Desde Ulpiano se viene repitiendo que el contrato de depósito (voluntario) es un contrato de confianza. Este carácter emana de la propia etimología de la palabra "depósito": la palabra "ponere" (colocar, poner), precedida de la partícula "de", significa la fe ciega y la confianza plena por la cual el deponente ha entregado alguna cosa a la probidad y celo del depositario [27]. Este rasgo distintivo aparece en las legislaciones más antiguas, e incluso en la Biblia (capítulo XXII, versículos 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 del Éxodo)[28]. Pero además de estos antecedentes históricos —de escaso valor actual atento a las grandes trasformaciones sufridas por el derecho civil y comercial en la materia—, la tesis del depó-

[26] Dromi, ob. cit., nº 273.

[27] Troplong, ob. cit., *Du dépôt, du séquestre et des contrats aléatoires*, ed. Hingray, Paris, 1845, p. 7; Guillouard, *Traité du prêt, du dépôt et du séquestre*, ed. Durand, Paris, 1892, p. 279; Puig Peña, ob. cit., t. IV, vol. II, p. 419; Puig Brutau, ob. cit., t. II, vol. II, p. 442.

[28] Pascual Marín Pérez, en *Scaevola*, Quintus Mucius, *Código Civil*, ob. cit., t. XXVII, p. 434.

sito se encuentra con otros obstáculos: lo que caracteriza este contrato de otros en los cuales también se trasfiere la guarda y conservación de las cosas (por ej., mandato, locación de servicios, prenda, trasporte, etc.), es que el depósito tiene por *objeto y fin principal* la guarda. Tradicionalmente se ha distinguido el depósito de la prenda, afirmando que si una cosa se ha entregado a un tercero, no sólo para que la guarde sino para que la conserve a título de garantía, ya sea por un préstamo que éste le ha hecho o por un servicio que el tercero va a cumplirle, no hay depósito sino prenda, aun cuando no se discute que el acreedor debe cuidar los efectos prendarios y responder de los daños producidos por su culpa (arts. 3225, 3226, etc.)[29]. Las garantías en cuestión no tienen por finalidad trasferir la guarda para que la Administración conserve las cosas otorgadas en garantía, sino que esta obligación es accesoria del derecho de caución que se tiene sobre ellas.

Cianflone ha descartado la tesis del depósito, porque según su opinión éste es un contrato celebrado en favor del depositante, en tanto que en nuestro caso, la garantía se constituye en favor de la Administración[30]. Esta distinción tiene incidencia en el derecho argentino si se tiene en cuenta que los plazos se estipulan en favor del depositante, pudiendo éste exigir siempre la restitución aun antes del vencimiento, sea el depósito civil o comercial (art. 2217 del C. Civil)[31]. En cambio, el licitador no tiene esta facultad.

[29] Conf.: Baudry-Lacantinerie-Wahl, *Traité théorique et pratique de droit civil. De la société, du prêt, du dépôt*, 3ª ed., Larose, Paris, 1904, nº 1014; Guillouard, ob. cit., p. 301; Borda, ob. cit., *Contratos*, t. II, nº 2005; Erwin Rosenbusch, *El contrato de depósito*, "J.A.", 76-966; Salvat, ob. cit., *Fuente de las obligaciones*, t. III, nº 2373; Messineo, ob. cit., t. V, p. 271.

[30] Cianflone, ob. cit., p. 213.

[31] Conf.: Carlos J. Zavala Rodríguez, ob. cit., *Código de Comercio y leyes complementarias*, t. III, nº 94; Mario A. Rivarola, *Tratado de derecho comercial argentino*, t. III, Bs. As., 1939, nº 821.

§ 353. 3) *¿Es una convención innominada?* — Todo lo que venimos exponiendo parece acomodarse a los cánones tradicionales; sin embargo, debe recordarse que la actividad crediticia tiene sus propias necesidades que se reflejan en la vida económica; ello motiva que los viejos esquemas tambaleen dando nacimiento a nuevas figuras, que aunque construídas sobre las antiguas, responden a las actuales vivencias. El derecho bancario da muestras acabadas de este aserto [32], creando relaciones novedosas, como son el crédito documentario, las cesiones fiduciarias, el *factoring*, el *leasing*, etc. No es extraño, entonces, que también el depósito y la prenda presenten variaciones sobre las construcciones existentes. Por ej., se reconoce que el depósito bancario de títulos-valores, aunque basado en el derecho civil, tiene carácter propio [33]; es un hecho cierto que el depósito bancario (regular o irregular) se aleja cada día más de los cánones tradicionales: no es dudoso en el derecho argentino que en los depósitos irregulares de dinero a plazo fijo el depositante (casi un mutuante) no tiene derecho a exigir la restitución del dinero antes del vencimiento; en tal sentido dispone el art. 3 de la ley 20.663: "Las entidades depositarias no tendrán obligación de reembolsar los depósitos antes de su vencimiento" [34].

[32] Michel Vasseur, *Innovations rélatives aux cessions et nantissements de créances en droit bancaire*, en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, t. III, Tecnos, Madrid, 1971, p. 429.

[33] Jorge M. Santillán, *El depósito bancario de los títulos*, Perrot, Bs. As., 1970, p. 106, admite la existencia de depósito de títulos en garantía (operación originada cuando, para obtener un crédito bancario el cliente entrega al banco títulos en caución); conf. su monografía *Algunas consideraciones sobre el negocio jurídico fiduciario y el depósito bancario de títulos al portador*, en "Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones", Depalma, Bs. As., 1970, ps. 213 y ss.

[34] Conf. con la solución legal: Sergio Rodríguez Azuero, ob. cit., *Contratos bancarios*, p. 233. Un somero análisis de la ley puede verse en Héctor Benélbaz, *El certificado de depósito a plazo fijo nominativo trasferible*, en "Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones", Depalma, Bs. As., 1974, p. 673; Carlos G. Villegas, *Régimen legal de bancos*, Depalma, Bs. As., 1978, p. 250

Como se ha visto, los depósitos en garantía (provisionales o definitivos) no encuadran dentro de ninguna de las figuras nominadas; pero la legislación civil y comercial admite las convenciones innominadas; por ende, ningún inconveniente existe en aceptar que se trata de una nueva figura. Lo fundamental reside, no en buscarle un nombre, sino en haber determinado el régimen aplicable distinguiéndola de las existentes.

§ 354. GARANTÍA DEFINITIVA Y CLÁUSULA PENAL. DIFERENCIAS.

Debemos entonces merituar las diferencias entre ambas figuras.

En algún fallo —aunque en forma incidental— se las ha asimilado: "Si bien la pérdida de la garantía como consecuencia del incumplimiento culposo de las obligaciones del concesionario de un servicio público constituye un resarcimiento de los daños causados al interés general, no es necesario para que dicha pérdida proceda, la demostración de la efectividad de éstos y su monto, pues la cláusula de la concesión que obliga al depósito de garantía reviste el carácter de una cláusula penal" [35].

En cambio, la mayoría de la doctrina nacional y extranjera sostiene que no existe identidad entre ambos institutos. No obstante advertir las grandes diferencias, señalemos que no todas las puntualizadas son exactas. Así, por ej., se ha dicho: "La fianza definitiva no es una cláusula penal. Ello abriría la posibilidad de que se abandonara un contrato —por ej., de obra— en un punto en el que habiéndose ejecutado la parte más beneficiosa del mismo resultara económico, para el contratista, proceder al aban-

[35] Cám. 2ª Civ. y Com. de La Plata, 10/10/44, "Pcia. de Bs. As., en juicio Rossi Piccin y otros c. Nogales" (voto del Dr. Acuña Anzorena), "J.A.", 1945-II-36.

dono de la relación, con pérdida de la fianza definitiva" [36]. Hemos dicho reiteradamente que el deudor no puede liberarse de la principal mediante el pago de la pena (art. 658 del C. Civil), por lo que la asimilación no traería las dificultades apuntadas.

Las diferencias radican no sólo en la circunstancia de que normalmente el objeto de la cláusula penal no se halla en poder del acreedor [37], sino en los aspectos que se analizan a continuación.

§ 355. *a*) *Daños mínimos y superiores.* — El depósito en garantía opera como una cláusula de daño mínimo, pero no impide al acreedor (administración) acreditar daños superiores [38]. Este principio es consagrado con claridad por el art. 51, inc. *e*, de la ley 13.064. De allí que se haya resuelto: "La multa por retardo o incumplimiento del adjudicatario de la obra pública, prevista en la licitación y en el contrato, puede acumularse con la pérdida del depósito de garantía, al igual que la cláusula penal con la indemnización por incumplimiento" [39].

No obstante, y como excepción, Dromi admite que existe un caso en que la Administración debe contentarse con el depósito; es el supuesto previsto por el art. 52 de la ley 13.064, que delimita —al parecer— los daños, impidiendo a la Administración la percepción de los otros perjuicios que pudiera haber sufrido [40].

[36] Sánchez Isac, ob. cit., p. 108.

[37] Ver capítulo IV, *Diferencias entre cláusula penal, seña y prenda* (§ 243 y 230).

[38] Conf.: Dromi, ob. cit., nº 290; Sánchez Isac, ob. cit., nº 108; Berçaitz, ob. cit., p. 141; Mó, ob. cit., p. 193, nº 103; Jacobo Wainer, *Contratos administrativos*, Bs. As., 1939, p. 185; Jorge Romero Pérez, *La licitación pública en Costa Rica*, 1975, Costa Rica, p. 339.

[39] Cám. Nac. Fed., Sala Civ. y Com., 2/2/67, "Gobierno Nacional c. Metalúrgica y Diques Flotantes", "L.L.", 126-636, y "J.A.", 1967-V-239.

[40] Art. 52, ley 13.064: "En caso de que rescindido el contrato por culpa del contratista, la Administración resolviera variar el proyecto que sirvió de base a la contratación, la rescisión sólo determinará la pérdida de la fianza

§ 356. *b) Pacto expreso de liberación.* — Existen algunas disposiciones que parecen incompatibles con el régimen de obras o servicios públicos. Hemos explicado que el Código argentino admite el pacto expreso por el cual se libera al deudor del pago de la principal mediante la pena. Aunque hemos dicho que no se daría en ese caso una verdadera cláusula penal, lo cierto es que esta especie de pactos no aparecen nunca en las relaciones con el Estado; en efecto, sería absurdo que el concesionario de un servicio público pueda interrumpirlo con el simple procedimiento de perder el depósito en garantía.

§ 357. *c) Preferencias y privilegios.* — La cláusula penal no crea ninguna preferencia en el cobro; en cambio, la Administración tendría, según criterio jurisprudencial prevaleciente, un privilegio sobre las sumas depositadas [41].

§ 358. *d) Presupuestos de exigibilidad. Caso fortuito y mora.* — Tampoco son idénticos los presupuestos de exigibilidad:

Se ha visto que si el deudor incumple por caso fortuito, la obligación que tiene por objeto prestaciones determinadas se extingue (art. 665 del C. Civil). En materia de obras públicas, en cambio, se ha dicho que si bien el caso fortuito libera de la obligación de cumplir la principal, no da derecho a la restitución del depósito en garantía cuando el contrato administrativo se resuelve. En tal sentido se ha fallado que "la desvalorización de la moneda y la dificultad de obtener divisas posteriores a la celebración del contrato importan fuerza mayor que justifican el incumplimiento de la licitación; pero no da de-

---

debiendo liquidarse los trabajos efectuados hasta la fecha de la cesación de los mismos".

[41] Dromi, ob. cit., nº 280; Mó, ob. cit., nos. 199 y ss.

recho a la restitución del depósito de garantía" [42]. En cambio, el caso fortuito sí libera del pago de las multas y de las verdaderas cláusulas penales a que nos hemos referido en los puntos 1 y 2 de este título. En tal sentido, puede compulsarse el art. 35 de la ley 13.064 [43].

En cuanto al régimen de la mora, se ha visto que para las relaciones civiles debe aplicarse el art. 509 del C. Civil. En cambio, cuando hipotética o excepcionalmente no se hubiese fijado un término a la obra pública, no será de aplicación lo dispuesto por el art. 509, penúltimo apartado. En razón del interés colectivo resultará un trámite demasiado pesado solicitar la fijación judicial, y por ello debe facultarse a la Administración para que proceda a fijar razonablemente el plazo dentro del cual debe cumplirse la principal, sin perjuicio del derecho del adjudicatario de recurrir la resolución si la considera inadecuada [44]. Esta posibilidad de fijación unilateral del plazo es inexistente en los actos jurídicos del derecho privado. Pero debe recordarse que tratándose de multas o cláusulas penales pactadas en contratos administrativos, la jurisprudencia se ha manifestado en favor de la aplicación del régimen general instituído en el art. 509 del C. Civil. Por eso, *antes de la ley 17.711*, la Cámara Federal de la Capital resolvió, revocando un fallo de primera instancia, que "la

[42] Cám. Fed. Cap., 7/11/37, "Fisco Nacional c. Arrupé", "J.A.", 60-383.

[43] Conf.: Cám. Nac. Apel., Sala C, 31/12/52, "Municipalidad de la Cap. c. Gral. Guido Inmob. Arg.", en "J.A.", 1953-II-46. Aunque alguna vez se ha discutido el alcance de la cláusula por la cual se deja librada a juicio de la administración la existencia de fuerza mayor. La Suprema Corte de Bs. As. resolvió que "la cláusula del pliego de condiciones aceptada por el contratista de afirmados en cuya virtud, ante el incumplimiento de éste, la existencia de fuerza mayor como eximente de responsabilidad queda librada a la apreciación y juicio de la Municipalidad, no importa una renuncia general de las leyes (art. 19 del C. Civil) ni la de un derecho, cuya renuncia esté prohibida". 4/6/40, "Mihanovich, Nicolás, c. Municipalidad de La Plata", "L.L.", 19-474. En disidencia votó el Dr. Alegre, quien consideró que esta facultad de la Administración era siempre revisable judicialmente.

[44] Mó, ob. cit., p. 242, nº 152.

cláusula del contrato de obras públicas que establece una multa por cada día de demora en que incurra el contratista hasta cierto tiempo, pasado el cual la administración podría rescindir el contrato, requiere para su aplicación, a falta de estipulación sobre la mora, la interpelación al contratista de acuerdo al art. 509 del C. Civil" [45].

§ 359. *Garantía y cláusula penal. Similitudes.* — Todo lo señalado no significa negar similitudes que son evidentes: la Administración podrá reclamar en concepto de daños y perjuicios el contenido del depósito sin necesidad de acreditar daño alguno; tanto en uno como en otro caso la pena debe disminuírse en función del cumplimiento parcial (art. 660 del C. Civil). La Procuración Nacional del Tesoro ha dictaminado: "La pérdida de la fianza debe ser proporcional a la parte no cumplida. Si el trabajo comportaba la construcción de varias unidades, la sanción no debe calcularse sobre el número de unidades no terminadas completamente, sino sólo sobre la parte incumplida de cada unidad no terminada".

§ 360. CONCLUSIONES.

De lo aquí expuesto podríamos extraer las siguientes conclusiones:

1) Los contratos administrativos son una especie dentro del género contratos. Ello motiva que existan grandes puntos de contacto entre los contratos del derecho civil y sus diversas modalidades y los contratos administrativos.

2) El derecho administrativo ofrece una variedad indiscutida de sanciones, entre las cuales también se halla la cláusula penal. Ésta es una especie dentro de las sanciones pecuniarias.

[45] 10/6/40, "Castro Romai c. Ferrocarriles del Estado", en "L.L.", 19-64, y "J.A.", 71-67.

3) No obstante, existen entre las penas contractuales civiles y administrativas, diferencias que no alcanzan a destruír su unidad sustancial.

4) En cambio, existen entre la cláusula penal y las multas diferencias de sustancia que impiden la aplicación recíproca de sus respectivos regímenes legales.

5) Tampoco las garantías —ni provisorias ni definitivas— pueden ser asimiladas a las cláusulas penales. Estas garantías no son señas, ni prendas, ni depósitos, en la significación tradicional de estos tipos. Se trata de nuevas figuras del derecho. Lo importante no es encontrarle un nombre sino delimitar su régimen jurídico. Lo expuesto no significa que no existan entre garantías y cláusulas penales numerosos puntos de contacto.

## Capítulo VI

# ALGUNAS CUESTIONES TRIBUTARIAS

### § 361. Advertencia inicial.

El tema nos ha ofrecido muchas dificultades por la diversidad y mutabilidad de las normas legales que rigen la materia. Fue nuestra primera intención verter conceptos generales, pero a poco que ahondamos en el estudio nos convencimos de la imposibilidad de nuestro propósito. Por ello es que en las cuestiones propuestas nos hemos limitado a señalar la solución que consideramos viable *de lege lata*, conforme a la legislación vigente al momento de la redacción del presente trabajo, y a indicar algunas soluciones propiciadas *de lege ferenda.*

### § 362. El impuesto a las ganancias.

La cuestión a decidir es si las sumas pagadas en concepto de cláusula penal están o no gravadas con el impuesto a las ganancias. Junto a caracterizada doctrina [1], estimamos que no puede darse una definición única de "ganancia", válida para cualquier sistema de derecho positivo; al contrario, el concepto de renta o ganancia es en el derecho tributario eminentemente funcional, de contenido diverso según la polí-

[1] Carlos M. Giuliani Fonrouge y Susana Navarrine, *Impuesto a la renta,* Depalma, Bs. As., 1973, p. 26.

tica fiscal que determinado derecho positivo adopte. Recordemos, sin embargo, las dos doctrinas tradicionales en torno de las cuales ha girado el concepto de renta: *la teoría de la fuente* (entre la que incluímos otras tendencias intermedias, como son las de la periodicidad, del fondo de consumo y de las categorías de productos) y la *del incremento patrimonial.* Para la primera, la renta es el producto periódico o susceptible de periodicidad de una fuente duradera que puede consistir en la actividad personal o trabajo o en ciertos bienes materiales o incorporales [2]. Por ello es que requiere la conjunción de las siguientes exigencias: 1) riqueza nueva; 2) derivada de fuente permanente; 3) de rendimiento periódico; 4) riqueza realizada y separada del capital; y 5) que esta renta sea el efecto de una explotación de la fuente productora (esto último exigido por la teoría francesa)[3]. En cambio, para la teoría del incremento patrimonial, renta es todo enriquecimiento o incremento de valor, cualquiera que sea su origen o duración.

El actual sistema argentino que sustituyó a la ley 11.682 no es puro; existe un predominio de la teoría de la fuente, por cuanto es el criterio a aplicar para los contribuyentes en general. Pero si ellos están organizados en forma de empresa, la ley parece haber aceptado la teoría del incremento patrimonial (ver art. 2 de la ley 20.628 y sus modificatorias 21.286, 21.481, 21.604, 21.894, etc., todas según texto ordenado por decr. 3984 del 13/1/78)[4].

[2] Definición de Allix y Lecerclé aceptada por la Corte nacional según referencia de los autores mencionados en nota anterior, p. 25.

[3] Según lo expresan Giuliani Fonrouge y Navarrine, ob. cit., p. 24.

[4] "Art. 2-A. A los efectos de esta ley son ganancias, sin perjuicio de lo dispuesto especialmente en cada categoría y aun cuando no se indique en ellas: 1) los rendimientos, rentas o enriquecimientos susceptibles de una periodicidad que implique la permanencia de la fuente que los produce y su habilitación; 2) los rendimientos, rentas, beneficios o enriquecimientos que cumplan o no las condiciones del apartado anterior, obtenidos por los responsables incluídos en el art. 63 y todos los que deriven de las demás sociedades o de empresas o explotaciones unipersonales, salvo que, no tratándose de los contribu-

§ 363. 1) *Contribuyentes en general.* — Cuando cualquier contribuyente que no esté organizado en empresa recibe una suma determinada de dinero o cosa en cumplimiento de una cláusula penal, ¿debe tributar por ello impuesto a las ganancias?

Como la actual legislación sigue la teoría de la fuente, para responder afirmativamente resulta necesario que los ingresos presenten carácter de periodicidad, que impliquen la permanencia de la fuente que los produce. Por eso, en principio, las cláusulas penales compensatorias no deben tributar. Por ej., cuando el comprador de un piano recibe la suma de $ 1.000.000 pactada como pena por incumplimiento de la obligación del vendedor de entregar la cosa cierta, hace ingresar a su patrimonio una suma que (aun cuando se hubiese pagado en cuotas) no presenta el carácter de rendimiento periódico porque no existe permanencia de la fuente.

En cambio, las cláusulas penales moratorias (que en la mayoría de los casos, aunque no siempre, compensan el lucro cesante) presentan mayores dificultades. Por ej., en virtud del cumplimiento tardío de la obligación de restituír el inmueble por el comodatario, el propietario percibe en concepto de cláusula penal la suma de $ 80.000 por cada mes de atraso. En favor de la no imposición podría sostenerse que las sumas entregadas lo son en concepto de indemnización y que es propio de ella excluír la idea de enriquecimiento. La reparación de daños tiende, precisamente, a recomponer el patrimonio del acreedor al mismo estado en que se hallaba antes de producirse la conducta antijurídica; en cambio, el concepto de ganancia da la idea de provecho, beneficio, utilidad, que es aquí inexistente.

---

yentes comprendidos en el art. 63, se desarrollaran actividades indicadas en los incs. *e* y *f* del art. 72 y las mismas no se complementaran con una explotación comercial, en cuyo caso será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior; 3) los beneficios obtenidos por la enajenación de bienes muebles amortizables, cualquiera fuere el sujeto que los obtenga".

Podría decirse, incluso, que en tal aspecto, ganancia e indemnización son dos términos antagónicos. Nuestra jurisprudencia es reiterada en el sentido de que las indemnizaciones otorgadas no deben ser fuente de lucro para la víctima. La Corte Suprema nacional tiene resuelto: "La indemnización tiende a compensar todo perjuicio que resulte de la pérdida de bienes o ventajas, de manera que reemplaza los valores perdidos, entre los que se incluyen los dejados de percibir. Como trata de colocar a quien sufre el daño en igual condición en que se encontraba antes de producirse el hecho que le dio origen, no puede admitirse, como principio, su carácter de beneficio, ni que genere enriquecimiento" [5]. Aunque este fallo se refiere al viejo impuesto de ganancias eventuales, le otorgamos valor para resolver el tributo en estudio, pues —en definitiva— se trata de conceptualizar jurídicamente a la ganancia.

En apoyo de la tesis positiva podría argumentarse, en cambio, que el concepto de ganancia tiene en el derecho tributario una acepción más amplia (o por lo menos distinta) que las que presenta en el derecho civil y, por tanto, siempre que se produzcan aumentos en forma periódica, ellos deben ser gravados.

Consideramos que la disyuntiva debe ser así solucionada: la cláusula penal debe ser calificada del mismo mo-

[5] C.S., 13/9/68, "Zacarías Grisaleña c. Fisco Nacional", por repetición, "Fallos", 271-335. Se resolvió, con voto de los doctores Ortiz Basualdo, Chute y Bidau, que "por aplicación de lo dispuesto en el art. 26, inc. *b*, de la ley 15.775 no está gravado por el impuesto a las ganancias eventuales lo pagado al inquilino en concepto de indemnización por desalojo. No obsta a ello la circunstancia de haberse fijado la indemnización extrajudicialmente y sin previa prueba sobre el alcance del daño si no se ha probado que existiera colusión entre las partes o que el monto convenido exceda el daño real". En disidencia votaron los doctores Risolía y Cabral.

En contra de este principio, la Cám. Nac. Paz, Sala II, resolvió el 30/7/57 que "el convenio por el cual el inquilino, renunciando a los beneficios de las leyes de emergencia en materia de locación, percibe por la desocupación del inmueble una suma de dinero está sujeto al pago del impuesto a las ganancias eventuales" (en "Digesto Jurídico La Ley", t. VII-L-Z, p. 554, sumario 3118).

do que el beneficio que sustituye; si éste es un rédito, lo es también aquélla [6]. Por ej., si la cláusula penal está sustituyendo los alquileres actualizados que percibiría el propietario, ella está gravada, porque los arrendamientos también lo están. Ésta es la razón por la cual, por ej., están gravadas ciertas indemnizaciones que algunos autores consideran como cláusulas penales de origen legal [7], tal como ocurre con las indemnizaciones por preaviso (art. 20, inc. *i*, última parte). En efecto, este tipo de indemnizaciones están gravadas porque la ley considera que son una continuación de las remuneraciones, y como éstas están gravadas, también lo están sus sustitutivos. Por eso la Corte Suprema resolvió: "La suma percibida por el contribuyente de la sociedad de la que fue principal gestor en su formación y administrador exclusivo, por la renuncia que formuló de los derechos que tenía en la misma, a seguir cobrando una suma fija anual más un porcentaje sobre las utilidades, en su carácter de director y administrador general, importa un rédito imponible —proveniente del trabajo—, y no la recuperación de un capital, puesto que ninguno había invertido en la empresa abandonada" [8]. El máximo tribunal consideró que esta indemnización no era sino un sustituto de las remuneraciones pactadas, por lo que debía seguir la misma suerte de la prestación subrogada.

En cambio, si la cláusula penal sustituye beneficios no gravados o exentos (por ej., una cláusula penal percibida por un escritor por incumplimiento a su debido tiempo por parte del editor del pago de sus derechos de autor) no está gravada (art. 20, inc. *j*, de la ley 20.628).

[6] Conf.: Marcos Rabinovich, *Impuesto a los réditos*, Cont. Moderna SRL, Bs. As., 1957, p. 157.

[7] Por nuestra parte, no admitimos a la ley como fuente inmediata de la obligación accesoria en estudio, como se ha expuesto en el § 41.

[8] C.S., 16/9/45, "Zouninus, V., p/Impuesto a los réditos", en "L.L.", 40-752; los antecedentes de este fallo pueden compulsarse en "L.L.", 36-216. La resolución es citada por Enrique Jorge Reig, *El impuesto a los réditos*, Contab. Moderna S.R.L., Bs. As., 6ª ed., 1972, p. 492.

El Tribunal Fiscal de la Nación ha tenido oportunidad de pronunciarse en un caso de caracteres muy semejantes a los que presenta una cláusula penal. La solución dada, sin embargo, nos parece por demás dudosa: la Municipalidad de la Ciudad de Mendoza despojó ilícitamente a S. A. Mercados y Frigoríficos Mendoza de un inmueble. Ante la conducta antijurídica del municipio, la justicia mendocina lo condenó a restituír el inmueble; la despojada inició un juicio por daños y perjuicios por la retención indebida del inmueble, el que culminó con una convención transaccional por la cual la Municipalidad pagó a la actora una suma de dinero representativa de todos los alquileres que esta última habría percibido de haber estado en su poder el inmueble ilegítimamente retenido. La Dirección General Impositiva sostuvo que dichas sumas debían devengar el impuesto a las rentas, en virtud de que esta indemnización era sustitutiva del lucro cesante. En cambio, el contribuyente pagó bajo protesta e inició el posterior juicio por repetición, sosteniendo que por tratarse de indemnizaciones no debía tributarse. La cuestión llegó hasta el Tribunal Fiscal de la Nación, el cual, siguiendo la jurisprudencia de la Corte nacional trascrita *supra*, resolvió que no correspondía el pago del impuesto [9]. Sin embargo, estimamos que en el caso correspondía la tributación, porque si bien es cierto que en materia de hechos ilícitos es razonable suponer que nadie se somete "habitualmente" a sufrir daños, faltando en consecuencia el requisito de la habitualidad, de hecho es que en el caso estaba suficientemente acreditado que la indemnización pagada era sustitutiva del lucro cesante. Es decir, que en última instancia el contribuyente resultó beneficiado con el acto ilícito, porque si él no se hubiera producido, debiera haber tributado por las rentas percibidas; en cambio, como fue despojado y luego se le

[9] "S.A. Mercados y Frigoríficos Mendoza c. Rec. de apelación por denegatoria de repetición impuesto a los réditos", 28/8/75, inédito.

reparó el perjuicio causado, no tributó, lo cual es un contrasentido.

Por eso, con el criterio al cual nos adherimos se ha resuelto que "los intereses que paga el Estado en los juicios de expropiación están sujetos al impuesto a los réditos" [10]. Y, por no ser sustitutiva de beneficios sujetos a imposición, se dispuso que "las sumas que con motivo del fallecimiento del causante debe entregar la compañía aseguradora, semestralmente y durante un determinado número de años, a los beneficiarios de un seguro dotal, por no haber mediado opción que la obligue a pagar de una sola vez toda la indemnización, *no* constituyen una renta imponible en los términos de la ley 11.682 y se hallan exentas del impuesto a los réditos" [11].

Aclaramos que en todos los casos previamente reseñados no se trataba de cláusulas penales sino de indemnizaciones fijadas legal, judicial o convencionalmente (con posterioridad a la producción del hecho dañoso); pero consideramos que los principios a aplicar son los mismos por tratarse de situaciones análogas.

§ 364. 2) *Contribuyente-empresa.* — Cuando el contribuyente está organizado en forma de empresa, el problema es de más difícil solución porque, como hemos expuesto, la actual legislación ha adoptado para ellas la teoría del incremento patrimonial. Por eso, aun las cláusulas compensatorias podrían estar sometidas a tributación. Sin embargo, debe recordarse que en virtud de las modificaciones introducidas por la ley 21.347 (y su modificatoria 21.911) a la ley 21.284, se ha quebrado aún más el esquema. A tenor de esta legislación, en muchos supuestos los actos jurídicos

[10] Cám. Fed. Nac., Sala contenciosoadministrativa, 13/7/64, "Compañía de Electricidad de Corrientes S.A. c. Gobierno Nacional", en "L.L.", 116-185.

[11] C.S., 21/4/41, en "Digesto Jurídico La Ley", t. VIII-L-Z, p. 664, sumario 4416.

sobre inmuebles tributan el impuesto a los beneficios eventuales, y no el de las ganancias. Ello ocurre cuando se trata: de inmuebles desafectados de la industria, comercio o explotación (incluso agropecuaria) del contribuyente y que se enajenan después de los dos años contados desde la fecha de su adquisición; de inmuebles adquiridos para liquidar créditos provenientes de la industria, comercio, explotación (incluso agropecuaria) o profesión del contribuyente, siempre que se enajenaran después de los dos años contados desde su fecha de adquisición; o cuando se ha variado la situación de los inmuebles que perteneciendo a los responsables del art. 63 de la ley del impuesto a las ganancias o a otras sociedades, empresas o explotaciones unipersonales, no se hubieran utilizado en el comercio, industria o explotación de tales contribuyentes [12]. Pero salvo estos supuestos de excepción, parecería que las cláusulas penales deben tributar el impuesto a las ganancias. Los argumentos en favor de la tesis positiva son los siguientes:

*a*) El concepto de ganancia tributaria comprende todos los rendimientos, rentas, beneficios o enriquecimientos derivados de la realización a título oneroso de cualquier acto o actividad, sea habitual o no [13].

*b*) El régimen de exenciones está taxativamente determinado, no figurando las cláusulas penales entre las expresamente enunciadas.

*c*) En la mayoría de los casos las cláusulas penales no son indemnizatorias, sino exclusivamente compulsorias, por lo que el valor recibido representa un beneficio neto que incrementa el patrimonio. Lo mismo ocurre cuando se cumplen ambas funciones: siempre la diferencia entre el per-

[12] Raúl Otero, *Los inmuebles frente a los impuestos a las ganancias y a los beneficios eventuales*, "Der. Fiscal", año XXVI, nº 305, nov. 1976, p. 436.

[13] Salvo, como hemos expuesto, algunos supuestos de enajenación de inmuebles que han sido sacados del ámbito de la ley 21.284 para ser llevados al impuesto a los beneficios eventuales.

juicio real y lo indemnizado representa un beneficio imponible.

De estos principios se deduciría inexorablemente que es a cargo de la empresa contribuyente acreditar, en el caso concreto, que cuando ha percibido una cláusula penal ha sufrido daños ciertos, quebrantos que ésta ha destinado a cubrir. Pero si tales daños no se prueban, el criterio fiscalista debe prevalecer y presumirse la función típicamente compulsoria de la pena, que es debida con independencia de la existencia de daños.

Creemos estar en condiciones de replicar con éxito estos argumentos:

*a*) Por muy lato que sea el concepto de ganancia, nunca puede llegar a comprender las sumas que reparan el daño emergente, porque éstas, precisamente, no importan un enriquecimiento. Por eso, si son sustitutivas de prestaciones que no tributan, ellas tampoco deben hacerlo. En este sentido queremos recordar algunos casos que presentan caracteres similares al propuesto.

Cuando un contrato se resuelve por aplicación de la teoría de la imprevisión (art. 1198 del C. Civil), corresponde restituír las sumas entregadas; pero a fin de volver a la situación *ante quo* y no enriquecer indebidamente a la parte perjudicada por el hecho imprevisible, éste debe restituír no sólo las sumas nominalmente recibidas, sino que ellas deben ser reajustadas en virtud de la depreciación monetaria operada. De hecho es que reingresará entonces al patrimonio del contratante frustrado una suma superior a la entregada. Sin embargo, la diferencia nominal entre lo entregado y lo restituído no puede ser considerada "ganancia" en los términos de la ley impositiva [14]. Tanto es así que la moderna legislación tributaria admite la revaluación de los

[14] Conf.: Elías López Agnetti, *El art. 1198 del C. Civil y el impuesto a las ganancias*, en "La Información", t. XXXIII, año XLVI, año 556, abril de 1976, p. 393.

estados contables. Recordamos —incluso— que el art. 20, inc. *z*, de la ley 21.284 declaró exentos de tributación los montos provenientes de actualizaciones de crédito de cualquier origen o naturaleza (vigente ahora sólo para el contribuyente individual), y la ley 21.894 creó todo un mecanismo de reajuste obligatorio para el contribuyente organizado en forma de empresa, cuya finalidad —conforme lo expresa la exposición de motivos— es evitar que el impuesto recaiga sobre ganancias meramente nominales.

Cuando las operaciones se rescinden o se resuelven, tampoco corresponde que el contribuyente pague el impuesto a las ganancias sobre las utilidades que hubiese percibido de quedar firme la operación, porque ello significaría imponer un gravamen a un rédito inexistente. En tal sentido se ha resuelto que "no corresponde aplicar impuesto a los réditos y tampoco impuesto a los beneficios extraordinarios sobre la ganancia emergente de una operación comercial que luego fue rescindida por deterioro de la mercadería; lo contrario significaría cobrar el gravamen sobre un rédito inexistente, tanto más teniendo en cuenta que aquellos tributos no son de carácter objetivo, como el de sellos, sino que afectan ganancias líquidas, previa deducción de cargas admitidas y de quebrantos de ejercicios precedentes" [15].

Hemos explicado oportunamente cómo, en algunos casos, la aplicación de la cláusula penal compensatoria va acompañada en la práctica de la resolución contractual, por lo que a los fines tributarios, deben aplicarse los mismos principios (ver § 168).

*b*) Por taxativo que sea el régimen de exenciones, de hecho es que él está condicionado a lo que es materia imponible. El argumento de la tesis positiva prueba demasiado, porque con ese criterio debieran ser materia de imposición hechos que importan indudablemente un enriqueci-

[15] Cám. Fed. Nac., Sala Contenciosoadministrativa, 14/11/63, "Filkington c. Gobierno Nacional", en "L.L.", 115-152.

miento o aumento del patrimonio, como son, por ej., los supuestos de terrenos adquiridos por accesión, avulsión, etc. Sin embargo, nunca al fisco se le ha ocurrido mantener esta posición, pese a que estos hechos jurídicos no se hallan enunciados en el art. 20 de la ley (salvo que se lo considerara un enriquecimiento a título gratuito, incluído en el inciso *y* —ahora sólo aplicable al contribuyente individual—, lo cual resulta bastante dudoso, pues los hechos jurídicos no pueden catalogarse de gratuitos u onerosos. Ésta es una clasificación que corresponde a los *actos* jurídicos).

*c*) No existe razón para presumir que la cláusula es compulsoria y que no se ha reparado daño alguno. Al contrario, el incumplimiento de las obligaciones, presumiblemente causa daños. Ésta es la razón última —según doctrina francesa— de por qué la cláusula se debe no obstante no probarse perjuicio alguno. Por eso, incumbe al Estado destruír esta presunción legal y acreditar que la cláusula penal ha enriquecido al contribuyente en tanto y en cuanto el incumplimiento no le produjo daños o fueron menores a los pagados mediante la estipulación.

Sin embargo, debe recordarse que —como se ha explicado anteriormente— a falta de disposición expresa en contrario, nuestra jurisprudencia presume que la cláusula penal compensa tanto el daño emergente como el lucro cesante [16]. Por eso, el contribuyente, cada vez que no surja clara la discriminación de los rubros pagados, deberá estimarlo en su declaración jurada anual. Y si se indemnizó el lucro cesante corresponde, atento a la amplitud de los términos del art. 2, inc. 2, de la ley 20.628, que tribute proporcionalmente a este rubro, aun cuando no permanezca la fuente productora.

[16] Ver lo dicho en el § 114.

§ 365. IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS.

El día 8 de mayo de 1978 se publicó en el "Boletín Oficial" de la Provincia de Mendoza la ley 4259, que regula el impuesto sobre los ingresos brutos. Las modificaciones introducidas a la legislación hasta ese momento vigente tuvieron por objeto —según el mensaje elevado por el Ministerio de Hacienda— "uniformar las disposiciones que sobre el mencionado impuesto rigen en las distintas jurisdicciones". Este propósito se ratificó en la ley 4327, publicada en el "Boletín Oficial" de la Provincia el día 19/3/79, que modifica al anterior adoptando las pautas sugeridas por la Secretaría de Estado de Hacienda de la Nación. Con fecha 29 de agosto de 1979, el "Boletín Oficial" de la Provincia publicó la ley 4362, que tuvo por finalidad armonizar y coordinar la legislación provincial. Pareciera —en consecuencia— que lo que aquí se diga valdrá no sólo para el ámbito mendocino, sino que sus principios serán aplicables —en general— al resto de los ordenamientos tributarios provinciales.

§ 366. *El principio general.* — Recordamos brevemente que el impuesto grava los ingresos brutos provenientes del "*ejercicio habitual y a título oneroso,* del comercio, industria, profesión, oficio o negocio, locación de bienes, obras o servicios, o cualquier otra actividad a título oneroso —lucrativa o no—, cualquiera sea la naturaleza del sujeto que la preste incluídas las sociedades cooperativas" (art. 159, ley 4362). Por ello resulta claro que las cláusulas penales no están —en general— gravadas con este tributo. Ni siquiera en la cláusula moratoria puede hablarse de un *ejercicio habitual*; insistimos en que nadie se somete "habitualmente" a sufrir daños derivados del incumplimiento contractual.

§ 367. *Casos particulares.* — Sin embargo, el art. 161 de la ley se refiere a numerosos casos en los cuales no es necesario que se cumpla con la periodicidad y repetición establecida como regla. Entre ellos se menciona la locación de inmuebles, las operaciones de préstamos de dinero con o sin garantías, la realización durante el plazo de un año de más de dos operaciones de compraventa de inmuebles efectuadas antes del trascurso de un año de la respectiva fecha de adquisición o incorporación al patrimonio, etc.

En esos supuestos de operaciones o negocios jurídicos aislados pareciera que las cláusulas penales deben ser tenidas en cuenta a los efectos de la determinación de la base imponible. Nos fundamos en que la ley grava indiscriminadamente todos los ingresos incorporados al patrimonio, sea a título de indemnización o de ganancia. Demostración acabada de lo expuesto la da el art. 184, último párrafo, que con un criterio fiscalista *à outrance* —que no compartimos— declara que incluso los *ajustes por depreciación monetaria* están sujetos al mismo tratamiento que el establecido para los ingresos brutos provenientes de las actividades en las cuales se originan. Si los reajustes dinerarios (que en realidad ningún "ingreso real" producen en el patrimonio) están sujetos al mismo tratamiento que la actividad en la cual se origina, *a fortiori* pareciera que debe estarlo la cláusula penal, la que no siempre cumple una función indemnizatoria, pues como se ha dicho reiteradamente, a veces no existen daños y sin embargo la pena se debe.

§ 368. IMPUESTO DE SELLOS.

¿Cómo debe liquidarse el impuesto de sellos en las legislaciones que adoptan el principio de la proporcionalidad sobre el monto del instrumento cuando se ha pactado una cláusula penal?

Recordemos, siquiera brevemente, que el impuesto de sellos es aquel que "grava los actos, contratos y operaciones por el solo hecho de su instrumentación o existencia material, con abstracción de su validez y eficacia jurídica o verificación de sus efectos" [17] (art. 3, ley nacional 20.046, y sus modif. t.o. 1977; 202 del C. Fiscal de Mendoza, red. ley 4362). Es decir que salvo disposición legal en contrario, aun los instrumentos en los que constan actos nulos tributan el impuesto (arts. 4 de la ley nacional y 202 —última parte—, C. Fiscal de Mendoza). Sin embargo, algún autor ha pretendido que el principio expuesto no se aplica a los actos nulos de nulidad absoluta, porque ellos carecen de todo efecto, siendo viable, en consecuencia, la repetición del impuesto [18]. Pero esta posición no ha logrado adeptos porque el impuesto de sellos es de aquellos típicamente *objetivos*; es decir, se tributa por la sola creación o existencia material del instrumento.

A los efectos de la tributación de las cláusulas penales estimamos necesario hacer algunas distinciones según la accesoria se haya estipulado en el mismo instrumento que la principal o por separado.

§ 369. *Cláusula estipulada en el mismo instrumento que la principal.* — El primer problema a dilucidar es si ambas obligaciones tributan o, al contrario, sólo lo hace la principal. En la legislación mendocina la solución es clara. En efecto, el art. 203 del C. Fiscal (según redacción ley 4362) dispone: "El impuesto establecido para *cada uno* de los actos, contratos, *obligaciones* y operaciones, es *independiente* y debe ser satisfecho *aisladamente*,

[17] Conf.: Mario Enrique Althabe, *Tratamiento fiscal de las cláusulas penales*, en "Fides", nº 44, p. 422; Giuliani Fonrouge, ob. cit., *Derecho financiero*, t. II, Depalma, Bs. As., 1962, p. 779.

[18] Domingo López Saavedra, *La aplicación de la ley de sellos a los instrumentos que no formalicen actos, contratos u obligaciones civiles*, en "Rev. Jurídica de Bs. As.", t. II, 1959, p. 165.

según corresponda por este Código, aunque concurran o se formalicen en un mismo instrumento, salvo expresa disposición en contrario. No se aplicará la disposición precedente cuando manifiestamente los distintos actos, contratos, obligaciones y operaciones, versaren sobre el mismo objeto, se *formalizaren en un mismo instrumento* y entre las mismas partes, siempre que guardaren una relación de *interdependencia* tal que no pudiere existir el accesorio a falta del principal; en ese caso se pagará solamente el impuesto correspondiente al hecho imponible de mayor tributación" (las bastardillas son nuestras).

Ésta parece ser también la solución de la ley nacional 20.046, que ordena en su art. 8: "Si en un mismo instrumento se formalizan entre las mismas partes varios actos que versan sobre un mismo objeto y guardan relación de interdependencia entre sí, sólo debe abonarse el impuesto correspondiente al acto cuyo gravamen resulte mayor".

Legislación y doctrina son coincidentes en el punto. Dice Rabinovich, refiriéndose a la obligación accesoria que emana del derecho real de hipoteca: "Si ambas obligaciones se instrumentan en un mismo documento, puede aplicarse la disposición que admite el pago de un solo gravamen siempre que concurran los requisitos que dicho artículo fija" [19].

Siendo la cláusula penal una obligación accesoria, es evidente que está sometida al régimen de excepción previsto en las normas trascritas y, por ende, pagará impuesto la principal o la accesoria según cual fuere la de mayor tributación.

Si se ha pactado una pena compensatoria, normalmente se liquidará el impuesto sobre la base de esta última, porque cumpliendo ella una finalidad compulsoria, al mo-

[19] Marcos Rabinovich, *Impuesto de sellos de la Capital Federal y Territorio Nacional*, ed. Cont. Moderna, Bs. As., 1954, p. 165.

mento de la concertación su valor será superior al de la principal.

La solución expuesta es clara cuando tanto la principal como la accesoria son prestaciones de dar sumas de dinero, o las partes han determinado en el contrato su valor pecuniario. Pero si ellas consisten en obligaciones de dar cosas ciertas o inciertas, o cantidades de cosas no pecuniarias, corresponde la aplicación de los arts. 229 del C. Fiscal de Mendoza y 33 de la ley nacional, que obligan a las partes a estimarlo fundándose en elementos de juicio adecuados. No obstante, la Dirección de Rentas puede impugnar la estimación efectuada por las partes y practicarla de oficio sobre la base de los elementos justificativos que se determinen. Si sólo ha sido valuada una de ellas, perdura el derecho del contribuyente a estimar la otra; claro está que siempre tributará aquella cuyo gravamen resulte mayor.

En cambio, si lo pactado es una pena moratoria, el problema es de más difícil solución, por cuanto no se puede determinar de antemano a cuánto ascenderá esa pena y a que se desconoce si el deudor incurrirá en retardo y por cuánto tiempo. En el orden nacional debe aplicarse el art. 22, que dispone: "En los contratos de locación y en general de ejecución sucesiva, *pagos periódicos y otros análogos,* el impuesto se aplicará sobre el valor correspondiente a la duración total. *Si la duración no fuera prevista* el impuesto se calculará como si aquélla fuera de *cinco años*". Es decir, que a los fines de determinar si la cláusula penal moratoria es la de mayor tributación, deberá calculársela como si el retardo eventual fuera de *cinco años.*

En el orden provincial mendocino no existe norma semejante, porque el art. 224 del C. Fiscal se refiere exclusivamente a los contratos de locación; nada permite aplicarlo a las penas moratorias. Por eso estimamos que en la provincia debe aplicarse el art. 229, que en su última parte

dispone que si no fuera posible de apreciarse en dinero deberá pagarse el impuesto fijo que establezca la ley impositiva con carácter definitivo. No es de aplicación el primer párrafo del art. 229 del C. Fiscal provincial (que permite a las partes estimar el valor de las prestaciones), porque dado el carácter eventual de la cláusula penal, las partes no pueden estimar algo que no saben si se producirá y por cuánto tiempo.

§ 370. *Cláusula penal estipulada en instrumentos separados.* — Podría sostenerse que este nuevo instrumento no debe tributar el impuesto a los sellos. Los argumentos en favor de esta tesitura serían los siguientes:

*a*) Teniendo la cláusula penal carácter eventual, no debiera tributar porque no se sabe si se producirá o no el hecho que la genere.

*b*) Atento al carácter indemnizatorio de la cláusula, su única virtualidad consiste en liquidar preventivamente los daños y perjuicios, por lo que carece de un real contenido económico.

*c*) El nuevo instrumento no es sino uno accesorio del principal del cual depende.

Los argumentos son vulnerables:

*a*) El carácter condicional no altera la obligación de tributar. En tal sentido las disposiciones impositivas son claras. Por ej., la ley nacional dispone en su art. 5 que los actos sujetos a condición se entenderán, a los efectos del impuesto, como si fueran puros y simples. En el mismo sentido se pronuncia el art. 202 del C. Fiscal provincial.

*b*) Insistimos en que el impuesto se tributa por la sola *instrumentación* de una obligación. En sentido análogo se ha resuelto en sede administrativa que "el documento mediante el cual se anula el contrato de venta anteriormente celebrado que pagó el gravamen fijándose el monto de la indemnización por su incumplimiento, no configura

por su naturaleza un contrato de compraventa, sino la instrumentación de una obligación de abonar una suma de dinero en concepto de indemnización *gravado* por el impuesto establecido por el art. 14, inc. *s*" [20]. No existen razones para distinguir, en cuanto a la tributación, las indemnizaciones fijadas con *posterioridad* a la producción del incumplimiento, de aquellas establecidas *antes* de que él acontezca.

*c*) Si bien es cierto que este instrumento es accesorio del principal que ya tributó, es uno nuevo que en gran medida está modificando los requisitos generales de contratación. En el Código Fiscal mendocino encontramos normas que apoyan nuestra tesitura. El art. 240, incs. 8 y 9, según texto de la ley 4362, dispone que "están exentos del pago del tributo los vales y documentos similares que no consignen obligaciones de pagar sumas de dinero, las boletas o facturas de venta sin el conforme del deudor, los remitos y cartas de aporte que sólo acrediten la recepción de mercaderías". Pero continúa diciendo la norma citada: "Los instrumentos enumerados precedentemente no estarán exentos cuando contengan cláusulas contractuales". "A los efectos de este inciso entiéndese como cláusulas contractuales aquellas que se refieren a formas de pago en cuotas periódicas o escalonadas, garantías a constituír, *consecuencias del incumplimiento* y toda otra que demuestre la voluntad de las partes de someter el acto del cual emana la factura o cuenta a un régimen especial". Es decir, que la ley considera sometido a tributo todo aquel instrumento que, aunque en sí mismo exento, compruebe las *consecuencias del incumplimiento.* Además, el art. 203 ya trascrito exige, para que la obligación accesoria esté exenta, que se haya formalizado *en el mismo instrumento.*

[20] Resolución 95 del 19/2/46, "B.O.", 11/3/46, citada por Marcos Rabinovich, *Jurisprudencia administrativa y judicial sobre impuesto de sellos*, Bs. As., 1950, p. 22.

Ésta es la solución propiciada por la doctrina que se ha preocupado del tema [21].

En cambio, en el orden nacional la solución es la contraria a la expuesta; el art. 45 dispone: "Estarán exentos del pago del impuesto, las fianzas u otras *obligaciones accesorias* como así mismo la constitución de prendas, cuando se pruebe que han sido contraídas para garantizar obligaciones otorgadas en jurisdicción nacional, que hayan pagado el impuesto correspondiente. Si no se demostrara el pago del impuesto sobre el instrumento principal, el documento en el cual se formalicen las obligaciones accesorias estará sometido al impuesto correspondiente o al que grava la obligación principal, el que sea mayor, sin perjuicio de las sanciones que pudieran corresponder".

En consecuencia, en el orden nacional, atento a la exención expresamente determinada por la ley, la solución es idéntica a los casos en que la cláusula penal se pactó juntamente con la principal. En cambio, en el ámbito provincial, ante la carencia de una norma expresa en tal sentido, el nuevo instrumento tributará con independencia de que haya tributado aquel en que constó la principal.

En cuanto a la forma de liquidar el impuesto, deben aplicarse los mismos principios expuestos en el § 369.

### § 371. TASA DE JUSTICIA [22].

Cabe finalmente responder a la cuestión vinculada a cómo debe liquidarse la tasa de justicia en aquellos procesos en que se reclaman cláusulas penales.

Cuando se ha demandado principal y pena compensatoria acumuladas (en los supuestos en que ello es viable),

[21] Rabinovich, ob. cit., *Impuesto de sellos...*, p. 164.

[22] El título no significa desconocer la amplia polémica acerca de si se trata de un impuesto o de una tasa. Simplemente supone denominar este tributo de conformidad con las legislaciones más modernas (ver ley 18.525, según t.o. 1977).

debe liquidarse la tasa de justicia sobre ambas conjuntamente, porque el valor reclamado es el monto total. En tal sentido y para un caso similar se ha resuelto que "cuando se reclama la rescisión de un contrato y juntamente el resarcimiento de daños y perjuicios, para la liquidación del impuesto de justicia debe calcularse el valor del contrato cuya rescisión se demanda, *además* del monto de los daños" [23]. En cambio, si la pena compensatoria se hubiese solicitado subsidiariamente para el caso de cumplimiento imposible de la principal, sólo debe tributarse sobre el monto de esta última.

Si se ha pretendido el pago de la cláusula penal moratoria a la manera de un capital previamente liquidado al momento de la interposición, es sobre éste que debe calcularse la tasa, con independencia del valor de la principal. Resolviendo un caso análogo se dijo: "En la demanda por rescisión del contrato de compraventa de un inmueble y la pérdida de la suma entregada a título de seña, el impuesto de justicia debe satisfacerse sobre la cantidad entregada a cuenta de precio, que es la realmente reclamada por el actor" [24].

En los casos en que se reclama principal y moratoria sin determinar inicialmente el monto de ella porque se devengará durante el proceso, sólo debe tenerse en cuenta al momento de interposición de la demanda, la prestación principal. Éste es el criterio legal y jurisprudencial en materia de intereses: "Para determinar el valor del juicio no se tomarán en cuenta ni los intereses ni las costas, salvo lo dispuesto por el inc. *a* del punto segundo del art. 2" (que se refiere a las ejecuciones fiscales) (art. 6, ley nacional de tasas judiciales 18.525, y sus modificato-

[23] Cám. Nac. Com., en pleno, 17/5/57, "Rep. La Ley", t. VIII, p. 734, nº 5264.

[24] Cám. Civ. 2ª, 4/12/45, "Quiroga c. Bromberg", en "J. A.", 1946-I-906, y "L.L.", 41-84. Conf.: Cám. Nac. Civil, Sala D, 15/9/53, "L.L.", 74-133, y "J.A.", 1953-I-339.

rías según texto ordenado en el año 1977). "El impuesto de justicia en los procesos contenciosos se calcula sobre el capital y no sobre los intereses reclamados" [25]. Sin embargo, cuando en la sentencia se ha condenado a pagar las cláusulas penales que se devengaron durante la tramitación, antes de ordenar el archivo de las actuaciones el actuario deberá practicar la liquidación de la tasa proporcional de justicia que no se hubiera satisfecho oportunamente por estar su monto indeterminado al momento de interposición de la demanda (art. 8 de la ley nacional citada).

Este principio está implícito en el art. 300 del C. Fiscal de Mendoza, que dispone: "Cuando el monto de la condena sea superior al tomado como base para el pago realizado, deberá oblarse la tasa que corresponda a la diferencia, dentro de los 30 días de quedar firme la resolución y previamente a exigirse el cumplimiento. Formará parte de la base indicada en el párrafo anterior el 50 % del importe de la actualización monetaria dispuesta judicialmente".

### § 372. EL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO.

No tenemos absolutamente ninguna duda de que las cláusulas penales (sean moratorias o compensatorias) no tributan este impuesto.

El art. 6, inc. 2, de la ley 20.631 —t.o. 1977—, cuando establece que "son integrantes del precio neto gravado... *los gastos financieros (intereses, comisiones y similares)*", se ha referido a los intereses compensatorios, pero no a los moratorios ni a las cláusulas penales.

Compartimos plenamente los razonamientos de Ymaz Cossio [26] cuando afirma que, vencido el plazo otorgado,

[25] Cám. Nac. Civ., Sala E, 24/8/65, "Consorcio de propietarios Larrea 328 c. Los Arrayanes S.A.", en "L.L.", 120-844.

[26] Esteban Ymaz Cossio, *El impuesto al valor agregado y las actualiza-*

los intereses ya no representan el valor de un servicio financiero prestado, sino que su naturaleza jurídica es la del resarcimiento de los daños producidos por la conducta indebida del comprador, locatario, etc. Si se pretendiera que estas cláusulas deben tributar, sería tanto como intentar gravar un perjuicio. Termina su escueto y valioso trabajo con el siguiente argumento: "Como la fecha del impuesto al valor agregado depende, en general, de la facturación o del perfeccionamiento de la operación, ocurre que el contribuyente o el responsable soportaría más de una vez el impuesto, a moneda constante, si se lo obliga a abonarlo sobre la actualización o intereses moratorios, cuando ya pagó, en tiempo oportuno, por la factura u operación originaria".

---

*ciones o intereses por causa de mora*, en "Rev. Legislación Argentina", nº 154, agosto de 1979, p. 18.

## Capítulo VII

# LA CLÁUSULA PENAL EN LOS CONTRATOS EXTRANACIONALES

§ 373. Advertencia inicial.

Nos proponemos indicar cuáles son las reglas de derecho internacional privado que regulan las cláusulas penales pactadas en contratos extranacionales. Sin embargo, debemos hacer algunas aclaraciones vinculadas a los límites que nos hemos impuesto en nuestra tarea.

§ 374. *Ubicación dentro de las normas que rigen los contratos.* — Aunque la cláusula penal puede emanar de la voluntad unilateral [1], circunscribimos la cuestión a las que nacen de los contratos, no sólo porque pretendemos abordar sólo los casos más comunes, sino porque el régimen internacional de las obligaciones que tienen su causa en fuentes que no son los contratos no ofrecen grandes dificultades. Demostrativo de lo dicho es que la mayoría de los autores nacionales que investigan el derecho internacional privado, cuando se refieren al derecho de las obligaciones entran al estudio pormenorizado de las derivadas de la convención, haciendo sólo referencias escuetas a las

[1] Ver § 37.

que tienen su fuente en la ley, en los hechos ilícitos, en los actos jurídicos unilaterales [2].

§ 375. *Dificultades del tema.* — Somos conscientes de la dificultad de la empresa propuesta. Existe acuerdo doctrinal en señalar que uno de los temas más difíciles del derecho internacional privado es el relativo al régimen de los efectos de las obligaciones: su extensión, la multiplicidad de fases desde las cuales debe contemplarse, la policromía de criterios, etc. [3].

§ 376. *Contenido de la terminología utilizada.* — Parece imprescindible aclarar los alcances que damos a los vocablos usados. Desde un punto de vista puramente teórico, bastaría la presencia de un elemento no nacional para trasformar el contrato en extranacional, pero tal como se advertirá, desde el punto de vista del derecho positivo, la presencia de ciertos elementos extranacionales es irrelevante. En opinión de algunos, "para el derecho internacional privado argentino, contrato extranacional es aquel destinado a ser cumplido en un lugar distinto a aquel en que fue celebrado. Puede tratarse de un contrato celebrado en nuestro país para ser ejecutado fuera de él o de un contrato celebrado en el extranjero para ser cumplido en la República, o celebrado fuera del territorio nacional sin indicarse cuál será el lugar de cumplimiento" [4]. Para Bog-

[2] A vía de ej., ver Carlos A. Lazcano, *Derecho internacional privado*, Ed. Platense, La Plata, 1965, nos. 213 y ss.; Carlos M. Vico, *Curso de derecho internacional privado*, 5ª ed., t. I, B.J.A., Bs. As., 1964, nos. 68 y ss.; Berta Kaller de Orchansky, *Manual de derecho internacional privado*, Plus Ultra, Bs. As., 1976, ps. 375 y ss.; Víctor N. Romero del Prado, *Derecho internacional privado*, t. II, Assandri, Bs. As., 1961, ps. 603 y ss.; Alcides Calandrelli, *Cuestiones de derecho internacional privado*, t. II, ed. Victoriano Suárez, Madrid, 1913, ps. 125 y ss.; Werner Goldschmidt, *Derecho internacional privado*, ed. El Derecho S.A.C.I.F.I., 1970, ps. 405 y ss., nos. 313 y ss.

[3] Ver Quintín Alfonsín, *El régimen internacional de los créditos*, U.N. Litoral, Santa Fe, 1961, ps. 11 y ss., y autores mencionados en la nota anterior.

[4] Kaller de Orchansky, ob. cit., p. 378.

giano, un contrato es extranacional "tanto si su celebración se vincula a varios sistemas jurídicos por los domicilios de oferentes y aceptantes como si su ejecución es multinacional" [5].

Por nuestra parte, no nos introduciremos en el régimen internacional de la capacidad de los sujetos que conciertan una cláusula penal porque el régimen general de la capacidad se rige por su propia ley; en nuestro caso, los arts. 6 y 7 del C. Civil, que en líneas generales adoptan la tesis del domicilio del celebrante del acto, adhiriéndose a la posición savigniana, al pensamiento de Story y al *Esboço* de Freitas.

Tampoco contemplamos el problema de las *formas* requeridas, que también se rigen por su propia ley.

§ 377. *Estudio generalizado y no particularizado.* — Hemos limitado nuestro estudio al régimen general de los contratos, sin entrar en una investigación pormenorizada de cada una de las relaciones jurídicas individuales a las cuales puede acceder una cláusula penal y que tiene sus propias normas. Por ej., el contrato de trasporte terrestre (arts. 163, 167, 171, 205 y concs. del C. de Comercio, que la doctrina considera aplicables al contrato internacional [6], arts. 14 y ss. del Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1940), marítimo (arts. 603 y concs. de la ley 20.094, 14 y concs. del tratado mencionado), aéreo (convención de Varsovia y arts. 128 y concs. de la ley 17.285); las relaciones cambiarias (arts. 30 a 39 del Tratado de Montevideo); contratos de trabajo, seguro (arts. 12 y 13 del Tratado de Montevideo); prenda comercial (arts. 18 a 22 del mismo tratado); etc.

[5] Antonio Boggiano, *Derecho internacional privado*, Depalma, Bs. As., 1978, p. 461.

[6] Ver Werner Goldschmidt, ob. cit., nº 313.

§ 378. *Estudio exclusivo del "derecho" aplicable.* — Aclaramos también que hemos circunscrito el campo en estudio a la determinación del derecho aplicable, dejando de lado el problema de la *jurisdicción* y el de la *interpretación, determinación y elaboración judicial de las normas.* Es decir, nos limitaremos a señalar qué normas deben regir la cláusula penal en sus diferentes aspectos, y no cuál es el juez que debe resolverla ni cómo debe éste interpretarla, integrarla o aplicarla. Y esto a riesgo de que se nos ataque de germanófilos: recuerda Niboyet que en Alemania el campo del derecho internacional privado es infinitamente estrecho, pues se limita al conflicto de *leyes privadas* [7].

§ 379. EL PUNTO DE PARTIDA.

Hemos tenido especialmente en cuenta el carácter de negocio *accesorio* de la cláusula penal. En consecuencia, y como línea general de interpretación, aplicamos a la cláusula penal la norma que rige el contrato principal. Por eso la regla es la que proporciona el art. 41 del Tratado de Montevideo de 1940, que dispone: "Los contratos accesorios se rigen por la ley del contrato principal". En el mismo sentido disponía el art. 36 del tratado de 1889: "Los contratos accesorios se rigen por la ley de la obligación principal de su referencia" [8].

[7] J. P. Niboyet, *El conflicto de autoridades: la regla actor regit actum*, "L.L.", t. 50, p. 1131.

[8] Para la fianza, Boggiano (ob. cit., p. 650) hace algunas disquisiciones que nos permitimos trascribir, aclarando que las bastardillas son nuestras: "A nuestro juicio, la obligación del fiador, siendo distinta aunque accesoria de la principal, no puede quedar localizada por la designación del lugar de pago en esta última. Habría que acudir al derecho del domicilio del *fiador*, si éste no conviene con el acreedor el lugar de incumplimiento de la fianza. El domicilio del *deudor* al momento de la celebración de la fianza aparece fundado en el art. 1212 del C. Civil. Si la fianza se hubiera otorgado fuera del domicilio del *deudor*, según el art. 1213, habría que recurrir al actual domicilio del *fiador* para localizar el contrato. El *fiador* podría cambiar de domicilio en fraude al acreedor, radicándose en un lugar cuyo derecho le fuese más favorable. En este caso habría que

§ 380. EL MÉTODO APLICABLE.

¿Cuál es el orden normativo que determina la ley que regula la validez intrínseca y los efectos de las cláusulas penales?

Para responder a esta pregunta pueden asumirse dos posiciones básicas: para el criterio clásico o nacional la ley regulatoria es la legislación local del juez interviniente. Es decir, existiendo un conflicto de ordenamientos jurídicos correspondientes a los países afectados de una u otra manera por el contrato, existe una norma *indirecta* (la del ordenamiento del estado al cual pertenece el juez que interviene en el caso) que resuelve este conflicto eligiendo un ordenamiento. En nuestro caso estas normas son los arts. 1205 a 1216 del C. Civil y sus concordantes. Así, por ej., si el contrato se celebró en París para ser cumplido en Madrid, el derecho argentino interno le impone al juez que debe optar por el derecho francés (art. 1205). Es decir, este sistema atribuye a la ley del país del juez que dirime la cuestión la posibilidad de resolver cuál es la ley que rige el contrato. Este método ha sido criticado, imputándosele ser "inadecuado e injusto". Se dice que cada derecho privado nacional ha sido dictado por el respectivo legislador para satisfacer exigencias locales y regular los contratos nacionales según las modalidades del tráfico jurídico interno" [9].

El criterio privatista o extranacional resuelve la cuestión mediante convenios internacionales firmados por los países vecinos vinculados económicamente. Es decir, el

---

tomar el derecho domiciliario al momento de la celebración. Como se advertirá, estas normas dan lugar a múltiples dificultades interpretativas, siendo del todo aconsejable la elección privada del derecho aplicable en subsidio de las normas convencionales que pudieren crear para regir materialmente el contrato. Hay que advertir a las partes para que ellas mismas se autoprevengan contra estos arduos conflictos".

[9] Kaller de Orchansky, ob. cit., p. 379.

convenio o tratado suscrito es el que debe determinar la ley aplicable. Con este sistema, la normativa a aplicar sería, por ej., el Tratado de Montevideo si la cuestión se suscitara en contratos extranacionales que tuviesen puntos de contacto con los países suscritores.

Para algunos autores esta disyuntiva es falsa, existiendo sólo dos formas de conectar el contrato en el espacio: la *lex loci celebrationis* y la *lex loci executionis* [10].

§ 381. LA INFLUENCIA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD [11].

Recuerda Goldschmidt que en líneas generales la autonomía de la voluntad consiste en el derecho de las partes a celebrar contratos y a darles un contenido cualquiera. Esta facultad está implícitamente concedida por el ordenamiento argentino en los arts. 1197 y 21 del C. Civil.

Esta autonomía también aparece en la órbita del derecho internacional privado, distinguiéndose la autonomía conflictual (*pactum de lege utenda*) (que supone poder de elección) de la autonomía material (que supone poder de creación). La primera consiste en la facultad que tienen las partes de sustituír preceptos del derecho internacional privado pactando qué norma regirá el contrato con independencia de lo dispuesto por el orden jurídico [12]. El pacto consiste entonces en desplazar el derecho que habría de regir el negocio si tal autonomía no se hubiese ejercitado. Este principio tiene actualmente amplia aceptación

[10] Alberto Juan Pardo, su correspondencia epistolar del 2/1/79.

[11] Utilizamos la terminología tradicional "autonomía de la voluntad", aunque no desconocemos la crítica savigniana a ella. Ver: Romero del Prado, ob. cit., t. II, ps. 604 y ss.

[12] Werner Goldschmidt, *La autonomía de la voluntad intra y supra positiva, en* "L.L.", 148-1268.

en el derecho comparado [13]. Sin embargo, importante doctrina lo rechaza, señalando que no es más que una libertad de convenciones que en los derechos internos se revela en la inclusión de pactos siempre que no sean contrarios a la moral y a las buenas costumbres; de esta manera se limita notablemente el concepto, pues no se acepta que la referencia al derecho extranjero se haga a preceptos contrarios al orden público (interno o nacional) del país donde el contrato surtirá efectos. En cambio, Goldschmidt [14], seguido por importante doctrina nacional, sostiene la posibilidad de desplazar tanto el derecho dispositivo como el coactivo; sin embargo, no debe pensarse que esta teoría admite una voluntad omnímoda; al contrario, pone los siguientes límites a esta autonomía:

1) La razonabilidad en la elección del derecho aplicable: esta razonabilidad puede derivar de circunstancias muy diversas, admitiéndose que las partes opten, por ej., por una legislación neutral (o sea, que carezca de contacto) si ninguna quiere aceptar el derecho domiciliario o nacional de la otra.

2) La noción de fraude a la ley: este límite deriva del anterior, pues si se exige una elección razonable, evidentemente ella no puede ser fraudulenta. El fraude a la ley, en esta materia, consiste en utilizar una disposición legal con una finalidad opuesta a la que tuvo el legislador al sancionarla; esta maniobra se lleva a cabo falseando los puntos de conexión para evadirse de la norma legal competente, creándose de esta manera una localización caprichosa que no corresponde a la *ratio legis* [15]. Por eso dice

[13] Una amplia referencia puede compulsarse en la ponencia presentada al III Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (Corrientes, 1975) por la comisión integrada por Argüello, Boggiano, Goldschmidt, Malfussi, Piotti y Ferme.

[14] Ver la ponencia indicada en nota anterior.

[15] Juan Alberto Pardo, *Derecho internacional privado*. Parte General, Ábaco, Bs. As., 1976, p. 346.

Goldschmidt —seguido en el punto por Mosset Iturraspe— que mediante el fraude los interesados intentan "vivir en un país con la legislación de otro, la cual les permite lo que aquél les prohíbe" [16].

3) El orden público internacional: recordemos brevemente que desde Brocher la doctrina distingue entre el orden público interno y el internacional. El primero (sin pretender dar una definición acabada de tan difícil concepto) está constituído por las leyes imperativas de jerarquía constitucional, nacidas de la necesidad de regular un sector de la realidad con criterio social-político-económico. Por ej., un menor de 15 años no podrá celebrar un contrato afirmando las partes que se ponen de acuerdo en que para ese caso la plena capacidad se alcanza a los 15 años; en este sentido, el art. 126 del C. Civil debe ser considerado de orden público interno y por ello inderogable por las partes. En cambio, el orden público internacional consiste en el "impedimento a la aplicación del derecho extranjero cuando éste es contrario al espíritu de la legislación argentina" (art. 14, inc. 2, del C. Civil)[17]. Éste es el que pone una valla a la autonomía de la voluntad en el campo del derecho internacional privado. Por eso, por no ser una norma de orden público internacional, sería válida la cláusula pactada en un contrato extranacional por la cual las partes eligen como orden aplicable una legislación en que la mayoría de edad se alcanza a una edad menor a la establecida por la ley que correspondería aplicar si tal cláusula no se hubiese previsto (por supuesto, siempre y cuando no se hubiesen trasvasado los dos límites mencionados en los puntos anteriores).

Dados estos principios generales, nos preguntamos:

[16] Jorge Mosset Iturraspe, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, Ediar, Bs. As., 1975, nº 98.

[17] Juan A. Pardo, *Código Civil y leyes complementarias*, dirigido por Belluscio y coordinado por Zannoni, t. I, Astrea, Bs. As., 1978, art. 14, nºs. 2 y ss.

¿es la normativa aplicable según el punto anterior *imperativa* o sólo *supletoria de la voluntad de las partes*?

Si se trata de contratos con contacto en los países suscritores del Tratado de Montevideo y se aplica el criterio privatista o extranacional, pareciera que ninguna influencia tiene la autonomía de la voluntad en el régimen de la validez intrínseca y de los efectos de las cláusulas penales. En efecto, el art. 5 del Protocolo Adicional al tratado de 1940 declara que "la ley aplicable según los respectivos tratados no puede ser modificada por la voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley". Es decir, que el principio es el del rechazo de la autonomía de la voluntad para dejar de lado las pautas sobre la ley aplicable establecidas en el Tratado.

En cambio, si el criterio de regulación es el nacional o clásico, la cuestión es de más dudosa solución: ¿Son los arts. 1205 a 1216 del Código Civil imperativos o supletorios de la voluntad de las partes? Se reeditan sobre el punto las mismas divergencias que veíamos al comienzo.

Una lectura rápida de las obras clásicas (tanto de civilistas como de internacionalistas) induce a la tesis de la admisión de la voluntad de las partes para modificar las reglas establecidas en los mencionados artículos. La obra de Calandrelli, por ej., es por demás significativa cuando coloca como subtítulo del capítulo referente al régimen de los efectos de las obligaciones "Casos en que los contratantes no manifiestan su voluntad expresa ni tácitamente" [18]. Romero del Prado concluye la cuestión diciendo: "No hay otras limitaciones a la voluntad que las que surgen respecto a la capacidad de las partes, a las formas de los actos pero sólo en las situaciones que al tratar este punto en el capítulo anterior hemos visto, y finalmente las impuestas por el orden público, por las leyes imperativas o prohibi-

[18] Calandrelli, ob. cit., t. II, p. 125.

tivas" [19]. Lazcano, por su parte, dice: "Si bien la voluntad contractual es su ley, ella no siempre se manifiesta ni admite de manera absoluta". "Con todo, siempre es necesario determinar la ley aplicable en cuanto a los efectos de la obligación aunque se admita su autonomía, porque la realidad presenta casos imprevistos, ante los cuales hay que saber qué hubieran dicho las partes si hubiesen podido tenerlos en cuenta" [20]. Savigny, fuente indiscutida del codificador en la materia, expresa: "En ausencia de una voluntad expresa de las partes la ley decide" [21]. Salvat comienza el tema diciendo: "El principio fundamental en esta materia es el de la autonomía de la voluntad que nuestro Código Civil expresamente consagra (art. 1197) y el cual oportunamente hemos estudiado: las partes contratantes, del mismo modo que pueden estipular libremente las obligaciones que crean entre ellas, pueden también determinar las leyes locales que quieren que se apliquen para resolver las diferencias que puedan sobrevenir entre sí" [22].

La cuestión fue extensamente debatida durante las VI Jornadas de Derecho Civil reunidas en Santa Fe en 1977. El despacho mayoritario de la comisión que estudió el tema VII recomendó como ponencia *de lege lata*: "En el derecho internacional privado argentino de fuente interna, las partes pueden elegir el derecho aplicable a la validez intrínseca, efectos y consecuencias de los contratos internacionales. Por lo tanto, los arts. 1205 y ss. del C. Civil referentes al derecho aplicable a los contratos poseen carácter supletorio del ejercicio de la autonomía de la voluntad" [23].

Sin embargo, este criterio no prevaleció en el plenario, donde fue votada por mayoría la disidencia planteada

[19] Romero del Prado, ob. cit., t. II, p. 611.

[20] Lazcano, ob. cit., nº 215.

[21] M. F. C. Savigny, *Sistema del derecho romano actual*, 2ª ed., trad. por Mesía y Poley, t. VI, ed. de Góngora, Madrid, p. 274.

[22] Salvat, ob. cit., *Fuente de las obligaciones*, t. I, nº 220.

[23] El despacho mayoritario fue elaborado sobre dos ponencias, una del Dr. Boggiano y otra del Dr. Gualberto Lucas Sosa.

en el seno de la comisión por la Dra. Berta Kaller de Orchansky, que decía: "En razón de que las normas contenidas en los arts. 1205 a 1214 del C. Civil poseen carácter coactivo y no supletorio, no pueden ser dejadas de lado en virtud del ejercicio de la autonomía de la voluntad".

Pero no puede silenciarse —en favor de la tesis de la comisión— que existe en la República Argentina una vieja práctica contractual según la cual las partes fijan en sus contratos el derecho aplicable. En general son demostrativos de esta realidad los contratos de trasporte de carga o pasajeros tanto en el orden marítimo como aéreo; los contratos de empréstitos internacionales firmados por el propio Estado nacional, etc.

### § 382. LOS DISTINTOS SUPUESTOS.

Una interpretación armónica de los arts. 1205 a 1210 ha llevado a la doctrina nacional a diferenciar dos tipos de contratos extranacionales: los que tienen contacto argentino y los que no lo tienen. Esta diferenciación surge de un intento de conciliar los arts. 1205 y 1209, cuyos textos parecen *prima facie* como contradictorios, pues ambos contemplan el supuesto de contratos celebrados fuera del territorio de la República Argentina, optando el art. 1205 por la ley del lugar de celebración, mientras que el 1209 elige la ley del lugar de ejecución. Recuerda Goldschmidt que Vélez Sarsfield se encontró con la tradicional disputa entre dos teorías: la anglosajona, que enfoca la cuestión partiendo de la ley del lugar de celebración del contrato, y la savigniana, que lo ubica en el lugar de ejecución. A fin de conciliar ambas posturas hace la distinción señalada: si el contrato tiene contacto en la Argentina (es decir, si se celebra o debe ejecutarse dentro del territorio nacional) su validez o nulidad, su naturaleza y las obligaciones que produzcan se rigen por la ley del lugar de ejecución; establece además las pautas para la terminación de ese lugar de cumplimien-

to (arts. 1212 y ss.). En cambio, si el contrato no tiene contacto nacional, es decir, si no debe ser cumplido ni fue celebrado en el territorio, sino que sólo por razones accidentales se encuentra sometido a un tribunal argentino, entonces rige la ley del lugar de celebración (art. 1205 del C. Civil)[24]. En igual línea de pensamiento dice Boggiano: "Cuando la celebración del contrato o su ejecución se relacionen, aunque sea parcialmente con el territorio argentino, ya no cabe aplicar la norma de conflicto del art. 1205 cuyo punto de contacto es el lugar de celebración, sino la que establecen los arts. 1209 y 1210 cuyo punto de conexión es el lugar de cumplimiento" [25].

Intentaremos aplicar estas nociones básicas a la cláusula penal. Por ej., un contrato se celebra en el territorio argentino para ser cumplido en Chile: la cláusula penal se rige por la ley chilena. Un contrato se celebra en Inglaterra para ser ejecutado en la República Argentina: la pena convenida se rige por la ley argentina. Se pacta una cláusula penal en Francia en seguridad de obligaciones que deben cumplirse en Italia: el juez argentino debe aplicar la ley francesa [26].

[24] W. Goldschmidt, ob. cit., *Derecho internacional privado,* p. 407; Baldomero Llerena, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino,* 3ª ed., t. IV, ed. La Facultad, Bs. As., 1931, en cambio, compatibilizaba ambos artículos no con la teoría del "contacto" (de neto corte privatista), sino diciendo que el art. 1205 regía aquellos contratos que sólo accidentalmente se cumplían en la República; en cambio, el art. 1209 contemplaba el supuesto de convenciones en que el cumplimiento en la República se había pactado como condición expresa, es decir, cuando de antemano se había convenido que el lugar de cumplimiento era la República.

[25] Boggiano, ob. cit., p. 481. Por su parte, Pardo sostiene: "Si el contrato se conecta en algún momento con nuestro país (conexión real), y desde su celebración se conoce cuál será el lugar de ejecución, éste determinará su derecho aplicable. En aquellos otros, en los que se desconozca el lugar de la *solutio* o ésta se produce en distintos países, el contrato quedará conectado con el lugar de la celebración (art. 1205 del C. Civil). Pero esta solución se aplica hasta llegar al tiempo de la ejecución, pues los accidentes nacidos en esa etapa (mora, incumplimiento absoluto o relativo, etc.) se gobernarán por el lugar en donde se produzcan".

[26] Idéntica solución aplica Boggiano a la fianza, pero además de los principios relatados en nota 8, dice en p. 648: "Los arts. 1205, 1209 y 1210

Analicemos ahora ciertos aspectos parcializados de la cuestión [27].

## § 383. EFICACIA GENERAL DE LA CLÁUSULA.

Tal como hemos visto [28], los países del *Common law* no dan validez a las cláusulas penales; o sea, en los países que están bajo su égida son nulas las sanciones privadas que pudieran concertarse para el supuesto de incumplimiento de obligaciones. Si un contrato se celebra, por ej., en Londres, pero el convenio cumplirá sus efectos en Buenos Aires, el juez argentino deberá aplicar la pena pactada (art. 1209 del C. Civil). En cambio, si el contrato se celebró en Mendoza, pero sus efectos debían cumplirse en Oxford, el juez deberá dirimir la cuestión declarando la nulidad de la cláusula penal pactada (art. 1210 del C. Civil). No es de aplicación al supuesto el art. 14, inc. 4, del C. Civil, que recoge el principio del *favor negotiorum patriae* porque no se discute la validez del negocio principal, sino de una cláusula que regula sus efectos.

---

conducen a resultados arbitrariamente distintos. Si la fianza se celebró fuera de la Argentina y debe cumplirse también fuera del país, queda sometida al derecho del lugar de su celebración (art. 1205). De modo que si una persona domiciliada en New York otorga una fianza en Brasil, ésta se rige por el derecho brasileño. Ahora bien, si esta misma persona otorga la fianza en la Argentina, ésta se rige por el derecho del lugar de cumplimiento (art. 1210), y si se entiende que dicho lugar es el domicilio del fiador, se rige por el derecho neoyorquino. No hay razón para tal distingo. Supuesta la jurisdicción argentina para entender en la fianza brasileña (arts. 1215 y 1216 del C. Civil), el juez argentino debería aplicar el derecho del lugar de celebración. En cambio, debería aplicar el derecho del lugar de ejecución si el contrato se celebró en la Argentina. La diferencia es arbitraria a fuer de injusta; si la fianza se celebra en Brasil se rige por el derecho brasileño, pero si se celebra en la Argentina, por el derecho neoyorquino (?). No hay razón que sustente el distingo, salvo la voluntad del legislador. Sin embargo, no cabe impugnar el art. 1205 como norma inconstitucional, ni aun cuando produjese la señalada desigualdad irrazonable".

[27] Las soluciones que damos en el texto regirán siempre para la tesis que no admite el principio de la autonomía de la voluntad. En cambio, para aquella que la adopta (que es la mayoritaria en el país), sólo serán de aplicación cuando las partes no hayan ejercido su derecho de optar por otra norma que desplace a la marcada por el ordenamiento.

[28] Ver § 231.

§ 384. OBJETO DE LA CLÁUSULA.

Hemos dicho que la cláusula debe ser lícita. Es decir, su objeto no debe ser contrario a la ley, la moral, las buenas costumbres y el orden público. Sobre esta última noción debe recordarse que el art. 4 del Protocolo Adicional del Tratado de Montevideo declara que las leyes de los demás Estados jamás se aplicarán contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso.

Aplicando este principio, sostenemos que si se trata de una cláusula penal que tiene objeto prohibido en el país (por ej., se establece que la falta de pago se sancionará con pena de prisión), ella no será aplicable por el juez argentino, aunque se trate de un contrato celebrado en un país y para cumplir efectos en ese u otro que sí lo permitan.

La solución no puede ser otra, porque la contraria violaría lo dispuesto en el art. 14, incs. 1 y 2, del Código Civil. El requisito de la licitud del objeto configura una "ley positiva rigurosamente obligatoria; no es el derecho local de la obligación el que se aplica, sino el del lugar donde se ha intentado la acción, el del juez llamado a sentenciar" [29]. Savigny nos da el siguiente ejemplo: "Entre los contratos de esta especie es preciso colocar los prohibidos por las leyes sobre usura. Así, cuando se reclama ante un juez intereses que no admite la ley de su país, el juez debe rechazar la demanda aunque esta ley sobre la usura no existiese en el lugar asiento de la obligación, porque el sentido de semejante ley es que todos los tribunales colocados bajo su imperio deben rehusar su protección al contrato usurario como inmoral y contrario al interés público" [30]. Expresivamente dice Lazcano: "Si el objeto está

29 Savigny, ob. cit., p. 278.
30 Savigny, ob. cit., p. 278.

permitido por la ley de la celebración y lo prohíbe la del país donde se ejecuta, no habrá dentro de esta última ningún remedio para hacerlo efectivo. Aunque en el país de la celebración se pueda obtener una sentencia favorable a la validez, ésta carecería de efectos extraterritoriales" [31].

Con este criterio el Código de Bustamante dispone: "Es también territorial toda regla que prohíbe que sean objeto de los contratos servicios contrarios a las leyes y las buenas costumbres y cosas que estén fuera del comercio". Esta disposición ha pasado textualmente al art. 178 del Código Internacional Privado de la República de Chile de 1969, cuyo art. 179 agrega: "Son de orden público internacional las disposiciones que se refieren a causa ilícita en los contratos".

*En cuanto al contenido del objeto, se ha explicado que* algunas legislaciones extranjeras parecieran limitarlo a las obligaciones de dar, impidiendo que puedan pactarse obligaciones de hacer o de no hacer. Si el contrato se hubiese celebrado en un país en el cual rige la concepción limitativa, pactándose una cláusula penal cuyo contenido es un hacer y ella debe cumplirse en el país, la cláusula es eficaz. En cambio, si se celebró en el país pero para ser cumplido en países limitativos del objeto, la cláusula será ineficaz.

## § 385. EL PRINCIPIO DE LA INMUTABILIDAD DE LA PENA.

§ 386. 1) *La reducción por cumplimiento parcial.* — ¿Rige el art. 660 del C. Civil si se trata de una cláusula pactada en un país que no admite la reducción por cumplimiento parcial? Si el contrato cumple sus efectos en el territorio nacional, el juez deberá reducir proporcionalmente la pena aun cuando no lo permita la ley vigente en el lugar de celebración del contrato.

[31] Lazcano, ob. cit., p. 417.

Hemos dicho que la norma del art. 660 es supletoria de la voluntad de las partes; es decir, los contratantes pueden *pactar que, no obstante el cumplimiento parcial, la cláusula* se debe en su totalidad. Si el país del lugar de celebración del contrato *prohíbe* el pacto en contrario (por ej., Francia), ¿debe el juez hacer valer el pacto o no? Consideramos que el juez dará eficacia al pacto siempre que el contrato deba cumplir sus efectos en el territorio argentino.

§ 387. 2) *La reducción de las cláusulas excesivas.* — ¿Rige el art. 656 en su segunda parte para los contratos que deben tener efectos en la Argentina? Respondemos afirmativamente por imperio del art. 1209. Es decir, aun cuando el contrato se haya celebrado en un país que *no* admite la reducción, o sea, que establece el principio de la inmutabilidad en términos absolutos, si se trata de un contrato que cumple sus efectos en el territorio, acreditados e invocados los extremos previstos en la norma, el juez deberá aplicarla. En este sentido, dice Boggiano: "Cuando una cláusula de las condiciones generales fuese contraria a los principios generales de orden público del derecho internacional argentino resulta inválida (art. 14, inc. 2, del C. Civil). Algunos de esos principios se afectan si la cláusula es abusiva (art. 1071), lesiva (art. 954), contraria a la buena fe (art. 1198) o a la moral (arts. 953 y 1167)" [32]. Oportunamente hemos expuesto cómo todos estos principios están comprometidos en la reducción de las penas excesivas.

¿Está el juez argentino obligado por los topes impuestos por las leyes extranjeras? Se ha visto que ciertas legislaciones como la brasileña no admiten que la cláusula supere el valor de la obligación principal, y otras, como la chilena, elevan este tope al duplo. Supongamos que un contrato se celebra en la Argentina para ser cumplido en Chile, pactándose una

[32] Boggiano, ob. cit., p. 492. Para nosotros, el objeto ilícito es siempre contrario al orden público, tanto interno como internacional.

pena que supera el doble de la obligación principal; aunque la cuestión deba dirimirse ante los tribunales argentinos, el juez estará limitado por el tope legal chileno. Es decir, que aunque en la Argentina una pena que supere el duplo puede no ser excesiva, el juez deberá reducirla a dicho porcentaje por aplicación del art. 1210 del C. Civil. Si, al contrario, se trata de un convenio celebrado en Chile con contacto argentino, el juez argentino no está constreñido por el tope legal y morigerará o no la pena siguiendo las pautas del art. 656 del Código Civil argentino.

§ 388. REQUISITOS PARA LA EXIGIBILIDAD.

Recordemos ante todo que las disposiciones sobre *mora* son supletorias de la voluntad de las partes. Es decir, que aunque la ley disponga que la mora se produce de pleno derecho, las partes pueden pactar la necesidad de requerimiento, y viceversa (nos estamos refiriendo a contratos en general, o sea, con o *sin contacto extranjero*). En los contratos extranacionales, si ninguna cláusula existe en la convención, el régimen aplicable será el siguiente: si la cláusula se ha pactado en el territorio argentino para producir efectos en un país que exige la constitución en mora aun en los casos de plazo cierto, la pena no se deberá si previamente no se interpela al deudor. De igual manera, si ha sido pactada en un país que exige la previa interpelación, pero el lugar de cumplimiento de la obligación está dentro de territorio argentino, el régimen de la mora es el del art. 509 y, por tanto, si la obligación es a plazo cierto se deberá la pena desde el vencimiento del término, aun cuando en el lugar de celebración se requiera la interpelación.

§ 389. EFECTOS DE LA CLÁUSULA.

Puede ocurrir que la cláusula se haya pactado en un país donde ésta opera sólo como indemnización mínima,

permitiendo al acreedor acreditar mayores daños (por ej., Alemania). Si la obligación debe cumplirse en la República Argentina, ¿le estará permitido al acreedor solicitar la indemnización complementaria sin cláusula expresa?

También esta cuestión está regida por el art. 1209 y, en consecuencia, los efectos de la cláusula serán juzgados de conformidad con las leyes de la República y por eso la indemnización complementaria no prosperará sin cláusula expresa.

## Capítulo VIII

# LA CLÁUSULA PENAL EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES

### § 390. Nociones previas.

Teniendo en consideración las distintas acepciones que los autores dan a las palabras que debemos utilizar, es menester aclarar cuál es el contenido que asignamos a la terminología propuesta. No pretendemos que ella sea la técnicamente adecuada, sino simplemente ponernos de acuerdo sobre el nombre que damos a la materia a la cual nos referimos.

§ 391. *Tratado.* — Las definiciones que la doctrina proporciona son innumerables; no es nuestro propósito trascribir cada una de ellas; la tarea sería inútil no sólo porque siempre faltaría alguna, sino porque escapa absolutamente del campo propuesto. Por eso, preferimos simplemente adherirnos a la definición de la Convención de Viena de 1969, en su art. 2, inc. *a*: "A los efectos de la presente convención se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular".

Es decir, que tal como lo señalan de la Guardia y Delpech [1], los caracteres fundamentales de los tratados internacionales son:

*a*) es un *acuerdo de voluntades*;

*b*) debe haber sido suscrito por *Estados* u organizaciones internacionales;

*c*) su fin es *producir efectos jurídicos*;

*d*) la legislación sustancial que lo rige es el derecho internacional;

*e*) se trata siempre de un instrumento *formal* que puede haber sido suscrito en uno o en varios instrumentos conexos;

*f*) requiere la forma escrita;

*g*) resulta irrelevante el nombre que las partes dieron a este acto jurídico.

Será o no un tratado si se cumplen o no las características señaladas.

Es decir, utilizamos la palabra "tratado" en un sentido genérico, comprensivo de toda clase de acuerdos internacionales que reúnan los caracteres mínimos señalados [2].

§ 392. *Tratados-normativos o tratados-leyes* (*"Vereinbarung"*, *"Traité-lois"*, *"law marking treaties"*) *y tratados-convenciones o tratados-contratos* (*"Rechtsgeschafte"*). —

[1] Ernesto de la Guardia y Marcelo Delpech, *El derecho de los tratados y la convención de Viena de 1969*, La Ley, Bs. As., 1970, p. 150.

[2] No entramos en disquisiciones terminológicas. Nuestros autores mencionan diversas denominaciones explicando las diferentes significaciones de cada una de ellas: convención, convenio, arreglo o acuerdo, pacto, declaración, etc. Ver, al respecto, Lucio M. Moreno Quintana y Carlos M. Bollini Shaw, *Las obligaciones internacionales*, en "Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", año V, nº 18, Bs. As., abril-enero de 1950, p. 42; Charles Rousseau, *Derecho internacional público*, trad. por Fernando Giménez Artigues, 3ª ed., ed. Ariel, Barcelona, 1966, nº 27; Guillermo Moncayo, Raúl Vinuesa y Hortensia Gutiérrez Posse, *Derecho internacional público*, t. I, Zavalía, Bs. As., 1977, p. 96; César Díaz Cisneros, *Derecho internacional público*, 2ª ed, t. II, Tea, Bs. As., 1966, nº 293; L. A. Podestá Costa, *Derecho internacional público*, 4ª ed., t. I, Tea, Bs. As., 1960, nº 171.

Tradicionalmente la doctrina internacionalista ha distinguido entre estos dos tipos de tratados [3]. Los denominados tratados-normativos son aquellos que tienen por objeto formular una regla de derecho que sea objetivamente válida, y se caracterizan porque la voluntad de todos los signatarios tiene idéntico contenido (por ej., la Carta de las Naciones Unidas del 26 de junio de 1945). En cambio, los tratados-contratos son actos de carácter subjetivo que engendran prestaciones recíprocas a cargo de los Estados contratantes, cada uno de los cuales persigue objetivos diferentes. Es decir, en éstos, el acuerdo a que llegan los Estados no tiene por objeto crear derecho objetivo, sino prever una serie de prestaciones que van a tener a su cargo aquellos Estados. Por ej., el Estado argentino suscribe con el Brasil un tratado por el cual ambos se comprometen en acción conjunta a construír un puente sobre el río Iguazú, determinándose las obligaciones a cargo de cada país.

Es en este tipo de contratos donde es viable preguntarse si son válidas o no las cláusulas penales que se fijen. En el caso dado se pacta, por ej., que la falta de cumplimiento oportuno en la entrega de los materiales hará incurrir al país incumplidor en una pena de x suma de dinero por cada día de retraso.

Debe recordarse, sin embargo, que esta clasificación ha sido modernamente atacada [4]. Nos limitaremos a señalar la efectuada por el gran maestro de Viena, Hans Kelsen. No resistimos la tentación de trascribir sus párrafos más importantes:

[3] Conf.: Alberto G. Spota, ob. cit., *Instituciones de derecho civil, Contratos*, t. I, nos. 65 y ss.; Bohan T. Halajczuk y María Teresa Moya Domínguez, *Derecho internacional público*, Ediar, Bs. As., 1972, p. 44; Moreno Quintana y Bollini Shaw, ob. cit., p. 44; Daniel Antokoletz, *Tratado de derecho internacional público*, 4ª ed., t. III, ed. La Facultad, Bs. As., 1944, nº 383; Alfred Verdross, *Derecho internacional público*, trad. Antonio Truyol y Serra, Aguilar, Madrid, 1974, p. 92.

[4] Se le niega entidad sustancial. Ver, entre otros, Podestá Costa, ob. cit., t. I, nº 171, y especialmente de la Guardia y Delpech, ob. cit., ps. 47 y ss.

"Es usual distinguir los tratados legisladores de otros tratados que no crean ley. La distinción está basada en la creencia de que algunos tratados son celebrados con el propósito de establecer reglas de conducta entre los Estados, es decir, con el propósito de legislar, en tanto que otros tratados son concluídos con otros propósitos. Sin embargo, esta distinción es incorrecta. Porque el derecho en general, y el derecho convencional en particular, son medios para un fin, y no fines en sí. Es función esencial de un tratado legislar, es decir, crear una norma jurídica, ya se trate de una norma general o individual. Cualquier propósito —político o económico— de los Estados, cuando se procura por medio de un tratado, se realiza en forma de ley: y cualquier llamado tratado-ley tiene un objeto político o económico. De ahí que una clasificación lógicamente correcta de los tratados, es decir, una clasificación desde el punto de vista del derecho internacional, debe distinguir entre diferentes tratados-ley, y no debe hacerlo entre tratados-ley y tratados con otros objetos. Hay, desde luego, una notable diferencia entre los tratados concluídos por muchos Estados —tratados multilaterales— por los cuales se crean normas generales, reguladoras del mutuo comportamiento de los Estados contratantes, como el Pacto de la Liga de las Naciones o la Carta de las Naciones Unidas, y tratados concluídos por sólo dos Estados —tratados bilaterales— por los cuales se crea una norma individual, estableciendo sólo una obligación de un Estado y un derecho del otro Estado, como, por ejemplo, un tratado de cesión. Los llamados tratados-ley son tratados que crean normas generales mientras que los otros son tratados-ley que crean normas individuales".

"El punto más débil de la teoría de la *Vereinbarung* es la afirmación de que en los tratados-ley (*Vereinbarungen*) las dos declaraciones de voluntades de las partes contratantes deben tener el mismo contenido, ser paralelas,

mientras que en los tratados-contratos, las manifestaciones de voluntad de las partes tienen contenidos diferentes, por lo cual se cruzan. Pero en todos los tratados, no solamente en los tratados-leyes, las manifestaciones de voluntad de las partes poseen el mismo contenido, son paralelas y no secantes. Siguiendo con el ejemplo precedentemente citado de un tratado-contrato, podríamos decir que no basta que uno de los Estados manifieste la voluntad de ceder un determinado territorio y el otro la de pagar una indemnización determinada; o que uno manifieste la voluntad de recibir una cierta indemnización y el segundo la de recibir tal o cual territorio. Es necesario que ambos manifiesten que quieren las dos cosas: uno de ellos ceder el territorio al otro, y que éste le pague una indemnización, y el otro pagar una indemnización y que el primero le ceda en cambio el territorio. La voluntad manifestada por una de las partes debe recaer no solamente sobre su propia prestación sino también sobre la contraprestación de la otra; es pues necesario que las voluntades manifestadas por los dos Estados recaigan sobre el mismo objeto. La teoría de la *Vereinbarung* confunde las manifestaciones de voluntad de las partes contratantes, expresadas en el procedimiento contractual, con el contenido de la norma creada por tal procedimiento. De este modo es víctima de la ambigüedad de los términos «convención» y «tratado», que significan a la vez el procedimiento de creación de una norma y la norma creada por tal procedimiento".

"La distinción entre tratado-ley y tratado-contrato encierra, sin embargo, un elemento exacto. En la síntesis de las dos nociones pretende expresarse una diferencia jurídica; sólo que la teoría tradicional, ofuscada por la engañosa oposición entre ley y acto jurídico, no puede percibir la diferencia esencial. Aludimos, por supuesto, a la que existe entre norma general y norma individual. La noción del tratado-ley debe comprender todos los tratados

que crean normas (o un sistema de normas) generales, normas que regulan la conducta de los Estados de manera permanente y no una especie particular, sino un número de casos *a priori* indeterminado, del mismo modo que la legislación establece «leyes» o normas generales. La noción de tratado-ley (*Vereinbarung*) debe comprender la función legislativa del tratado y oponerla al tratado-contrato, que sólo engendra una norma individual, es decir, la obligación de observar una conducta o una prestación únicas, o el derecho que a tal obligación corresponde" [5].

En consecuencia, siguiendo el rigor formal del autor señalado, admitimos la clasificación en tanto y en cuanto en uno se crean normas generales, mientras que en el otro la creación es de disposiciones o normas individuales (que son tan derecho objetivo como el de las normas generales).

### § 393. DETERMINACIÓN DEL TEMA PROPUESTO.

También aquí hemos limitado el estudio de la cuestión a las obligaciones que nacen de la convención, no porque desconozcamos que hay obligaciones internacionales que nacen de los actos unilaterales, sino porque indudablemente son los tratados los que adquieren día a día mayor relevancia como fuente del derecho internacional. Esta importancia manifiesta es marcada en preámbulo de la Convención de Viena de 1969 cuando se dice: "Reconociendo la importancia cada vez mayor de los tratados como fuente del derecho internacional y como medio de desarrollar la cooperación pacífica entre las naciones, sean cuales fueren sus regímenes constitucionales y sociales . . .". "Convencidos de que la codificación y el desarrollo progresivo del derecho de los tratados logrados en la presente convención contribuirán a la consecución de los propósitos de las

[5] Hans Kelsen, *El contrato y el tratado; analogía desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*, trad. Eduardo García Máynez, Imp. Universidad, Méjico, 1943, ps. 21 a 30.

Naciones Unidas enunciados en la Carta, que consisten en mantener la paz y la seguridad internacionales, fomentar entre las naciones las relaciones de amistad y realizar la cooperación internacional".

§ 394. PRINCIPIOS QUE LOS RIGEN.

§ 395. *La viabilidad del pacto de una cláusula penal.* — Aparentemente no existen razones para negar validez a una cláusula de un tratado internacional por la cual las partes contratantes determinan convencionalmente el monto de los daños y perjuicios que producirá el incumplimiento futuro, la que también opera como un medio de presión para compeler al cumplimiento de la principal. Por ej., la Argentina se obliga con Chile a terminar el tramo faltante del camino que une a ambos países *antes* del día 1 de diciembre de 1980, fecha en que se estima comienza la temporada turística veraniega; se pacta igualmente que la falta de cumplimiento oportuno de la obligación de hacer hará incurrir a la Argentina en una indemnización a su vecino país de determinada suma diaria, como reparación por los daños y perjuicios que se producen por la falta de habilitación de la carretera.

Esta estipulación ¿es una verdadera cláusula penal?

Para responder a la pregunta parece imprescindible analizar algunas cuestiones.

§ 396. *El "pacta sunt servanda".* — Los tratados internacionales, al igual que los internos, nacen para ser cumplidos. Así lo dispone expresamente el art. 26 de la Convención de Viena de 1969: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe". Esta regla es aceptada como norma fundamental. Pero esto no significa que los tratados internacionales no se violen alguna vez; en todas las épocas han existido contra-

tantes incumplientes. Este problema nos lleva de la mano a resolver cuáles son los medios asegurativos, o, mejor dicho, compulsivos con los que los Estados cuentan para presionar a la otra parte al cumplimiento de la palabra empeñada.

§ 397. *Los medios compulsivos en general.* — Recuerda López Jiménez [6] que el más antiguo de los tratados internacionales de que se tiene noticia es el suscrito en el año 1278 antes de Cristo entre Ramsés II, de Egipto, y Hattousilis, rey de los hititas. Ya en este convenio se buscaron seguridades para su cumplimiento, enumerándose a los dioses instituídos como guardianes del tratado y pronunciándose maldiciones contra quienes lo violaren. Estas medidas asegurativas religiosas no tienen en los tiempos modernos fuerza alguna por sobradas y obvias razones; también han caído en desuso otras medidas, como el juramento, y han dejado de aplicarse la caución de las joyas de la corona, la entrega de rehenes, etc.

Una tendencia manifiesta desde las épocas de Grocio hasta nuestros días, ha llevado indudablemente a la pretensión de aplicar a los contratos internacionales las mismas medidas asegurativas que se utilizan en las convenciones particulares [7]. Y así, por ej., fue común que se hipotecaran determinados territorios en garantía del cumplimiento de las obligaciones asumidas o que se permitiera la ocupación temporaria de territorios [8]. Sin embargo, también estas prácticas han caído en desuso por significar, en definitiva, un grave atentado contra la integridad de los territorios de países soberanos. Bien expresa Díaz Cisneros que ningún

[6] López Jiménez, *Tratado de derecho internacional público*, t. I, ed. oficial, El Salvador, 1970, p. 207.

[7] Ver: Charles Fenwick, *Derecho internacional*, trad. por María E. Fischman, Omeba, Bs. As., 1963, p. 487.

[8] Carlos Calvo, *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, Durand, París, t. II, 1868, nº 815. Conf.: Podestá Costa, ob. cit., t. I, nº 185.

Estado moderno acepta la constitución de esta garantía, salvo que resulte de un tratado impuesto por el vencedor al vencido [9].

¿Atenta también contra esa integridad la cláusula penal?

Muy pocos autores se han pronunciado sobre tan delicada cuestión. En nuestra búsqueda hemos detectado uno solo. Se lee en la vieja obra de Pasquale Fiore: "Deberá reputarse honesto y lícito: asegurar la ejecución de las obligaciones contraídas, concediendo a la parte contratante la ocupación de una porción del territorio hasta que se verifique el cumplimiento; dando una caución para el pago de una suma determinada; *estipulando una cláusula penal en caso de no ejecución*; dando una garantía con la intervención de un tercero que garantice, o acordando otros medios de seguridad que no sean contrarios a los principios generales del derecho.

"En lo que se refiere a las cláusulas penales, entiéndase bien que no puede estipularse bajo forma de cláusula penal en caso de no ejecución, lo que no pueda ser objeto lícito de convención internacional" [10].

En el ámbito de la jurisprudencia, sólo hemos detectado un caso; en realidad no se trataba de un típico contrato internacional, porque no había sido suscrito por dos Estados. De cualquier modo, se planteó una cuestión internacional, por lo que llegó hasta la Corte Internacional de Justicia. Ésta, aunque no decidió sobre el fondo del asunto, delimitó una cuestión de competencia. Es conocido como caso "Ambatielos (Grecia c. Gran Bretaña)". Los hechos eran los siguientes: en julio de 1919, luego de prolongadas negociaciones, Ambatielos, un armador griego, concluyó con el gobierno inglés un contrato de compra de

[9] César Díaz Cisneros, *Derecho internacional público*, 2ª ed., t. II, Tea, Bs. As., 1966, nº 299.

[10] Pasquale Fiore, *Tratado de derecho internacional público*, trad. por Alejo García Moreno, 2ª ed., t. III, Madrid, 1894, nº 1062.

nueve buques de propiedad de Inglaterra que a la época estaban construyéndose en astilleros de Hong Kong y Shangai. En el convenio se había estipulado una cláusula como la que sigue: "En caso que el comprador no cumpla con lo estipulado respecto del pago del precio perderá la seña y los buques podrán ser revendidos privada o públicamente; toda pérdida sufrida o gastos que se hicieren con motivo de esta reventa correrán por cuenta del comprador, quien pagará un interés del 5 % anual sobre esas sumas. Si el vendedor no entrega los buques en la forma y dentro del plazo establecido, el vendedor deberá devolver al comprador la suma dada como seña con un interés del 5 % anual". La estipulación trascrita —que para nosotros no es sino una cláusula penal— creó problemas interpretativos, porque mientras el comprador sostenía que, aunque no se había hecho constar por escrito, cada uno de los buques debía ser entregado en determinados plazos intermedios, la vendedora negaba la existencia de tales términos y, por ende, la mora en la obligación de pagar el precio.

El armador solicitó la constitución de un tribunal arbitral, pero mientras este pedido se sustanciaba, el gobierno británico ejecutó la hipoteca constituída en su favor por ante los tribunales ingleses. Por problemas procesales recayó sentencia firme por ante la judicatura inglesa favorable al gobierno británico. Ante la serie de vicisitudes vividas, el gobierno griego decidió intervenir en protección de su nacional, considerando que el Reino Unido había violado las garantías jurisdiccionales que los tratados en vigor entre ambos países otorgaban a sus nacionales, surgiendo así la sustancia internacional del asunto. Se planteó ante la Corte Internacional la negativa de Gran Bretaña a la constitución del tribunal arbitral. La Corte declaró que si bien ella no era competente para decidir sobre el fondo de la controversia, lo era para resolver si el

Reino Unido estaba obligado a someter a arbitraje la controversia [11].

Hemos hecho mención a este caso no porque se trate de un típico contrato internacional, pues como hemos relatado no fue suscrito por dos Estados, sino simplemente para demostrar el gran campo de aplicación del instituto en estudio, que trasciende las relaciones internas para proyectarse a campos mucho más vastos. Así como el contrato fue suscrito por un armador y el gobierno británico, bien pudo ser firmado entre ambos gobiernos, en cuyo caso se hubieran configurado típicas obligaciones internacionales.

§ 398. *La licitud del objeto pactado.* — Sin embargo, debe aclararse el problema relativo a la licitud del objeto de la cláusula penal. Recordemos, en primer lugar, la regla ya proporcionada por Fiore: La prestación de la cláusula penal no puede tener por contenido una cosa o servicio o abstención que no pueda ser objeto lícito de una convención internacional. Por ej., sería nula la cláusula que prevé para el caso de incumplimiento la entrega de determinada cantidad de hombres para que sirvan como esclavos, o la de permitir a buques piratas navegar dentro del mar territorial, etc. Este viejo principio aparece consagrado por el art. 53 de la Convención de Viena, que dispone: "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que só-

[11] Ver todos estos antecedentes en Juan Carlos Puig, *Derecho de la comunidad internacional*, vol. I, Depalma, Bs. As., 1974, ps. 116 y ss.

lo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

El artículo —tan arduamente discutido— ha dado consagración positiva al *jus cogens*, pero sin limitar su contenido, dejando que éste se forme en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales.

En cambio, aunque el objeto vulnere el orden jurídico interno, la obligación bajo cláusula penal será válida, en principio, si no ataca el orden internacional. Dispone el art. 27 de la Convención de Viena: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 46".

El principio reconoce honda raigambre en la doctrina internacionalista, habiendo sido adoptada por numerosos laudos que declararon enfáticamente la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno [12]. No pretendemos agotar tan difícil y ardua cuestión; digamos simplemente que éste es el criterio tradicionalmente aceptado por la Corte Permanente de Justicia Internacional, en fallos similares a los que trascribimos a continuación: "Para el derecho internacional y para la Corte que es órgano de éste, las leyes nacionales son simples hechos, manifestaciones de la voluntad y de la actividad del Estado, al igual que las decisiones judiciales o las medidas administrativas" [13]. "Un país no puede prevalerse de su legislación para limitar el alcance de sus obligaciones internacionales" [14]. Esta tradición ha pasado a varios proyectos. Por ej., los del Harvard Research of International Law, en los cuales se adhiere al principio que ningún Estado puede

[12] Ver: Moncayo y otros, *Derecho internacional público*, ob. cit., p. 58.

[13] Caso "Intereses alemanes en Alta Silesia", "C.P.J.I.", 1926, serie A, nº 7, p. 19, cit. por Moncayo y otros, t. I, p. 57.

[14] Caso "Zonas francas de la Alta Saboya y del país de Gex", "C.P.J.I.", 1930, serie A, p. 12, nº 24, citado por Moncayo y otros, t. I, p. 57.

invocar sus disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Sin embargo, debe recordarse que nuestro país siempre se ha adherido al principio de la "cláusula constitucional", por la cual ciertas cuestiones reguladas exclusivamente por la constitución del Estado quedan fuera del alcance de las disposiciones del tratado. La mencionada cláusula, en el orden interno, no es sino consecuencia de lo dispuesto por los arts. 31 y 27 de la Constitución nacional [15]. En este caso, la constitución prevalece sobre el tratado. Ésta es la razón por la cual la delegación argentina se abstuvo de votar el art. 27 [16]. Aplicando estos principios a las cláusulas objeto de nuestro estudio, puede decirse que la Argentina deberá la cláusula penal aun cuando su objeto vulnere el orden jurídico interno, siempre y cuando la contrariedad no se produzca con una norma de jerarquía constitucional.

Por supuesto que no se puede dejar de señalar las diferencias existentes entre el régimen de ejecución de la cláusula penal de orden interno y las limitaciones que ésta sufre en el orden internacional, en razón de la carencia relativa de medidas coercitivas. Porque si bien es un principio universalmente aceptado que "la violación de un compromiso trae la obligación de repararlo en forma adecuada" [17], los medios coercitivos con los que se cuenta no siempre son plenamente satisfactorios. De cualquier modo, lo expuesto no obsta para que en sustancia se trate de instituciones de gran similitud.

[15] Ver: Moncayo y otros, *Derecho internacional público*, ob. cit., p. 58.

[16] Compulsar estos antecedentes en de la Guardia y Delpech, ob. cit., ps. 280 y ss.

[17] Ver: Eduardo Augusto García, *Manual de derecho internacional público*, Depalma, Bs. As., 1975, p. 402.

## Capítulo IX

## ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES

Al analizar las diversas cuestiones de fondo en los capítulos anteriores, hemos ido insertando algunas referencias al derecho de forma. En estas líneas nos limitaremos a señalar otros aspectos no reseñados.

§ 399. *El modo de proponer la demanda.* — Hemos explicado que tratándose de cláusula penal compensatoria, el actor sólo debe invocar el incumplimiento imputable; no está obligado a probar que el cumplimiento de la prestación principal es imposible porque su derecho de opción le permite exigir directamente la pena producido el incumplimiento. También hemos dicho que no puede exigir ambas prestaciones, salvo las excepciones señaladas, y que si de hecho peticiona mal, es procedente la defensa de defecto legal; además, si ésta no es opuesta oportunamente, siempre será viable la excepción de *plus petitio* [1].

Trátese de multa compensatoria o moratoria, debe recordarse que tanto el art. 330, incs. 3 y 6, del C. Pr. Civ. y Com. de la Nación, como el 165, inc. 3, del C. Pr. Civ. de Mendoza, exigen que la demanda contenga la pretensión reclamada designándola con toda exactitud, debiendo la petición ser formulada en términos claros y positivos.

[1] Ver § 151.

Recuerdan nuestros autores que las peticiones pueden ser de dos tipos: principales y accesorias; estas últimas son aquellas que el actor puede agregar a las principales, siempre que exista conexidad, pero sobre las cuales no puede pronunciarse el juez si no han sido formuladas expresamente [2]. La pretensión o reclamo de la cláusula penal reviste tal carácter. Por ello es acertado el criterio jurisprudencial que afirma: "Es fundada la actitud del *a quo* de no pronunciarse sobre el accesorio constituído en la cláusula penal si ello no está encuadrado como petición positiva, sino en forma ambigua, lo cual no le permite fallar con seguridad". En el caso se había solicitado en el petitorio de la demanda que "se tuviese presente para su oportunidad lo dispuesto en la cláusula penal" [3]. Con este mismo criterio ha resuelto la Suprema Corte de la provincia de Bs. As.: "La Cámara está facultada para pronunciarse con respecto a las prestaciones accesorias; por ellas deben entenderse las originadas como consecuencia del proceso y con posterioridad al fallo de primera instancia, pero *no* la suma debida como consecuencia de la aplicación de una cláusula penal" si no ha integrado la litis [4].

§ 400. *Vía procesal.* — El cobro de la pena puede perseguirse por medio de un juicio ordinario o ejecutivo, según sea la naturaleza del título en que consta. Es decir, que si el instrumento en el cual se formaliza la cláusula penal es alguno de los enunciados en el art. 523 del C. Pr. Civ. y Com. de la Nación o reúne los requisitos previstos en el art. 228 del C. Pr. Civ. de Mendoza, ella podrá ser reclamada por la vía ejecutiva.

[2] Conf.: Hugo Alsina, ob. cit., *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil*, t. III, p. 39; Lino Palacio, *Derecho procesal civil*, t. IV, Perrot, Bs. As., 1972, p. 293.

[3] Cám. Nac. Civ., Sala E, 2/8/68, "Marchall S.A. c. París", en "L.L.", 134-1045, y "J.A.", 1-1969-408.

[4] 18/12/62, "Ravizzoli c. Carballo", "A. y S.", 1962-III-964.

Con relación a las cláusulas pactadas en contratos de locación la cuestión no parece dudosa, atento a lo dispuesto por los arts. 523, inc. 6, del C. Pr. Civ. y Com. de la Nación, 229, inc. 3, del C. Pr. Civ. de Mendoza, y 1581 del C. Civil. La actual jurisprudencia es reiterada en tal sentido: "Constituye el contrato de locación título ejecutivo suficiente para demandar el cobro de los alquileres adeudados y las penalidades establecidas en el mismo" [5]. "Si en el contrato de locación las partes han convenido que para el caso de no desocupación de la finca arrendada en el plazo establecido el locatario se obliga a seguir pagando los alquileres que se devenguen, con más un recargo punitorio, las cantidades que resulten de la mencionada cláusula son líquidas y exigibles, y dado su carácter accesorio del alquiler pactado, es procedente el proceso de ejecución forzada y la vía ejecutiva" [6].

Sin embargo, las cláusulas pactadas en instrumentos privados que formalizan otros contratos con prestaciones recíprocas merecen mayor atención. Específicamente con relación a los boletos de compraventa recordamos que las cámaras civiles en pleno resolvieron en dos viejos fallos que "los contratos privados de compraventa en que se ha estipulado el pago por mensualidades, en que se ha establecido un pacto comisorio en favor del vendedor, y en que se ha dado arras o señal que deberá deducirse de las últimas mensualidades, carecen de fuerza ejecutiva" [7]. "Los

[5] Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., Sala I, 28/6/74, "Warat, A., c. Jaime, C.", en "E.D.", 58-236. Conf.: Cám. Nac. Paz, Sala IV, "Lecram S.A. c. Metalmarne S.R.L.". En contra: Cám. Nac. Com., Sala B, 7/8/63, "Aris c. Galeano", "E.D.", 6-573; Cám. 1ª Civ. y Com. Mar del Plata, 20/4/67, "Petroni c. Mosquera", "J.A.", 1967-VI-579, sumario 27.

[6] Cám. Nac. Paz, Sala IV, 15/3/60, "Hegoburu y otro c. Falcinelli, Carlos", en "E.D.", 37-289, sumario 43, y "J.A.", 1960-IV-268. Conf.: Horacio Bustos Berrondo, *Juicio ejecutivo*, La Plata, 1970, p. 47; Cám. Nac. Paz, Sala III, 11/5/61, "Ventriglia, G., c. Cristofoni", "L.L.", 106-399; Javier Clavell Borrás, ob. cit., p. 362, nº 88.

[7] 16/3/18, *in re* "Baño c. Spinedi", en "J.A.", 1-222, con nota desaprobatoria de Héctor Lafaille.

boletos privados de compraventa de inmuebles por mensualidades carecen de fuerza ejecutiva para el cobro de las cuotas atrasadas, aun cuando las cantidades entregadas por el comprador hubieran sido imputadas al precio y no dadas como seña" [8]. Este criterio, seguido por reiterada jurisprudencia [9], se fundaba principalmente en que "se trata de un contrato privado que impone obligaciones recíprocas y cuya efectividad debe perseguirse en juicio ordinario" (voto del Dr. Cranwell). "Quebraría la igualdad de las partes admitir que una de las obligaciones pudiera ser exigible ejecutivamente, en tanto que las otras sólo lo serían por vía procesal de conocimiento" [10]. Aceptando esta tesitura debe negarse la vía ejecutiva para reclamar cláusulas penales pactadas en boletos de compraventa. Si se la niega para el cobro de las cuotas, a *fortiori* debe rechazársela para el cobro de prestaciones accesorias. Aplicando este criterio, se lee en un viejo fallo: "Es improcedente la ejecución de la multa convenida en un contrato, que se promovió alegándose el incumplimiento de la obligación que garantizaba esa cláusula penal; no se trata de un título que traiga aparejada ejecución, aunque el deudor hubiese reconocido su firma en los términos y de acuerdo con el procedimiento estatuído en el C. Procesal, arts. 466 y 467" [11].

Sin embargo, se va abriendo camino en la jurisprudencia el criterio de que dicho principio no es absoluto, pues si del boleto surgen los requisitos propios del título

[8] 29/11/20, "Santamaría y Cía c. Ponti", en "J.A.", 5-571, y "E.D.", 1-1032.

[9] Cám. Civ. 2ª Capital, 31/8/43, *in re* "Sannes, George, suc. c. Wernik", en "L.L.", 31-870, y "J.A.", 1943-III-886; Cám. Nac. Paz, Sala IV, 12/3/56, "Iriarte, José, c. Cardevali", en "L.I.", 82-360.

[10] Ver fallo plenario citado en nota 6.

[11] Cám. Nac. Ap. Com., Sala A, 22/7/55, "J.A.", 1955-IV-175. Con el mismo criterio, la Sala B resolvió el 7/8/63, *in re* "Aris c. Galeano", que "la cláusula penal no configura título ejecutivo porque su aplicación debe ser la consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones por una de las partes, es decir, que la exigibilidad del crédito no resulta del mismo documento" (en "E.D.", 6-573).

ejecutivo, no cabe objeción alguna fundada en la naturaleza del instrumento o del negocio jurídico del cual emana: "Si bien en los contratos bilaterales no es posible invocar en principio una obligación exigible mientras no se pruebe la satisfacción de la contraprestación (arts. 510 y 1201 del C. Civil), lo que requiere la amplia estructura de los procesos de conocimiento, no es el caso mantener la interdependencia de las obligaciones cuando las partes otorgan tal autonomía a la exigibilidad del precio" [12]. Por ello se ha dicho que constituye un título que lleva aparejada ejecución el boleto de compraventa cuya firma ha sido reconocida por el demandado" [13] o la firma aparezca adverada por certificación notarial.

Recordamos que en el segundo plenario referido, Colmo, adhiriéndose al voto de la minoría, impugnaba exitosamente el argumento de la bilateralidad. Decía el ilustre profesor que él probaba demasiado, porque con ese criterio, ni aun la escritura pública que instrumente una hipoteca con prestaciones pendientes a cargo del acreedor sería título ejecutivo.

Morello, Bustos Berrondo y Fassi [14], entre otros, se han pronunciado por la procedencia de la vía ejecutiva cuando las partes han pactado su viabilidad, con el argumento de que no existen normas de orden público que se opongan a esta solución. Mucho se ha discutido sobre si los títulos ejecutivos pueden ser creados por voluntad de las partes. No intentamos agotar tan delicada cuestión

[12] Cám. Nac. Civ., Sala D, 10/8/71, "Solfira S.R.L. c. Schvartzman", en "E.D.", 42-207.

[13] Cám. Nac. Civ., Sala F, 19/5/70, "Construcciones Cangallo c. Otero", en "E.D.", 34-193, sumario 34. Conf.: Cám. 2ª C.C. La Plata, Sala II, 18/7/67, "Los Eucaliptus S.A. c. Fuentes", en "E.D.", 20-295.

[14] Augusto M. Morello, ob. cit., *Boleto de compraventa*, p. 750; Horacio Bustos Berrondo, ob. cit., p. 32; Santiago C. Fassi, ob. cit., *Código Procesal*, t. II, nº 1846. La jurisprudencia brasileña predominante negaba la vía ejecutiva según referencias de Mucio Continentino, ob. cit., nº 20. p. 149, autor que se adhiere a esa posición.

procesal. Digamos simplemente que Colombo [15] exige como requisitos de admisibilidad de creación de títulos ejecutivos por voluntad de las partes los siguientes:

1) que no sea incompatible con la acción y naturaleza de la institución sustancial a que se aplica;

2) que no implique desnaturalizar el juicio ejecutivo;

3) que no viole disposiciones de orden público;

4) que no exija interpretación del contrato susceptible de controversia y no dependa de la comprobación directa de las prestaciones recíprocas;

5) que el título reúna las condiciones generales para que sea admisible la vía ejecutiva.

Aplicando estos principios, deducimos que si se ha pactado una cláusula penal en un boleto de compraventa por el cual las partes se sujetan al procedimiento ejecutivo y se dan los requisitos previamente señalados (obvio es, siempre estará pendiente la obligación de escriturar que pesa sobre ambas partes), no existe impedimento para que, previa integración mediante el reconocimiento previsto en los arts. 523, inc. 2, del C. Pr. Civ. y Com. de la Nación, y 229 del C. Pr. Civ. de Mendoza, los montos reclamados se ejecuten mediante el proceso ejecutivo.

Si las partes nada han pactado, es necesario distinguir si del propio título surge que el acreedor de la cláusula cumplió con las obligaciones a su cargo. En este caso, no encontramos impedimento en la procedencia de la vía ejecutiva, previo reconocimiento de la firma [16]. Pero si del título emana que existen aún prestaciones pendientes a cargo del acreedor, no será procedente la vía ejecutiva en general. Sin embargo, siempre quedará al acreedor la posibilidad de su preparación citando al deudor para que,

[15] Carlos J. Colombo, ob. cit., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. IV, p. 99. Conf.: Ramiro Podetti, ob. cit., *Tratado de las ejecuciones*, t. VII-A, nº 91, p. 185.

[16] Conf.: Cám. Nac. Com., Sala A, 28/11/56, "Constantino, Clotilde, c. Rapado", "L.L.", 87-452, y "J.A.", 1957-II-44.

además de reconocer la firma inserta, reconozca el cumplimiento por parte del acreedor de las obligaciones a su cargo [17]. La solución es expresa en algunos ordenamientos provinciales. Por ej., el art. 446 del C. Proc. Civ. de Santa Fe dispone: "Cuando el título consistiese en contrato bilateral, podrá prepararse la ejecución pidiendo que el presunto deudor reconozca haberse cumplido las obligaciones pactadas a su favor". En el C. Pr. Civ. y Com. de la Nación surge por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 525, inc. 4, para las obligaciones condicionales. En cuanto al ordenamiento mendocino, recordamos que la redacción primitiva del Código de Podetti expresamente admitía la solución (art. 229, inc. 1), pero la norma fue desgraciadamente modificada por la ley 2637 de 1960, que suprimió esa posibilidad de completar el título ejecutivo. No obstante, consideramos que no existe impedimento legal a la solución propiciada, porque no hay razón para sostener el carácter taxativo de la enumeración efectuada por el art. 229.

El cobro por medio del juicio ejecutivo motiva algunas discrepancias jurisprudenciales sobre la admisibilidad de las excepciones y defensas oponibles.

En tal sentido es discutible si, reclamada la cláusula penal por la vía ejecutiva, el deudor puede oponer como defensa la reducción de la cláusula penal por ser excesiva. En el ámbito de la Capital Federal se ha resuelto que no es procedente: "En el juicio por cobro de los alquileres no puede discutirse la supuesta ilicitud de la cláusula penal pactada para el caso de retardo en la restitución de la cosa locada, pues ello hace a la causa de la obligación que debe quedar reservada —en todo caso— para el juicio ordinario que autoriza el art. 500 del Código de Procedimiento" [18].

[17] Conf.: Santiago C. Fassi, ob. cit., *Código Procesal*, t. II, nº 1845.

[18] Cám. Nac. Paz, Sala I, 8/9/66, "Heras c. Grimberg", "L.L.", 124-587. Sin embargo, algún voto minoritario ha admitido la alegación por

Otros fallos, en cambio, sostienen la admisibilidad de la reducción en la etapa de liquidación. Es decir, que sólo en esa oportunidad procesal, por vía incidental, el deudor planteará la reducción: "No procede la nulidad total de la cláusula del contrato de mutuo, en cuanto a los intereses punitorios pactados, sin perjuicio de su reajuste final, que deberá ser considerado en el momento procesal previsto por el art. 523 del Código de Procedimientos" (se refiere a la legislación derogada)[19].

En el orden procesal mendocino, consideramos que la solución debe ser la inversa. No tratándose de títulos circulatorios y tramitándose la ejecución entre las partes originarias de la relación (o sus cesionarios a quienes pueden oponérseles las mismas defensas que al cedente), interpretamos que no existen razones para impedir la discusión del exceso en el juicio ejecutivo[20].

También fundado en la limitación de las defensas admisibles en este tipo de proceso, se ha dicho que "la invalidez que en razón de las leyes de prórroga de locaciones podría afectar a la cláusula penal convenida para el caso de que el locatario no restituyese el inmueble al vencimiento del contrato, no puede servir de fundamento a la excepción de inhabilidad de título, ya que ello importaría examinar la causa de la obligación, sin perjuicio de lo que al respecto se pudiera decidir en el juicio ordinario posterior"[21]. Tampoco compartimos esta solución. Cuando el

---

medio de la excepción de inhabilidad de título. Así, se lee en el voto del Dr. Pedrosa: "La reducción de la cláusula penal del art. 655 del C. Civil puede ser efectuada por vía de la excepción de inhabilidad de título en la medida que los elementos para ella surjan del mismo título" (Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., Sala I, 9/10/74, "Zeiguer c. Agüero", 1975-D-425, sec. Jur. Agrupada, caso 1488).

[19] Cám. Nac. Civ., Sala A, 29/9/67, "L.L.", 129-1043, fallo 16.795-S. Adviértase que el fallo se refiere a intereses punitorios, y no estrictamente a cláusulas penales.

[20] Podetti, ob. cit., t. VII-A, nº 125.

[21] Cám. 2ª Civ. y Com. La Plata, Sala I, 9/5/56, "Van Schilt c. San Juan", "J.A.", 1956-IV-12, nº 132.

proceso se tramita entre las partes originarias de la relación o sus cesionarios, consideramos que la causal invocada se refiere a la exigibilidad de la obligación y, por tanto, debe permitirse al deudor invocar como defensa el incumplimiento de los requisitos que hacen viable el reclamo de la cláusula.

§ 401. *El contenido de la sentencia.* — Otra cuestión que motiva el reclamo de las cláusulas moratorias reside en la determinación de si la sentencia que ordena la ejecución de la principal debe disponer una condenación expresa sobre la accesoria o si sólo debe tenerla presente para el trámite de ejecución de sentencia. En nuestros repertorios se registra un caso interesante: la sentencia de primera instancia condenó al vendedor a escriturar, a entregar la posesión y ordenó tener presente la suma reclamada en concepto de cláusula penal para la oportunidad correspondiente (la de reclamarse los perjuicios que pudieran resultar según fuere la suerte de lo decidido en el pronunciamiento). La vencedora apeló reclamando de la Cámara una manifestación expresa en cuanto a su derecho a percibir la cláusula moratoria diaria hasta el momento del efectivo cumplimiento de la principal. La Cámara Nacional Civil, Sala E, resolvió: "La cláusula penal moratoria constituye una sanción que debe juzgarse al reclamarse los eventuales daños en caso de alzamiento contra la sentencia por parte del vendedor vencido, o en todo caso debió motivar un pedido de aclaratoria ante el juez *a quo*, pero no es motivo de apelación"; confirmó entonces la sentencia de primera instancia [22].

Con el mismo criterio dijo la Sala C del mismo tribunal: "Si en el boleto se estipuló que el que no escriturara por causas que le fueran imputables tendrá una multa

[22] Cám. Nac. Civ., Sala E, 9/6/61, "Fabri, D., c. Arias Figueroa José", "E.D.", 1-841.

de . . ., la sentencia que condena a otorgar la escritura no debe imponer la pena, pues se ignora si el contratante cumplirá o no. Es en el procedimiento de ejecución que surgirá el evento motivo de la cláusula aludida" [23].

Desconocemos las circunstancias fácticas que rodearon los casos, pero advertimos que el acreedor que ha peticionado en forma expresa su derecho a percibir la cláusula penal integrando esta pretensión la litis, tiene derecho a que la sentencia que condena al cumplimiento de la principal contenga un dispositivo expreso sobre su derecho a percibir la pena moratoria, siendo insuficiente que simplemente se la tenga presente para su oportunidad. Al respecto debe recordarse que tanto el art. 163, inc. 4, del C. Pr. Civ. y Com. de la Nación, como el art. 90, inc. 4, del C. Pr. Civ. de Mendoza, exigen que la sentencia contenga la decisión expresa y precisa, total o parcialmente, positiva o negativa sobre *cada una de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio.* Además, debe merituarse que es en la etapa de cognición en que ha podido discutirse sobre la procedencia formal y sustancial de la penal, si su monto es o no excesivo, etc. Una simple manifestación como la vertida en el caso que comentamos, provoca que en la etapa de ejecución puedan plantearse todas estas cuestiones, que deben ser, en nuestro criterio, resueltas en la etapa de conocimiento. Con toda claridad dice Morello: "Se trata de la completividad de la sentencia que debe desenvolver el principio de congruencia en la íntegra explanación del objeto o contenido de la pretensión y de la oposición o defensa. Por otra parte, siempre creemos que es mejor postular un criterio funcional y no rígido de modo que las sentencias abiertas o sucesivas deben reducirse a aquellos márgenes dictados por la necesidad de abastecer, eventualmente, el total esquema de la litis" [24].

[23] 27/12/65, "Ortega c. Borria", "E.D.", 17-561.
[24] Augusto M. Morello, su correspondencia de día 25/4/78.

Con esta visión procesal ha dicho la Cám. Nac. Civ., Sala C: "Si se ha estipulado una penal al comprador en caso de resolución del contrato, corresponde que la condena a escriturar sea bajo apercibimiento de ser aplicada en caso de incumplimiento; no siendo óbice la norma del inc. 3 del art. 1375 del C. Civil, ya que lo que se pretende hacer valer no es el pacto comisorio, sino la pena estipulada, la cual rige tanto en caso del ejercicio del pacto como en caso de que el incumplimiento se produzca no obstante la condena a escriturar" [25]. Igualmente se ha dicho: "Es uniforme y pacífica la jurisprudencia en el sentido de que la sentencia que acoge la demanda por cumplimiento de contrato *debe contener* el apercibimiento de declarar resuelta la operación en la forma y con las consecuencias establecidas *en la cláusula penal* estipulada en el boleto" [26].

§ 402. *La competencia en razón de la cuantía.* — Es conocido que muchos ordenamientos procesales dividen la competencia, en razón de mejor organización de la judicatura, en jueces de menor y de mayor cuantía. Así, en la provincia de Mendoza el art. 430 del C. Pr. Civ. (modificado por sucesivas leyes 2037, 3513, 3806, decr. 192, ley 4075) adjudica a la Justicia de Paz los juicios de menor cuantía. Éste era también el régimen en la Justicia Nacional de Paz (ahora Justicia Nacional Especial en lo Civil y Comercial) hasta la sanción de la ley 21.203, del 23/10/75, que al derogar el inc. 1 del art. 320 del C. Pr. Civ. y Com. de la Nación, y 46, inc. *a*, del decr.-ley 1285/58, dejó sin efecto la competencia por razón de la cuantía, convirtiendo a la justicia especial en una verdadera jurisdicción específica en razón de la materia [27]. No obstante la derogación

[25] Cám. Nac. Civ., Sala C, 13/6/72, "La Flora S.R.L. c. Reinez, p/cumpl. de contrato", "E.D.", 44-204.

[26] Cám. Nac. Civ., Sala B, 8/3/74, "Parque Bella Vista c. Tamquía", "L.L.", 155-145.

[27] Conf.: Cám. Nac. Civ., Sala F, 25/6/76, "E.D.", 67-543; Cám.

en el orden nacional, consideramos conveniente tratar el tema atento a la vigencia que la división de competencia en razón de la cuantía tiene en la mayoría de los ordenamientos procesales provinciales.

Pueden presentarse diversos supuestos:

1) Cuando se reclaman *conjuntamente* prestación principal y pena (moratoria o compensatoria en los casos que fuese posible), deben distinguirse las siguientes situaciones:

*a*) Si la cláusula penal es compensatoria, debe sumarse el valor total de lo reclamado (prestación principal y cláusula), y si ambos superan el límite fijado por la ley (o la otorgada según los distintos regímenes), es competente el tribunal de mayor cuantía, aun cuando ninguna aisladamente alcance ese límite. Éste es el criterio del ordenamiento procesal mendocino, que dispone en el art. 7: "La competencia por valor se determinará: ... *b*) en caso de acumulación objetiva, procedente por la materia y el lugar, se tendrá en cuenta el monto total de las acciones acumuladas" [28]. También fue la solución propiciada por las Cámaras de Paz en pleno de la Capital, que cobró virtualidad en razón de la ley 19.809 (hoy derogada por la 21.203). "Tratándose de acciones acumuladas, el monto de la demanda se determina por el de las obligaciones en su totalidad aun cuando la causa de cada una de ellas sea distinta" [29].

---

Nac. Civ., Sala B, 12/4/76, "E.D.", 67-290, y demás fallos publicados en Repertorio 10, de "E.D.", p. 258, sumarios 167 a 169.

[28] La norma trascrita sigue las aguas del art. 525 del Código derogado, que disponía: "Cuando en la demanda se comprendan cantidades y objetos diversos, ya provengan de una misma causa, ya de varias, para determinar la forma del procedimiento se atenderá al valor de todas ellas reunidas".

[29] Cám. Nac. de Paz, en pleno, 20/4/71, "Lavia, Juan, c. Barreiro Fernández y otros", en "L.L.", 143-94. Conf.: Jorge H. Palmieri, *Competencia en razón de la cuantía*, en "Rev. Argentina de Derecho Procesal", 1972-4-503.

*b*) Si se reclama la principal y la moratoria devengada hasta el momento de interposición de la demanda, también el monto total (principal y pena) es el que determinará la competencia en razón de la cuantía. Si la pena consiste en una suma de dinero accesoria de una principal de igual contenido, esta solución encuentra apoyo en el orden provincial mendocino en el art. 7, inc. *a*, que dispone que la competencia por valor se determinará por el monto reclamado *y los intereses pactados* hasta la fecha de la demanda (ya hemos hablado de la similitud entre cláusula penal e intereses [§ 242]). Pero aun cuando principal y accesoria no tengan este contenido, debe regir igual principio porque las penas moratorias ya devengadas, como hemos expuesto, adquieren una individualidad propia, lo que motiva que sean consideradas como pretensiones autónomas; en consecuencia, es de aplicación el inc. *b* ya trascrito.

El monto reclamado inicialmente es el que fija la competencia, sin que las alteraciones posteriores puedan tener influencia en su determinación [30]. Por eso, si al momento de interposición de la demanda el monto era inferior al fijado por la ley o acordada regulatoria, aun cuando por efecto de devengarse nuevas cuotas durante el proceso ese límite sea superado, la competencia ha quedado definitivamente radicada ante los jueces de menor cuantía.

Si por el vencimiento de nuevas cuotas se ha pedido *ampliación* de la demanda y en virtud de ellas se supera el límite numérico, subsiste no obstante la competencia del juzgado de menor cuantía; así lo disponía expresamente el art. 46, inc. *a*, de la ley 19.809; pero para que esta regla se cumpla es menester que la ampliación tenga lugar *después* de la notificación de la demanda, puesto que si se peticionó

[30] Ver: Tomás Jofré, nota a fallo sin título, en "J. A.", 3-8. Conf.: Cám. Nac. Paz, Sala IV, 29/3/75, "Pavloni c. Rocotovich", "Rep. L.L.", XVIII-A-I, p. 191, nº 304.

*antes* de trabarse la litis, debe considerarse valor reclamado el total ampliado (arts. 537 y 539 del C. Pr. Civ. de la Pcia. de Bs. As., 331, 540, 541 del C. Pr. Civ. y Com. de la Nación, 244 del C. Pr. Civ. de Mendoza para los procesos ejecutivos)[31].

2) Cuando se reclama *exclusivamente* el monto de la cláusula la cuestión es dudosa. Según un criterio, debe estarse al monto peticionado, aun cuando el valor de la principal pueda ser superior al límite demarcatorio de ambas competencias. En tal sentido recordamos jurisprudencia capitalina relativa al cobro de cuotas: "Cuando se persigue el cobro de cuotas, la competencia por razón de la cantidad se determina por el importe de las mismas y no por el valor del contrato a que aquéllas se refieren" [32]. Para algunos esta competencia subsiste aun cuando el demandado reconvenga sobre la obligación principal cuyo monto es superior al límite. Éste parecía el criterio a aplicar conforme al art. 46, inc. g, de la ley 19.809. No es ésta la oportunidad de estudiar pormenorizadamente la cuestión sobre la competencia en la demanda reconvencional. Recordemos brevemente que para la doctrina italiana en

[31] Cám. Nac. Paz, en pleno, 14/4/69, "Bounzas, H., c. Kurback de Lenart", en "L.L.", 136-979; el mismo tribunal, 31/8/72, "Desirier de Zanini c. Infante", en "L.L.", 148-49. Conf.: Palmieri, ob. cit., 504. Este criterio se sigue también en los procesos ejecutivos; Cám. Nac. Paz, en pleno, 17/3/71, "Sarkissian S.A. c. Botan Soc. Com. por Acciones", "Rev. de Derecho Procesal", 1971, nº 2, p. 271, con nota adversa de Víctor Guerrero Leconte, *Acumulación de acciones y ampliación de ejecución*. Para un estudio pormenorizado de tan importante cuestión, ver Augusto Morello, *Reflexiones en torno al cambio o trasformación de la demanda y su ampliación*, en "Rev. Argentina de Derecho Procesal", 1971, nº 3, p. 360.

[32] Cám. Nac. Com., en pleno, 27/8/62, "Paolini Rosso c. Pina, Julio C.", en "L.L.", 108-302, y "J.A.", 1963-I-430. Sobre el punto, ver nota de Redacción, *Competencia por cantidad en los supuestos en que la acción se vincula a una relación jurídica de mayor cantidad*, en "L.L.", 67-736; Humberto Baños, *Competencia por razón de cantidad de los jueces en la provincia de Buenos Aires*, en "L.L.", 28-197; en contra del plenario, pronunciándose en favor del valor de la obligación principal, Alejandro Vázquez, *Crítica al plenario de la Cámara Comercial sobre competencia por cantidad en el cobro de cuotas*, en "J.A.", 1964-IV-250.

general, el juez de la acción principal es competente para entender de la reconvención que está dentro de los límites de su competencia por valor y de la que es *inferior* a ella; en cambio, si la reconvención es de competencia del juez de mayor cuantía que el que entiende en la acción, ambas deben remitirse al juez competente por la reconvención [33]. Éste es el sistema del C. Pr. Civ. de la Provincia de Bs. As. [34], aceptado en definitiva por el ordenamiento mendocino (art. 169, mod. ley 2639). En cambio, Fernández se pronunció en sentido adverso, sosteniendo que siempre el juez de la acción es el competente para la reconvención, porque la limitación se ha impuesto en favor del litigante y no hay impedimento en que se renuncie a él [35]. Podetti, por su parte, afirmaba: "Entre conexidad y competencia, debe admitirse que la primera modifica la segunda en cuanto no afecte de una manera evidente el orden público. Así, el *forum connexitatis* priva sobre los fueros prorrogables y sobre el fuero en razón del valor de la contrademanda"; pero hacía la salvedad de los juzgados de paz lego [36].

En el orden procesal mendocino, reiteramos, la solución es la siguiente: el art. 7, inc. *c*, dispone que si se demandaren pagos parciales o sólo intereses, la competencia se determina por el monto total de la obligación. Se cita en la nota como fuente de la norma los arts. 521 a 526 del Código derogado. El art. 522 disponía que cuando la cantidad objeto de la demanda haga parte de un crédito ma-

[33] José Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*, trad. por José Casais y Santaló, t. I, Reus, Madrid, p. 717.

[34] Conf.: Clemente Díaz, *Instituciones de derecho procesal*, t. II, B, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972, p. 795; Lino E. Palacio, *Derecho procesal civil*, t. I, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1967, p. 461. Criticando *de lege ferenda* la solución legal, Santiago C. Fassi, ob. cit., *Código Procesal*, t. I, nº 27.

[35] Raymundo Fernández, *Código de Procedimiento Civil comentado*, t. I, Bs. As., 1955, p. 189, nota 61 bis.

[36] Ramiro Podetti, *Conexidad y competencia por valor en las demandas reconvencionales*, en "J.A.", 1945-IV-778.

yor que sea contestado, se determinará la cuantía del juicio por el monto de dicho crédito. Comentaba Podetti que "si lo que se demanda es parte de un crédito mayor cuya existencia o legitimidad se discute, como el pronunciamiento a dictarse podría implicar el reconocimiento del crédito o contrato discutido, en toda su extensión, la ley exige que se considere el monto de este último y no el de la parte o prestación que se cobre" [37]. De lo expuesto se deduce que si se reclama la pena moratoria que *prima facie* puede estimarse se ampliará por futuros devengos (por ej., se reclama la multa establecida para el caso de retardo en la restitución de la cosa mueble dada en comodato, la cual se halla aún en poder del comodatario), es competente el juez cuyo monto corresponde al valor de la obligación principal (la cosa dada), y no el que corresponde a las penas moratorias reclamadas hasta el momento.

3) Si se reclama el cumplimiento de la prestación principal y *subsidiariamente* el de la cláusula penal compensatoria, la competencia debe fijarse, exclusivamente, en función del valor de la principal, porque puede acontecer que la accesoria nunca llegue a cumplirse, no existiendo razón alguna para fijar la competencia sobre la base de una prestación que sólo se reclama para el supuesto que no se cumpla la principal [38].

§ 403. *Competencia en razón del lugar.* — La inserción de una cláusula penal no produce modificaciones en la competencia *locus*. Ésta es la posición asumida por la jurisprudencia en el único caso en que la cuestión fue debatida: "La competencia para conocer en la demanda por cumplimiento de una cláusula penal, se determina por las

[37] Ramiro Podetti, *Código de Procedimientos en materia civil y comercial de la provincia de Mendoza*, t. II, La Facultad, Bs. As., 1937, p. 273. En esta obra el autor comenta las disposiciones del Código derogado, aunque doctrinalmente sostenía otro criterio, como se ha visto en la nota anterior

[38] Ver: Podetti, ob. cit., t. II, p. 274.

circunstancias de la obligación principal a la que se vincula la cláusula penal" [39].

Sin embargo, debe señalarse que si la cláusula penal debe ser cumplida por un tercero, resulta claro que el acreedor podrá interponer la demanda por cumplimiento de la pena por ante el juez del domicilio del deudor de la multa, en tanto éste no tendrá interés legítimo en la impugnación de la competencia.

§ 404. *Competencia en razón de la materia.* — Es criterio mayoritariamente aceptado que el juez competente para entender en las cuestiones judiciales que se provoquen con relación a la obligación accesoria, es el que debe entender en las que atañen a la obligación principal. O sea que si la principal es de carácter comercial, las acciones relativas a las cláusulas penales deben ser interpuestas ante los jueces de comercio. Obviamente nos referimos a aquellos supuestos en que las legislaciones procesales admiten esta división de la competencia.

§ 405. *El procedimiento arbitral cuando se reclaman cláusulas penales pactadas en contratos de sociedades.* — Disponía el art. 448 del C. de Comercio: "Todas las cuestiones sociales que se suscitaren entre los socios durante la existencia de la sociedad, su liquidación o partición, serán decididas por los jueces arbitradores, a no ser que se haya estipulado lo contrario en el contrato de sociedad".

El texto trascrito era el sancionado con la reforma de 1889, pues el Código primitivo de 1862 disponía el arbitraje obligatorio hubiérase o no estipulado así en el contrato social. La solución, tomada del Código español de 1829, el cual a su vez reconoce su fuente en las Ordenanzas

[39] Cám. Nac. Apel. Com. Cap. Fed., Sala A, 6/5/53, "Tarenzi c. Indus-Ferr", "J.A.", 1953-IV-71.

de Bilbao, fue rechazada, en general, por los autores argentinos [40].

La ley 19.550 derogó esta disposición (art. 368); en consecuencia, salvo disposición expresa en contrario, las controversias que susciten las relaciones de los socios entre sí, de éstos con la sociedad, o de éstos con terceros, las resuelve el órgano jurisdiccional; esto surge claro de no haber incorporado una norma similar al 448 derogado y, al contrario, incluír una disposición procesal como es el art. 15 [41]; por consiguiente, ha dejado al criterio de los socios someterse o no al arbitraje y, en caso afirmativo, determinar los temas que podrán ser objeto de él [42]. Atendió así el clamor de la más conspicua doctrina nacional que pugnaba por la reforma.

Recordemos brevemente que la jurisprudencia anterior a la ley 19.550 interpretó *restrictivamente* la norma trascrita. Dentro de esta tendencia resolvió que "si se trata del cumplimiento de la cláusula penal inserta en el convenio final de liquidación de la sociedad, es inaplicable el juicio de árbitros previsto en art. 448 del C. de Comercio" [43].

Pese a la derogación de la norma, resulta útil e ilustrativo el análisis de ese fallo —único que hemos podido detectar en los repertorios de mayor difusión en la Argentina—.

[40] Isaac Halperin, *Sociedades comerciales. Parte general*, Depalma, Bs. As., 1966, p. 241; Juan B. Siburu, *Comentario del Código de Comercio argentino*, 2ª ed., t. V, Valerio Abeledo, Bs. As., 1923, nº 1608.

[41] Art. 15, ley 19.551, Procedimiento: norma general. Cuando en la ley se dispone autorizar la promoción de la acción judicial, ésta se sustanciará por el procedimiento sumario, salvo que se indique otro.

[42] Conf.: Enrique Zaldívar y otros, *Cuadernos de derecho societario*, tomo III, vol. I, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1976, ps. 427 y ss.; Rubén Segal y otros, *Ley de sociedades. Análisis jurídico contable*, La Ley, Bs. As., 1973, p. 118; Martín Arecha y García Cuerva, *Sociedades comerciales*, Depalma, Bs. As., 1973, p. 21.

[43] Cám. Nac. Com., Sala B, 17 de noviembre de 1954, "Cots, Alfredo, y otros, c. Lípara", en "L.L.", 77-236, y "J.A.", 1955-III-66. Conf.: Carlos J. Zavala Rodríguez, ob. cit., t. I, nº 1084; fallo citado también por Alconada Aramburú, *Código de Comercio anotado*, 2ª ed., t. I, Depalma, Bs. As., 1968, p. 343.

Esta utilidad deriva de que en nuestro país es muy común pactar en el instrumento de constitución de una sociedad cláusulas similares a ésta: "Cualquier cuestión que se suscitare entre los socios o sus sucesores durante la existencia de la sociedad o al tiempo de disolverla, liquidarla o dividirse el caudal social, será dirimida por un tribunal arbitrador".

Cabe entonces responder a este interrogante: ¿Debe constituírse el tribunal arbitral cuando se suscitan cuestiones vinculadas a cláusulas penales pactadas para tener vigencia en la etapa de liquidación del ente social?

En el caso que hemos trascrito *supra* se resolvió negativamente la cuestión. Se trataba de un convenio de liquidación por el cual un sector de los socios se comprometía bajo sanción de pena moratoria, a cancelar los gravámenes que pesaban sobre determinados bienes adjudicados a otro sector de socios. Vencido el plazo previsto e incumplida la obligación de hacer, los acreedores reclamaron judicialmente la cláusula penal pactada. Los demandados excepcionaron diciendo que esta cuestión debía ser sometida al tribunal arbitral; en ambas instancias se rechazó la defensa interpuesta fundándose en el repetido principio de que la jurisdicción arbitral es de interpretación restrictiva y que debe aplicarse únicamente en los casos que tienden a solucionar dificultades originadas en la interpretación de los contratos.

Este criterio jurisprudencial es de aplicación a las cuestiones suscitadas con motivo de cláusulas compromisorias pactadas durante la vigencia de la ley 19.550. En general puede afirmarse que todas las reclamaciones que versan sobre el *cumplimiento* de una cláusula penal competen a la jurisdicción judicial, porque ellas suponen un problema de *ejecución*, y es sabido que él no puede ser resuelto por el tribunal arbitral porque carece de *imperium* para hacer cumplir sus decisiones. ¿Qué sentido tendría

reclamar la pena al tribunal arbitral si de cualquier modo éste no puede compeler al deudor a su cumplimiento? También en términos generales consideramos que *escapa* a la jurisdicción arbitral la determinación de la *exorbitancia* de la pena, porque esta cuestión excede lo que debe considerarse mera interpretación del contrato; están en juego principios fundamentales como la ilicitud, el abuso del derecho, la lesión objetiva, etc., los que no pueden ser sino resueltos por el juez.

En cambio, si se tratara de dirimir cuestiones puramente de hecho, debe el tribunal arbitral resolver si la situación fáctica encuadra o no en el supuesto previsto por la estipulación convencional o en la disposición legal. Por ej., se ha previsto una pena para el supuesto de cumplimiento defectuoso; nadie mejor que el tribunal arbitral para determinar si en el caso el cumplimiento fue o no defectuoso; o se discute si el cumplimiento parcial que motiva la reducción de la cláusula penal (art. 660 del C. Civil) reportó o no un interés para el acreedor; debe el tribunal arbitral dirimir si tal interés se satisfizo o no.

§ 406. *Recurso de apelación.* — Dispone el art. 242 del C. Pr. Civ. y Com. de la Nación: "Serán inapelables las sentencias definitivas y las demás resoluciones cualquiera fuere su naturaleza, que se dicten en procesos en los que el valor cuestionado no exceda de la suma de un millón de pesos. Dicho monto se determinará atendiendo exclusivamente al capital reclamado en la demanda, actualizado, si correspondiere a la fecha de la resolución, de acuerdo con los índices oficiales de variación de precios mayoristas no agropecuarios. Esta disposición no será aplicable a los procesos en que se pretenda el desalojo de inmuebles".

La ley se pronunció en favor de la tesis de la restricción del derecho de apelar. Dice bien Agustín Costa que "la apelación no es una garantía individual de orden cons-

titucional, que obligue al Estado a concederla sin limitaciones. Por el contrario, puede y debe ser objeto de restricciones. El perfeccionamiento técnico de las normas procesales, inspirado en la celeridad y economía de los juicios, lleva en nuestra época a justificar las causas que aconsejan reducir su amplitud y extremar la rigidez de las condiciones para su otorgamiento y ejercicio" [44].

Aplicando la norma trascrita a las cláusulas penales se extraen las siguientes conclusiones:

1) Si se reclama la principal y subsidiariamente la pena compensatoria, es el monto de la primera el que determina si la demanda puede dar lugar a la apelación [45].

2) Si se reclaman principal y cláusula penal acumuladas, debe considerarse valor cuestionado el monto total peticionado en la demanda [46].

3) Si se ha solicitado sólo la cláusula penal, es su valor, y no el total del contrato el que fija el monto.

§ 407. *Apelación ordinaria ante la Corte Suprema.* — El ordenamiento procesal nacional prevé un recurso de apelación ordinaria ante la Corte Suprema para aquellos casos en que la Nación sea parte directa o indirectamente, cuando el valor disputado, sin sus accesorios, supera un determinado límite.

Recordemos brevemente que Ibáñez Frocham critica duramente el sistema legal por colocar a la Nación en una situación de privilegio sobre los demás litigantes. Afirma que ello es agraviante en dos sentidos: 1) porque las cámaras nacionales ofrecen la misma garantía de objetividad cuando litiga el Estado que cuando lo hacen particulares; 2) porque la norma puede presumir que la Corte es

[44] Agustín Costa, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, Asociación del Colegio de Abogados, Bs. As., 1950, nº 81.

[45] Conf.: Agustín Costa, ob. cit., nº 83, p. 114.

[46] Conf.: Demogue, ob. cit., t. VI, nº 484.

más dócil o más sensible a las razones de Estado que se hagan llegar extraprocesalmente [47].

Trataremos de aplicar la norma general al supuesto particular de pleitos donde se han reclamado cláusulas penales. También aquí debe estarse al valor reclamado en la demanda computado de la misma forma en que lo hemos hecho en los puntos anteriores. Antes de marzo de 1981 se resolvió que este valor es el nominal, sin que deba computarse su reajuste por depreciación de la moneda. En este sentido se ha pronunciado nuestro máximo tribunal: "No procede el recurso ordinario de apelación ante esta Corte si el valor disputado no supera el límite legal exigido para la procedencia de esa vía. A tales efectos es menester computar, en el caso, el valor atribuíble al contrato cuyo cumplimiento se demanda, sin que deba empero incluírse la suma que pueda resultar del incremento por depreciación de la moneda" [48]. En nuestro criterio esta jurisprudencia deberá sufrir vuelco trascendente en razón de la aplicación analógica del art. 242 (redacción ley 22.434) y del art. 3 de la misma ley de reformas del Código de Procedimientos.

No debe confundir la jurisprudencia de la Corte cuando afirma que "es improcedente el recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema si ninguna de las acciones acumuladas exceden del límite fijado vigente al tiempo de interponerlo. A tal efecto, dichas acciones deben considerarse individualmente, y no en su totalidad" [49]. En

[47] Ibáñez Frocham, *Tratado de los recursos en el proceso civil*, Omeba, Bs. As., 1963, nº 70.

[48] C. S., 4/4/78, "E.D.", diario del 3/8/78, fallo 31.014; C. S., 12/4/77, "E.D.", t. 73, fallo 29.700. Conf.: C. S., 20/9/77, "L.L.", diario del 3/2/78, fallo 75.345. En cambio, en la provincia de Bs. As., siempre que de modo fehaciente aparezca introducida oportunamente en la relación procesal el reclamo indexatorio, el alto tribunal provincial habilita el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley por razón de la cuantía del asunto (art. 278, red. ley 8979). Esta solución es más justa que la propiciada en el orden nacional.

[49] C. S., "Fallos", 258-171, citado por Carlos Colombo, *Código Procesal Civil y Comercial anotado y comentado*, t. II, p. 485; en el mismo sen-

esos casos se trataba de acumulación *subjetiva* de acciones; es lógico que la mera circunstancia de que varios actores unan sus pretensiones no puede modificar la restricción impuesta al recurso. En cambio, cuando se produce una acumulación *objetiva* es el valor reclamado (es decir, el total de lo pretendido por el actor) lo que debe computarse como "valor disputado". Por ello si se reclamó principal y pena conjuntamente, es la suma de ambas lo que marca la procedencia del recurso.

§ 408. *El recurso de inaplicabilidad de la ley o doctrina legal en el ordenamiento procesal de la provincia de Buenos Aires* (art. 278 del C. Pr. Civ. y Com., según texto incorporado por la ley 8979). — También en este caso el recurso está condicionado a un límite monetario mínimo ("El recurso de inaplicabilidad de la ley o doctrina legal procederá contra las sentencias definitivas de las cámaras de apelaciones y de los tribunales colegiados de instancia única siempre que el valor del litigio exceda de $ 1.000.000". El cuarto párrafo del artículo establece un sistema de reajuste del tope mínimo).

Para la determinación del valor del litigio cuando se reclaman cláusulas penales, deben aplicarse los mismos principios vertidos en el punto anterior al tratar de la apelación ordinaria ante la Corte Suprema [49-1].

§ 409. *Improcedencia del recurso extraordinario.* — Se ha declarado que muchas cuestiones relativas a la cláusula penal no pueden ser revisadas por la vía extraordinaria.

Así, por ej., la relativa a la extinción o no de la cláusula por el cumplimiento de la principal sin reserva del

---

tido, fallos dictados el 3/11/67, "Masaglia y otros c. Consejo Federal de Inversiones", "L.L.", 129-703, y 8/4/64, "Corral, Ramón, y otros, c. Trasportes de Bs. As.", "L.L.", 114-307.

49-1 Ver nota 48.

acreedor. En tal sentido se ha dicho que "la cuestión referente a la insubsistencia de la cláusula penal por razón del cumplimiento de la obligación principal convenida aun cuando la relación jurídica entre las partes haya sido objeto de un arreglo posterior distinto, es ajena al recurso extraordinario. La reserva efectuada en el segundo convenio sobre el pleito existente con respecto a la anterior cláusula penal, no altera la solución, no siendo por lo tanto arbitraria la sentencia de la Cámara de Apelaciones recurrida que en base a las medidas para mejor proveer dispuestas por ella, confirma lo decidido al respecto por el inferior" [50].

También la referida a la vinculación con la cosa juzgada, "lo que ocurre en el caso en que la sentencia no hizo lugar al reajuste de la cláusula penal solicitado con posterioridad al fallo que declaró resuelto el contrato de compraventa, por entender que a ello se oponía la autoridad de la cosa juzgada y la falta de constitución en mora de los demandados" [50-1].

§ 410. *Improcedencia del recurso de casación cuando se resuelve sobre la reducción de la cláusula penal.* — Afirma Ricci que cuando el juez rechaza el pedido de reducción de la cláusula penal, su resolución no puede ser recurrida por vía de casación, porque tratándose de una facultad judicial el disminuírla o no, no se infringe ningún precepto legal no usando de una facultad [51].

Hemos explicado que en el derecho nacional no se trata de una mera facultad, sino que acreditados los extremos legales el juez está obligado a modificarla. Sin embargo, en la mayoría de los casos el recurso de casación

[50] C. S., 7/12/55, "Sorbilli, Antino, c. Beltrán", "Rep. L.L.", t. XVII, p. 741, nº 240, y en "Fallos", 233-181.

[50-1] C. S., Z-50, 1/7/80, "Zeiguer, Samuel, c. Reinoso Arteaga, en "E.D.", t. 90, Jurisprudencia agrupada, "Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", correspondientes al mes de julio de 1980, sumario 379.

[51] Ricci, ob. cit., t. XIII, nº 190.

será improcedente porque no habrá error en la interpretación del derecho, sino en la apreciación de los hechos. Se ha visto cuántas circunstancias fácticas adquieren relevancia en el problema relativo a la mutabilidad de la cláusula [52].

Con este criterio ha dicho la S. C. Bs. As.: "Es cuestión de hecho establecer si una cláusula penal fijada contractualmente atenta o no contra las buenas costumbres y el orden público" [53]. No obstante lo dicho, "cuando los criterios de actuación con que han operado los tribunales de grado muestran los vicios de absurdo o arbitrariedad, quedará habilitada la instancia extraordinaria, porque el tema hace al contralor técnico-jurídico" [54]. Resulta superabundante señalar el amplio desarrollo doctrinal y jurisprudencial que han recibido las nociones de "absurdo" y "arbitrariedad" en materia de recursos extraordinarios.

§ 411. *Monto por el cual se ordenan medidas precautorias.* — Es evidente que cuando se reclaman ambas prestaciones acumuladas, el juez debe tener en cuenta la suma total de ambas al presupuestar la cantidad que provisoriamente estima cubrirá el resultado económico del proceso: "Cuando la acción entablada tiene por objeto el cumplimiento de un contrato el embargo debe trabarse hasta cubrir el valor de los bienes vendidos e incluírse el monto de la cláusula penal pactada si su pago también se reclama" [55].

[52] Conf.: Ruiz Vadillo, ob. cit., ps. 408 y 409. S. T. Civil y Comercial de España, sentencia del 14/3/22, "Rev. del Derecho Privado de Madrid", t. 10, p. 59; S.T. España, 8/11/45, "Rev. Derecho Privado de Madrid", t. 29, p. 259; Washington De Barros Monteiro, ob. cit., vol. 4, p. 212; Lobato de Blas, ob. cit., p. 174.

[53] 22/8/61, "Dually, J., c. Vázquez", "D.J.B.A.", 64-21, y "J.A.", 1962-II-173.

[54] Conf.: Augusto Morello, su correspondencia del 25/4/78.

[55] Cám. Civ. Cap., Sala A, 17/5/68, "Alarcón c. Tavella", "J.A.", 1969, Reseña, p. 388, nº 33, y "L.L.", 131-630.

Pero, si el incumplimiento del contrato ha constituído al mismo tiempo un delito de derecho criminal y el acreedor optó por la acción de daños derivada de la responsabilidad extracontractual en sede penal (arts. 1107 del C. Civil y 29 del C. Penal), se ha resuelto que "la medida cautelar debe limitarse a los bienes necesarios para responder a la indemnización de los daños emergentes del delito y pago de las costas procesales, sin extenderla al importe de la cláusula penal convenida en el contrato en que la causa penal se originó" [56].

§ 412. *Monto sobre el cual deben regularse los honorarios.* — Siguiendo las normas o principios generales vertidos en los puntos anteriores, resulta claro que si se reclaman principal y pena, los honorarios deben regularse sobre el monto de ambas acumuladas. Pero, si sólo se ha discutido la cláusula penal no existen motivos para practicar dicha regulación sobre el monto de la principal. Esto es consecuencia del principio reiteradamente sostenido de que tratándose de juicios por indemnización de daños contractuales el monto del juicio es la suma que se condena pagar, y no el monto del contrato incumplido [57]. Con este criterio ha resuelto la Cám. Nac. Com., Sala B, que "en una demanda por rescisión de la compraventa de un fondo de comercio en la que ambas partes estaban de acuerdo, y en la que sólo se halló en discusión la responsabilidad por esa resolución para la aplicación de la pena contractual, el monto de ésta da la importancia económica del juicio para las regulaciones de honorarios que deben efectuarse" [58].

[56] Cam. Apel. Dolores, 19/4/51, "J.A.", 1951-III-383.

[57] Cám. Nac. Com., Sala B, 7/4/60, "Curcu, Alfredo, c. Caprino, Víctor", "J.A.", 1961-III-37.

[58] 25/9/64, "Maldonado c. Piba S.R.L.", "E.D.", 14-389.

§ 413. *Pronunciamiento sobre costas.* — Cuestiones vinculadas a las cláusulas penales han motivado algunos pronunciamientos judiciales relativos a la imposición de costas, cuya solución resulta de dudoso acierto. La Sala D de la Cám. Nac. de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, integrada por los excepcionales magistrados Miguel Sánchez de Bustamante, Acdeel Salas y Néstor Cichero, resolvió que "el hecho de que los actores hayan perseguido la aplicación de una cláusula penal que establecía una pena severa, por lo que los demandados pudieron razonablemente considerarse con derecho a litigar, unido a la no acreditación de perjuicios sufridos como consecuencia del retardo, justifica que el pago de las costas en ambas instancias sea impuesto a las partes en el orden causado" [59]. Es decir, que pese a que no prosperó el pedido de reducción, el tribunal impuso las costas por su orden. La solución, viable en los ordenamientos procesales que admiten "la razón para litigar" como causal de exoneración de las costas, es insostenible en códigos como el de Mendoza, que establecen el principio de la condena absoluta o incondicionada al vencido como regla general (arts. 36 y concs. del C. Pr. Civ.).

[59] 10/2/56, "Ginocchio y otro c. Sanguinetti y Boubés y otros", en "J.A.", 1956-II-400.

# BIBLIOGRAFÍA


ACUÑA, Alfredo: *Derecho de limitar el importe de la indemnización establecida en una cláusula penal en consideración al orden público*, en "J.A.", t. 48.

ACUÑA ANZORENA, Arturo: *Conclusión de la locación y responsabilidad del locatario por no devolver la cosa en las condiciones debidas*, en "J.A.", t. 69.

*Actas de la Sección de Derecho Civil del Instituto Argentino de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados.*

ADROGUÉ, Manuel I.: *La prelación de créditos en materia concursal* (ed. Perrot, Bs. As., 1967).

—— *Las cláusulas de estabilización y el principio de especialidad de la hipoteca*, en "L.L.", t. 1979-C.

AGUIAR DIAS, José: *Cláusula de não-indenizar* (ed. Forense, Río de Janeiro, 1976).

ALBISETTI, Norberto: *Las arras como predeterminación del daño en el Código Civil*, en "L.L.", t. 118.

ALCONADA ARAMBURÚ, Carlos R. S.: *Código de Comercio anotado*, 2ª ed. (ed. Depalma, Bs. As., 1968).

ALEGRÍA, Héctor, y REYES ORIBE, Aníbal: su ponencia "*Admisibilidad legal de la rescisión parcial en las sociedades irregulares, en caso de acuerdo unánime*", al Primer Congreso Societario (17/20 de agosto de 1977) (ed. Depalma, Bs. As., 1979).

ALFONSÍN, Quintín: *El régimen internacional de los créditos* (ed. Univ. Nac. Litoral, Santa Fe, 1961).

ALSINA, Hugo: *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª ed. (ed. Ediar, Bs. As., 1965).

ALSINA ATIENZA, Dalmiro: *Efectos jurídicos de la buena fe* (Bs. As., 1935).

— *Introducción al estudio de las obligaciones "propter rem"*, en "J.A.", t. 1960-II, secc. Doctrina.
— *Las deudas "propter rem", su injustificada confusión con los gravámenes fiscales*, en "J.A.", t. 1960-II, secc. Doctrina.
— *Diferencias entre las deudas "propter rem" y el deber del tercero poseedor de una cosa hipotecada*, en "J.A.", t. 1960-III, secc. Doctrina.
— *La caracterización de las obligaciones reales*, en "J.A.", t. 1964-II, secc. Doctrina.

ALTERINI, Atilio Aníbal: *La inmutabilidad relativa de la cláusula penal*, en separata de la "Revista del Notariado", nº 712.
— *Mora, enriquecimiento sin causa, responsabilidad* (ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1971).
— *Seña, pacto comisorio y compraventa de muebles*, en "L.L.", t. 115.

ALTHABE, Mario Enrique: *Tratamiento fiscal de las cláusulas penales*, en "Fides", nº 44.

ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursino: *El negocio jurídico en derecho romano* (ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1954).

ANASTASI, L.: *El juez argentino puede atenuar los rigores de una cláusula penal*, en "L.L.", t. 9, secc. Jurisprudencia extranjera.

ANAYA, Jaime, y PODETTI, Humberto: *Código de Comercio y leyes complementarias* (ed. Omeba, Bs. As., 1967).

ANTOKOLETZ, Daniel: *Tratado de derecho internacional público*, 4ª ed. (ed. La Facultad, Bs. As., 1944).

ARANGIO RUIZ, Vincenzo: *Instituciones de derecho romano* (ed. Depalma, Bs. As., 1952).

ARÁUZ CASTEX, Manuel: *Derecho civil. Parte general* (ed. Técnico-Jurídica, Bs. As., 1965).

ARAZI, Roland: *Problemas procesales que suscita la depreciación monetaria*, en "L.L.", t. 1979-C.

ARECHA, Martín, y GARCÍA CUERVA, Héctor M.: *Sociedades comerciales* (ed. Depalma, Bs. As., 1973).

ARGAÑARÁS, Manuel J.: *La prescripción extintiva* (ed. Tea, Bs. As., 1966).

ARGERI, Saúl: *La quiebra y demás procesos concursales* (ed. Platense, La Plata, 1972).

ARIAS RAMOS, J.: *Derecho romano*, 8ª ed. (ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1960).

ASQUINI, Alberto: *Del contrato de trasporte* (trad. por Viterbo y Sentís Melendo, con notas al derecho argentino de Camilo Viterbo,

en *Derecho comercial*, de Bolaffio, Rocco y Vivante, t. 12 (ed. Ediar, Bs. As., 1949).

ASTOLFI, JOSÉ: *Los contratos a favor de terceros en el derecho romano*, en *Contratos a favor de terceros* (ed. Universidad Nacional de Bs. As., 1934).

AUBRY y RAU: *Cours de droit civil français*, 4ª ed., t. IV (ed. Marchal et Billard, Paris, 1871).

BALDI, Cesare: *Manuale pratico di diritto civile* (ed. U. Tip. Ed. Torinese, Torino, 1918).

BAÑOS, Humberto: *Competencia por razón de cantidad de los jueces en la provincia de Buenos Aires*, en "L.L.", t. 28.

BARASSI, Ludovico: *Tratado de derecho del trabajo*, trad. por Miguel Sussini (h.), con prólogo y notas de derecho argentino de Deveali (ed. Alfa, Bs. As., 1953).

BARBERO, Omar U.: *Indexación de las deudas de dinero* (ed. La Ley, Bs. As., 1980).

BARRAQUERO, Argentino C.: *Transacción y cosa juzgada; su régimen legal*, en "J.A.", 1950-IV.

BARREIRA DELFINO, Eduardo: *"Leasing". Aspectos jurídicos, contables, impositivos y operativos* (ed. Cangallo, Bs. As., 1978).

BATTOCK, Carlos: voz "Cláusula penal", en *Enc. jurídica Omeba*, t. III.

BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL: *Traité théorique et pratique de droit civile. Des obligations* (ed. Larose, Paris, 1907).

—— *Traité théorique et pratique de droit civil. De la société, du prêt, du dépôt* (3ª ed., ed. Larose, Paris, 1904).

BELLUSCIO, Augusto César: *Obligaciones de medio y de resultado. Responsabilidad de los sanatorios*, en "L.L.", t. 1979-C.

—— *Manual de derecho de familia* (ed. Depalma, Bs. As., 1974).

—— *Restituciones de donaciones entre prometidos*, en "J.A.", t. 20-1973.

BENDERSKY, Mario J.: *Incumplimiento del contrato* (ed. Depalma, Bs. As., 1963).

—— *Cobro compulsivo de expensas comunes* (ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1963).

BENÉLBAZ, Héctor: *El certificado de depósito a plazo fijo nominativo trasferible*, en "Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones", t. 7 (ed. Depalma, Bs. As., 1974).

BERÇAITZ, Miguel A.: *Teoría general de los contratos administrativos* (ed. Depalma, Bs. As., 1952).

BERGEL, Salvador Darío: *La intercalación efectuada al art. 565 del C. de Comercio*, en "E.D.", t. 8.

— *Algo más acerca del sobreseimiento en el juicio ejecutivo*, en "E.D.", t. 19.

BESSONE, Mario: *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità. Controllo legislativo e orientamenti della giurisprudenza*, en "Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni", año LXXII (1974).

BESSONE, Ruffolo: *Contrato de obra pública* (Bs. As., 1946).

BETTI, Emilio: *Teoría general del negocio jurídico*, 2ª ed. (ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1959).

BEUCK DE BANCHIO, Antonia del Valle: *Obligaciones "propter rem"*, en "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Univ. de Córdoba", año XXXII, oct.-dic. 1968.

BEZZI, Osvaldo: *El contrato de obra pública* (ed. Lex, La Plata, 1976).

BIANCHI, Enrique Tomás: *Transacción y facultad resolutoria tácita*, en "J.A.", t. 1977-III.

BIBILONI, Antonio: *Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino* (ed. V. Abeledo, Bs. As., 1929).

BIELSA, Rafael: *Naturaleza jurídica de la multa administrativa*, en "J.A.", t. 60.

— *Derecho administrativo*, 6ª ed. (ed. La Ley, Bs. As., 1964).

BIONDI, Biondo: *Sucesión testamentaria y donación*, trad. por Manuel Fairén (ed. Bosch, Barcelona, 1960).

BOFFI BOGGERO, Luis M.: *Tratado de las obligaciones* (ed. Astrea, Bs. As., 1973).

BOFILL SOLER, Martín: *Ensayo de ubicación de la cláusula penal entre las sanciones civiles*, en "Boletín del Instituto de Enseñanza Práctica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Bs. As.", 1939, t. 5.

BOGGIANO, Antonio: *Derecho internacional privado* (ed. Depalma, Bs. As., 1978).

BOLLINI SHAW, Carlos M., y MORENO QUINTANA, Lucio M.: *Las obligaciones internacionales*, en "Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", año V (Bs. As., abril-enero 1950).

BONELLI, Gustavo: *Del fallimento*, 2ª ed. (ed. Vallardi, Milano, 1923).

BONFANTE, Pedro: *Instituciones de derecho romano* (ed. Reus, Madrid, 1929).

BONFANTI, Mario A., y GARRONE, José A.: *Concursos y quiebras* (ed. Perrot, Bs. As., 1973).

BORDA, Guillermo: *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, 2ª ed. (ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1967).

— *Contratos*, 2ª ed. (ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1969).

— *La reforma del Código Civil. Mora*, en "E.D.", t. 29.

— *Las "astreintes"*, en "E.D.", t. 4.

BORGA, Ernesto Eduardo: *El contrato de cuenta corriente mercantil*, en "Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata", t. XV, año 1944, vol. II.

BORJA SORIANO, Manuel: *Teoría general de las obligaciones*, 3ª ed. (ed. Porrúa, México, 1959).

BOSSERT, Gustavo, y FASSI, Santiago: *Sociedad conyugal* (ed. Astrea, Bs. As., 1977).

BOULANGER, Jean, y RIPERT, Georges: *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, trad. por Delia García Daireaux, t. IV (ed. La Ley, Bs. As., 1964).

BREBBIA, Roberto H.: *Responsabilidad precontractual* (ed. Zavalía, Bs. As., 1957).

BRUSA, Carlos A., y CAMINO, Carlos: *Estatuto de obreros de la construcción* (ed. Platense, La Plata, 1973).

BUSSO, Eduardo B.: *Código Civil anotado* (ed. Ediar, Bs. As., 1958).

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: *Teoría de la responsabilidad civil* (ed. Abeledo-Perrot, Bs. As.).

BUSTOS BERRONDO, Horacio: *Juicio ejecutivo* (ed. Platense, La Plata, 1970).

CABANELLAS, Guillermo: *Contrato de trabajo. Parte general* (ed. Omeba, Bs. As., 1963).

CÁCERES, Horacio: *La cláusula penal en las obligaciones contractuales*, en *Homenaje a Pedro León* (Córdoba, 1976).

CALANDRELLI, Alcides: *Cuestiones de derecho internacional privado* (ed. Victoriano Suárez, Madrid, 1913).

CALVO, Carlos: *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América* (ed. Durand, Paris, 1868).

CÁMARA, Héctor: *El concurso preventivo y la quiebra* (ed. Depalma, Bs. As., 1978).

— *Contrato de trasporte de cosas*, en "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba", año IX, 1945.

— *Letra de cambio y vale o pagaré* (ed. Ediar, Bs. As., 1970).
— *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles* (ed. Tea, Bs. As., 1957).
— *Prenda con registro o hipoteca inmobiliaria* (ed. Ediar, Bs. As., 1961).

CÁMARA, Héctor; ROMERO, José I., y RICHARD, Efraín H.: su ponencia "*Limitaciones al derecho individual de requerir la disolución de sociedad irregular o de hecho*", al Primer Congreso de Derecho Societario (17/20 de agosto de 1977) (ed. Depalma, Bs. As., 1979, t. I).

CAMINO, Carlos, y BRUSA, Carlos A.: *Estatuto de obreros de la construcción* (ed. Platense, La Plata, 1973).

CARAMÉS FERRO, José A.: *Curso de derecho privado romano*, 5ª ed. (ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1949).

CARLI, Carlo: *La demanda civil* (ed. Lex, Bs. As., 1973).

CARVALHO DE MENDONÇA, Javier: *Das fallencias* (São Paulo, 1899).

CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Ignacio: *Doutrina e pratica das obrigações*, 2ª ed. (Río de Janeiro).

CARRANZA, Jorge A.: *La acción y la excepción de nulidad; el problema de su prescripción*, en "J.A.", Doctrina, 1974.

CASIELLO, Juan José: *¿Es la cláusula penal una deuda de valor?*, en "L.L.", t. 138.

CAZEAUX, Pedro: *Panorama general del reajuste por depreciación monetaria en la doctrina y en la jurisprudencia*, en *Estudios de derecho civil (Homenaje al Dr. Luis Moisset de Espanés)* (ed. Universidad, Bs. As., 1980).

CAZEAUX, Pedro, y TEJERINA, W.: *Reajuste de las obligaciones dinerarias* (ed. Lex, La Plata, 1979).

CAZEAUX, Pedro, y TRIGO REPRESAS, Félix A.: *Derecho de las obligaciones* (ed. Platense, La Plata, 1969).

CENTENO, Norberto: *El régimen jurídico del trabajo en la industria de la construcción*, en "Jus", t. 15.

CIANFLONE, Antonio: *L'appalto di opere pubbliche* (ed. Giuffrè, Milano, 1950).

CICU, Antonio: *El testamento*, trad. por Manuel Fairén (ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1959).

CICU, Antonio, y CUZZERI, Manuel: *De la quiebra*, trad. por Rodríguez Aimé y Sentís Melendo (ed. Ediar, Bs. As., 1954).

CLAVELL BORRÁS, Javier: *El contrato de locación urbana en el Código Civil* (ed. Coop. de Derecho y Ciencias Sociales, Bs. As., 1978).

COLMET DE SANTERRE, E.: *Cours analytique de Code Civil de A. M. Demante*, 2ª ed., t. V (ed. Plon, Paris, 1883).

COLIN, A., y CAPITANT, H.: *Curso elemental de derecho civil*, trad. por Demófilo de Buen (ed. Reus, Madrid, 1943).

COLMO, Alfredo: *De las obligaciones en general* (ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1961).

— *De la prescripción en materia comercial* (ed. Alsina, Bs. As., 1901).

COLOMBO, Carlos: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* (ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1969).

CAMPAGNUCCI DE CASO, Rubén: *Inmutabilidad de la cláusula penal y la incidencia de la desvalorización monetaria* (ed. Lex, La Plata, 1979).

CONDORELLI, Epifanio: *Régimen procesal de la indexación* (ed. Platense, La Plata, 1978).

CONTINENTINO, Mucio: *Da cláusula penal no direito brasileiro* (ed. Saraiva, São Paulo, 1926).

CORREA, Carlos M.: *La ley de trasferencia de tecnología del exterior*, en "Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones", año 8, 1975, p. 337.

COSTA, Agustín: *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil* (ed. Asociación del Colegio de Abogados, Bs. As., 1950).

COUSTASSE, Alberto, e ITURRA, Fernando: *El caso fortuito ante el derecho civil* (ed. Jurídica de Chile, Sgo. de Chile, 1958).

COX, James: *Penal clauses and liquidated damages; a comparative survey*, en "Tulane Law Review", vol. XXXIII, nº 1, diciembre 1958.

CUADRAO, Jesús: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* (ed. Depalma, Bs. As., 1969).

CUZZERI, Manuel, y CICU, Antonio: *De la quiebra*, trad. por Rodríguez Aimé y Sentís Melendo (ed. Ediar, Bs. As., 1954).

CHABAS, François: *La réforme de la clause pénale*, en "Recueil Dalloz Sirey", 1976, 34º cahier, Chronique.

CHIOVENDA, José: *Principios de derecho procesal civil*, trad. por José Casais y Santaló (ed. Reus, Madrid).

CHIRONI, G. P.: *La culpa en el derecho civil moderno. Culpa contractual*, trad. por A. Posadas (ed. Reus, Madrid, 1907).

DA CUNHA GONÇALVES, Luis: *Tratado de direito civil*, anotado por Jaime Landim, 2ª ed., t. II, vol. IV (ed. Max Limonad, São Paulo).

DA SILVA PEREIRA, Caio Mario: *Instituïções de direito civil*, 4ª ed. (ed. Forense, Río de Janeiro, 1976).

DANZ, E.: *La interpretación de los negocios jurídicos*, trad. por Bonet Ramos, 3ª ed. (ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1955).

DASSEN, Julio: *Contratos a favor de terceros* (ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1960).

DE BARROS MONTEIRO, Washington: *Curso de direito civil*, t. IV, *Direito das obrigações*, 13ª ed. (ed. Saraiva, São Paulo, 1977).

DE CUPIS, Adriano: *Il danno* (ed. Giuffrè, Milano, 1946).

DE FERRARI, Francisco: *Derecho del trabajo*, 2ª ed. (ed. Depalma, Bs. As., 1969).

DE GÁSPERI, Luis: *Tratado de las obligaciones* (ed. Depalma, Bs. As., 1945).

DE GÁSPERI, Luis, y MORELLO, Augusto M.: *Tratado de derecho civil. De las obligaciones* (ed. Tea, Bs. As., 1964).

DE LA CUEVA, Mario: *Derecho mexicano del trabajo*, 9ª ed. (ed. Porrúa, México, 1966).

DE LA FUENTE, Héctor: *Indemnizaciones tarifadas y extinción del contrato de trabajo*, en "Rev. Trabajo y Seguridad Social", año V, 1978.

DE LA GUARDIA, Ernesto, y DELPECH, Marcelo: *El derecho de los tratados y la convención de Viena de 1969* (ed. La Ley, Bs. As., 1970).

DE LA VEGA DE MIGUENS, Nina Ponssa: *Derecho de familia en el derecho romano*, 2ª ed. (ed. Lerner, Bs. As., 1969).

DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio: *Bases del derecho de obligaciones*, 3ª ed. (Bogotá, 1978).

DE LAUBADÈRE, André: *Traité théorique et pratique des contrats administratifs* (ed. Pichon, Paris, 1956).

DE LOS MOZOS, José Luis: *La conversión del negocio jurídico* (ed. Bosch, Barcelona, 1959).

DE PAGE, Henri: *Traité élémentaire de droit civil belge* (Bruxelles, 1936).

DELPECH, Marcelo, y DE LA GUARDIA, Ernesto: *El derecho de los tratados y la convención de Viena de 1969* (ed. La Ley, Bs. As., 1970).

DEMOGUE, René: *Traité des obligations en général* (ed. Rousseau, Paris, 1931).

DEMOLOMBE, C.: *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. III (Paris, 1880).

DEVEALI, Mario: *Las sanciones disciplinarias en el contrato de empleo privado, en* "Derecho del Trabajo" (ed. La Ley, Bs. As., 1943).

DÍAZ CISNEROS, César: *Derecho internacional público*, 2ª ed. (ed. Tea, Bs. As., 1966).

DÍAZ, Clemente: *Instituciones de derecho procesal* (ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972).

DÍAZ, Guillermo: *La inmutabilidad de la cláusula penal* (ed. El Ateneo, Bs. As., 1936).

— *Anatocismo e intereses punitorios*, en "J.A.", t. 60.

DIEZ, Manuel María: *Derecho administrativo* (ed. Omeba, Bs. As., 1965).

DIEZ MIERES, Alberto: *Cheque, letra de cambio, pagarés hipotecarios y prendarios* (ed. Macchi, Bs. As., 1970).

DIEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos del derecho civil patrimonial* (ed. Tecnos, Madrid, 1970).

— *La prescripción en el Código Civil* (ed. Bosch, Barcelona, 1964).

DI PIETRO, Alfredo, y LA PIEZAELLI, Ángel E.: *Manual de derecho romano* (ed. Coop. de Derecho y Ciencias Sociales, Bs. As., 1976).

DROMI, José Roberto: *Contratos de la administración*, en "J.A.", Doctrina, 1974.

— *La licitación pública* (ed. Astrea, Bs. As., 1975).

DURAND, Paul: *El poder disciplinario de la empresa privada*, en "L.L.", t. 55.

DURANTON, M.: *Cours de droit français, suivant le Code Civil* (ed. Thorel, Paris, 1844).

ECHEGARAY, Natalio: *El boleto de compraventa inmobiliaria*, t. II (ed. Librería Jurídica, La Plata).

ENDORZAIN, Martín Luis: *El juicio de desalojo y la acción de daños a tenor del art. 1609 del Código Civil*, en "J.A.", t. 1967-V.

ENNECCERUS, Ludwig, y LEHMANN, Heinrich: *Derecho de las obligaciones*, trad. por Blas Pérez González, 2ª ed. (ed. Bosch, Barcelona, 1954).

ENSINCK, Juan: *Ley de contrato de trabajo anotada* (ed. Zavalía, Bs. As., 1974).

ESPINAR LAFUENTE: *Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas*, en *Estudios de derecho civil en homenaje a Castán Tobeñas*, t. II.

ESPÍN CÁNOVAS, D. E.: *La cláusula penal en las obligaciones contractuales*, en "Revista de Derecho Privado", t. 30.

FABRI, Sileno: *Transazione e risoluzione per eccesiva onerosità*, en "Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni", año LV, 1957.

FARGOSI, Horacio: *Nuevas cuestiones de derecho comercial* (ed. Cangallo, Bs. As., 1971).

FASSI, Santiago C.: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes, comentado, anotado y concordado* (ed. Astrea, Bs. As., 1972).

— *Ruptura de un compromiso de matrimonio*, en "L.L.", t. 151.

— *Tratado de los testamentos* (ed. Astrea, Bs. As., 1971).

— *Concursos comerciales y civiles*, 2ª ed. (ed. Astrea, Bs. As., 1977).

FASSI, Santiago, y BOSSERT, Gustavo: *Sociedad conyugal* (ed. Astrea, Bs. As., 1977).

FENWICK, Charles: *Derecho internacional*, trad. por María E. Fischman (ed. Omeba, Bs. As., 1963).

FERNÁNDEZ, Raymundo L.: *Tratado teórico-práctico de la quiebra. Fundamentos de la quiebra* (Bs. As., 1957).

— *Código de Procedimiento Civil comentado* (Bs. As., 1955).

FERNÁNDEZ GIANOTTI, Enrique: *Inmutabilidad de la cláusula penal*, en "Boletín del Instituto de Enseñanza Práctica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Bs. As.", 1937.

FERNÁNDEZ MADRID y GARCÍA MARTÍNEZ: *Concursos y quiebras* (ed. Contabilidad Moderna, Bs. As., 1976).

FERRANTE DUBOIS, César: *La cláusula penal en las obligaciones de dar sumas de dinero*, en "Revista Crítica de Jurisprudencia", año IV, nº 14, Bs. As., 15/7/35.

FERREYRA, Edgard: *Principales efectos de la contratación civil* (ed. Ábaco, Bs. As., 1978).

— *De las obligaciones con cláusula penal*, en "Boletín del Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba", año 18, octubre-diciembre 1944, nº 4.

FIORE, Pasquale: *Tratado de derecho internacional público*, trad. por Alejo García Moreno, 2ª ed. (Madrid, 1894).

FONTANARROSA, Rodolfo: *El nuevo régimen jurídico del cheque*, 2ª ed. (ed. Zavalía, Bs. As., 1966).

FOLLONI, Jorge Oscar: voz "Sociedades irregulares y de hecho", en *Enciclopedia jurídica Omeba*, Apéndice, t. III (ed. Driskill S.A., Bs. As., 1978).

FOLCHI, Mario O., y COSENTINO, Eduardo T.: *Derecho aeronáutico y trasporte aéreo* (ed. Astrea, Bs. As., 1977).

FORNIELES, Salvador: *Tratado de las sucesiones*, 4ª ed. (ed. Tea, Bs. As., 1958).

FOURCADE; BERGOGLIO DE BROWE Y MARTÍN: su ponencia a las IV Jornadas de Derecho Civil de San Rafael, Mendoza, 1976.

GAGLIARDI, Oscar: *Cláusula penal en el preboleto*, en "Rev. del Notariado", año LXXIII, nº 708, nov.-dic. 1969.

GALLI, Enrique V.: *El derecho de las obligaciones en el Proyecto de Código Civil argentino de 1936* (ed. Jurídica Argentina, Bs. As., 1939).

GARCÍA AMIGO, Manuel: *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual* (ed. Tecnos, Madrid, 1965).

GARCÍA CUERVA, Héctor M., y ARECHA, Martín: *Sociedades comerciales* (ed. Depalma, Bs. As., 1973).

GARCÍA, Eduardo Augusto: *Manual de derecho internacional público* (ed. Depalma, Bs. As., 1975).

GARCÍA MARTÍNEZ y FERNÁNDEZ MADRID: *Concursos y quiebras* (ed. Contabilidad Moderna, Bs. As., 1976).

GARCÍA MARTÍNEZ, Francisco y Argentino Julio: *El contrato de trabajo en el derecho argentino y comparado* (Bs. As., 1945).

GARCÍA VALLÉS, R.: *Cláusulas referentes a incumplimiento de contratos*, en "Rev. Jurídica de Cataluña", abril-junio 1970, nº 2.

GARRONE, José A., y BONFANTI, Mario A.: *Concursos y quiebras* (ed. Perrot, Bs. As., 1973).

GATICA PACHECO, Sergio: *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato* (ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1959).

GIORGI, Jorge: *Teoría de las obligaciones en el derecho romano* (ed. Reus, Madrid, 1911).

GIORGIANNI, Michele: *La obligación*, trad. por Verdera y Tuells (ed. Bosch, Barcelona, 1958).

GIRALDI, Pedro Mario: *Cuenta corriente bancaria y cheque* (ed. Astrea, Bs. As., 1973).

GIULIANI FONROUGE, Carlos M.: *Derecho financiero* (ed. Depalma, Bs. As., 1962).

GIULIANI FONROUGE, Carlos M., y NAVARRINE, Susana: *Impuesto a la renta* (ed. Depalma, Bs. As., 1973).

GOLDENBERG, Isidoro H.: *La voluntad unilateral* (ed. Platense, La Plata, 1975).

— *Fundamento de la responsabilidad precontractual*, en rev. "Jus", nº 7 (ed. Platense, La Plata).

GOLDSCHMIDT, Roberto: *Las "astreintes", las sanciones por "contempt of court" y otros medios para conseguir el cumplimiento de hacer y no hacer*, en "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba", año XV (1951), nº 3 y 4.

GOLDSCHMIDT, Werner: *Derecho internacional privado* (ed. E.D., Bs. As., 1970).

— *La autonomía de la voluntad intra y supra positiva*, en "L.L.", t. 148.

GÓMEZ CALERO, Juan: *Contratos mercantiles con cláusula penal* (ed. Civitas, Madrid, 1980).

GÓMEZ-MARTINHO FAERNA: *La nulidad parcial de los negocios jurídicos*, en *Estudios de derecho privado*, t. I (ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1962).

GORDILLO, Agustín: *Los contratos administrativos*, en *Contratos administrativos. Regímenes de pago y actualización* (ed. A.A.D.A., Bs. As., 1977).

GORLA, Gino: *El contrato*, trad. de José Fernandis Vilella (ed. Bosch, Barcelona, 1959).

GORTARI, Ignacio: *Naturaleza jurídica de la revalorización monetaria. Algunas derivaciones prácticas*, en "E.D.", t. 78.

GRIFFI, Omar, y ROCCA, Ival: *"Astreintes"*, 2ª ed. (ed. Grial, Bs. As., 1970).

GRIJALBA, Alfonso D.: *El contrato de trabajo ante la razón y el derecho*, 2ª ed. (Madrid, 1922).

GUAGLIANONE, Aquiles H.: *Régimen patrimonial del matrimonio* (ed. Ediar, Bs. As., 1975).

GUARDADO, Mónica, y VICIEN, Rosa María: *El mercader de Venecia*, en "Lecciones y Ensayos", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., 1970, nº 42.

GUASTAVINO, Elías: *Reformas al Código Civil (ley 17.711)* (ed. Orbir, Rosario, 1968).

— *Restitución de bienes entregados por causa del matrimonio si éste no se celebra*, en "J.A.", Doctrina, 1974.

GUBERN SALISACHS, Santiago: *La ruptura de promesa matrimonial y de seducción de la mujer ante el derecho y la ley* (ed. Bosch, Barcelona, 1947).

GUERRERO LECONTE, Víctor: *Acumulación de acciones y aplicación de ejecución*, en "Rev. de Derecho Procesal", 1971.

GUILLOUARD: *Traité du prêt; du dépôt et du séquestre* (ed. Durand, Paris, 1892).

GURFINKEL DE WENDY, Lilian N.: *Revaluación de deudas dinerarias* (ed. Depalma, Bs. As., 1976).

— *Efectos de la inflación en los contratos* (ed. Depalma, Bs. As., 1979).

GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia; MONCAYO, Guillermo; y VINUESA, Raúl: *Derecho internacional público* (ed. Zavalía, Bs. As., 1977).

GUZMÁN FERRER, Fernando: *Código Civil* (Lima, 1917).

HALAJCZUK, Bohdan T., y MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa: *Derecho internacional público* (ed. Ediar, Bs. As., 1972).

HALPERIN, Issac: *Resolución de los contratos comerciales* (ed. Depalma, Bs. As., 1968).

— *Sociedades anónimas* (ed. Depalma, Bs. As., 1974).

— *Criterios generales de la reforma de las sociedades comerciales. Ley 19.550*, en "Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones", año 5, 1972, p. 611).

— *Sociedades comerciales. Parte general* (ed. Depalma, Bs. As., 1966).

HALPERIN, Nicolás: *Cláusula penal anexa a la disolución de sociedad irregular por voluntad de uno de los socios*, en "L.L.", 1977-C.

HEDEMAN, J. W.: *Derecho de obligaciones*, trad. por Santos Briz, t. III (ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1958).

HIGHTON DE NOLASCO, Elena: *Recientes fallos sobre actualización monetaria y medida de su aplicabilidad a los créditos hipotecarios*, en "L.L.", t. 1978-A.

HIRSCHBERG, Eliyahu: *El principio nominalista*, trad. por Jorge M. Roimiser y Mónica G. C. de Roimiser (ed. Depalma, Bs. As., 1976).

HOUSSAY, Leopoldo: *El "leasing": un contrato de locación financiera*, en "L.L.", t. 1975-A.

HUBERMAN, Carlos E.: *La cláusula penal: su reducción judicial. Algunas reflexiones para un cambio de enfoque*, en "L.L.", 1976-B.

HUC, Théophile: *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, t. VII (ed. Pichon, Paris, 1894).

IBÁÑEZ FROCHAM: *Tratado de los recursos en el proceso civil* (ed. Omeba, Bs. As., 1963).

IGLESIAS, Juan: *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, 5ª ed. (ed. Ariel, Barcelona, 1965).

ITURRA, Fernando, y COUSTASSE, Alberto: *El caso fortuito ante el derecho civil* (ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1958).

JÈZE, Gaston: *Principios generales del derecho administrativo*, trad. por Julio N. San Millán Almagro (ed. Depalma, Bs. As., 1950).

JÖRS-KUNKEL: *Derecho privado romano*, trad. por Pietro Castro (ed. Labor, Barcelona, 1937).

JOSSERAND, Louis: *Derecho civil*, trad. por S. Cunchillos y Manterola, t. II, vol. I (ed. Ejea, Bs. As., 1951).

KALLER DE ORCHANSKY, Berta: *Manual de derecho internacional privado* (ed. Plus Ultra, Bs. As., 1976).

KELSEN, Hans: *El contrato y el tratado; analogía desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*, trad. por Eduardo García Máynez (ed. Imp. Universidad, México, 1943).

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *Los privilegios en el proceso concursal* (ed. Astrea, Bs. As., 1975).

— *Cláusula penal (Modificaciones introducidas por la ley 17.711)*, en "J.A.", Doctrina, 1972.

— *Deudas pecuniarias y de valor: hacia una jurisprudencia de valoraciones*, en "J.A.", 1976-IV.

— *La mora en las obligaciones puras y simples*, en "L.L.", t. 1976-A.

— *Interrupción de la prescripción por demanda presentada en el plazo procesal legal de gracia*, en "J.A.", t. 1977-I.

— *Crédito por intereses e indexación*, en "J.A.", t. 1976-IV.

— *Separación de hecho entre cónyuges* (ed. Astrea, Bs. As., 1978).

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, y LIVELLARA, Carlos: *La prescripción de los salarios durante la suspensión preventiva del contrato de trabajo*, en "J.A.", t. 1977-IV.

KROTOSCHIN, Ernesto, y RATTI, Jorge A. F.: *Código del Trabajo anotado*, 6ª ed. actualizada (ed. Depalma, Bs. As., 1975).

KROTOSCHIN, Ernesto: *Instituciones de derecho del trabajo*, 2ª ed. (ed. Depalma, Bs. As., 1968).

LA PIEZAELLI, Ángel E., y DI PIETRO, Alfredo: *Manual de derecho romano* (ed. Coop. de Derecho y Ciencias Sociales, Bs. As., 1976).

LAFAILLE, Héctor: *Curso de contratos* (ed. Ediar, Bs. As., 1928).

— *Tratado de los derechos reales* (ed. Ediar, Bs. As., 1945).

LAGOMARSINO, Carlos A.: *El pago por consignación en las obligaciones de dar sumas de dinero*, en *Homenaje a la memoria del profesor Alfredo Colmo* (ed. Perrot, Bs. As., 1962).

— *La promesa de matrimonio* (ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1962).

LAJE, Eduardo: *Intereses moratorios y deudas por gastos comunes en la propiedad horizontal*, en "L.L.", t. 107.

— *Derechos y obligaciones del sucesor particular* (ed. Arayú, Bs. As., 1954).

LAQUIS, Manuel A., y SIPERMAN, Arnoldo: *La propiedad horizontal en el derecho argentino* (ed. Perrot, Bs. As., 1966).

LARENZ, Karl: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos* (ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1956).

LAROMBIÈRE, M. L.: *Théorie et pratique des obligations* (ed. Durand, Paris, 1857).

LATTANZIO, Raúl Horacio: *Procedencia del cómputo de intereses y reajustes en el concurso preventivo*, en "L.L.", t. 1978-B.

LAURENT, F.: *Principes de droit français*, 5ª ed., t. 17 (ed. Bruyland, Bruxelles, 1893).

LAZCANO, Carlos A.: *Derecho internacional privado* (ed. Platense, La Plata, 1965).

LAZZARO, Héctor E.: *La cláusula penal y la función jurisdiccional*, en "Fides", nº 41/42.

LE PERA, Sergio: *Cuestiones de derecho comercial moderno* (ed. Astrea, Bs. As., 1974).

LEHMANN, Heinrich, y ENNECCERUS, Ludwig: *Derecho de las obligaciones*, trad. por Blas Pérez González, 2ª ed. (ed. Bosch, Barcelona, 1954).

LEIVA FERNÁNDEZ, Luis: *Acerca del interés y la cláusula penal*, en "L.L.", t. 156.

LEÓN, Pedro: *Recopilaciones de clases. Derecho civil II. Obligaciones* (ed. Tapas, Córdoba, 1969).

LEZANA, Julio: *El valor de los boletos provisorios de venta*, en "J.A.", t. 1960-IV.

LINARES BRETÓN, Samuel F.: *El contrato de locación financiera*, en "L.L.", t. 139.

LITVINOFF, Saúl: *Cláusulas relativas a la exclusión y a la limitación de responsabilidad*, en "Rev. de la Asoc. de Derecho Comparado", 1977, nº 1.

LIVELLARA, Carlos: *El poder disciplinario laboral*, en "Jurisprudencia de Mendoza", 2ª serie, nº 2, abril-junio de 1977.

LIVELLARA, Carlos, y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *La prescripción de los salarios durante la suspensión preventiva del contrato de trabajo*, en "J.A.", t. 1977-IV.

LOBATO DE BLAS, Jesús María: *La cláusula penal en el derecho español* (ed. Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1974).

LOEWENWARTER, Víctor: *Derecho civil alemán*, t. I (ed. Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1935).

LOPES MIREILLES, Hely: *Licitação e contrato administrativo* (São Paulo, 1977).

LÓPEZ AGNETTI, Elías: *El artículo 1198 del C. Civil y el impuesto a las ganancias*, en "La Información", t. XXXIII, año XLVI, nº 556, abril 1976.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando: *Teoría de los contratos. Parte general* (ed. Zavalía, Bs. As., 1971).

LÓPEZ JIMÉNEZ: *Tratado de derecho internacional público* (ed. oficial, El Salvador, 1970).

LÓPEZ, Justo: *El salario*, en *Tratado de derecho de trabajo*, dirigido por M. Deveali, t. II (ed. La Ley, Bs. As., 1964).

LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo: *La aplicación de la ley de sellos a los instrumentos que no formalicen actos, contratos u obligaciones civiles*, en "Rev. Jurídica de Bs. As.", 1959, t. II.

LLAMBÍAS, Jorge J.: *Tratado de derecho civil. Obligaciones* (ed. Perrot, Bs. As., 1967).

—— *Estudios de la reforma del Código Civil. Ley 17.711* (ed. J.A., Bs. As., 1969).

LLERENA, Baldomero: *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, 3ª ed. (ed. La Facultad, Bs. As., 1931).

MACHADO, Olegario José: *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, 2ª ed., t. II (Bs. As., 1915).

MAGAZZU, Andrea: voz "Clausola penale", en *Enciclopedia del diritto*, ed. 1960, t. VII.

MALAGARRIGA, Carlos: *Código de Comercio comentado* (ed. Lajouane, Bs. As., 1917).

MARCADÉ: *Explication théorique et pratique du Code Civil*, 7ª ed., t. IV (ed. Delamotte, Paris, 1873).

MARCHIONATTO, Ricardo M.: *Crónica de jurisprudencia del Brasil*, en "J.A.", t. 1954-I, secc. Jur. Extranjera.

MARIANI DE VIDAL, Marina: *Curso de derechos reales* (ed. Zavalía, Bs. As., 1975).

MARICONDE, Oscar: *El régimen jurídico de los intereses* (ed. Lerner, Córdoba, 1977).

MARINI, Annibale: *Caparra confirmatoria e reductio ad aequitatem*, en "Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni", año LXXVI (1978), mayo-junio.

MARÍN PÉREZ, Pascual: en *Código Civil de Quintus Mucius Scaevola*, 2ª ed., t. XIX (ed. Reus, Madrid, 1957).

MARTÍNEZ, Carlos E.: *Indemnización debida al comprador en subasta judicial*, en "J.A.", t. 1978-II.

MARTÍNEZ, Oscar J.: *La subasta judicial* (ed. Platense, La Plata, 1972).

MARTÍNEZ RUIZ, Roberto: *Obligaciones de medio y de resultado*, en "L.L.", t. 90.

MARTINHO FAERNA-GÓMEZ: *La nulidad parcial de los negocios jurídicos*, en *Estudios de derecho privado*, t. I (ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1962).

MARTY, G.: *Derecho civil. Teoría general de las obligaciones*, trad. por José M. Cajica Jr. (ed. Cajica, Puebla, 1952).

MARZORATI, Osvaldo J.: *El "leasing" como forma de inversión extranjera*, en "Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones", t. 6, 1973.

MASKIN, Héctor: *Actualización de jurisprudencia. Excepciones. Defecto legal en el modo de proponer la demanda*, en "L.L.", t. 144.

MASNATTA, Héctor: *La conversión del acto jurídico nulo*, en "E.D.", t. 27.

—— *Los contratos de trasmisión de tecnología* (ed. Astrea, Bs. As., 1971).

MAYNZ, Carlos: *Curso de derecho romano*, trad. por Antonio J. Pou, t. II (ed. Molinas, Barcelona, 1887).

MAYO, Jorge A.: *La prescripción de la excepción de nulidad*, en "E.D.", t. 42.

MAZEAUD, Henri y Léon, y TUNC, André: *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, trad. por Alcalá Zamora (ed. Ejea, Bs. As., 1963).

MAZZINGHI, Adolfo: *Derecho de familia* (ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972).

MÉNDEZ COSTA, María Josefa: *Las deudas de los cónyuges* (ed. Astrea, Bs. As., 1979).

MERINO, Enrique, y MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Reflexiones sobre la clasificación de los plazos y la mora y la obligación de inscribir una trasferencia de automotores*, en "E.D.", t. 41.

MESSINEO, Francesco: *Doctrina general del contrato*, trad. por R. Fontanarrosa y otros (ed. Ejea, Bs. As., 1952).

MEZA BARROS, Ramón: *Manual de derecho civil. De las obligaciones*, 5ª ed. (ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1974).

MILLÁN, Gustavo: *Contribución al estudio de la lesión*, en "Rev. del Colegio de Abogados de La Plata", 1974, nº 32.

MÓ, Fernando: *La cláusula penal y el abuso del ejercicio del derecho*, en "J.A.", 1956-II.

— *Régimen legal de las obras públicas*, 2ª ed. (ed. Depalma, Bs. As., 1977).

MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Las obligaciones naturales en el derecho civil argentino* (Córdoba, 1967).

— *La lesión* (U.N. de Córdoba, 1976).

— *La cláusula penal y la lesión (artículos 656 y 954)*, en "E.D.", t. 66.

— *Posibilidad de actualizar el monto de cláusulas penales*, en "J.A.", t. 1979-II.

— *Reactualización de cláusulas penales*, en "E.D.", t. 84.

— *Revisión judicial de las cláusulas penales*, en *Estudios* (ed. Comercio y Justicia, Córdoba, 1979).

— *Las obligaciones de no hacer y la mora*, en "J.A.", Doctrina, 1974.

— *El reclamo de intereses moratorios o punitorios y el reajuste por depreciación monetaria*, en "Zeus", t. 18.

— *Existencia de cláusulas penales y reactualización de deudas*, en "E.D.", t. 82.

— *Notas sobre la resolución del contrato y la mora*, en "J.A.", t. 1969-I.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis, y MERINO, Enrique: *Reflexiones sobre la clasificación de los plazos, la mora y las obligaciones de inscribir una trasferencia de automotores*, en "E.D.", t. 41.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis; VALLESPINOS, Carlos Gustavo, y PIZARRO, Daniel Ramón: *La indemnización en forma de renta. Estudio de derecho comparado* (inédito).

MONCAYO, Guillermo; VINUESA, Raúl, y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia: *Derecho internacional público* (ed. Zavalía, Bs. As., 1977).

MORDEGLIA, Eugenio: *Inmutabilidad de la indemnización pactada en la llamada cláusula penal*, en *Estudios en homenaje a don Dalmacio Vélez Sarsfield* (ed. of., Univ. Nac. de Córdoba, Córdoba, 1950).

MORELLO, Augusto M.: *La transacción desde la perspectiva procesal*, en "Rev. del Colegio de Abogados de La Plata", 1963, nº 11.

— *El boleto de compraventa inmobiliaria* (ed. Platense, La Plata, 1975).

— *Indemnización del daño contractual*, 1ª ed. (ed. Perrot, Bs. As., 1967).

— *Función indemnizatoria de la cláusula penal*, en "J.A.", t. 4-1969.

— *Reflexiones en torno al cambio o trasformación de la demanda y su ampliación*, en "Rev. Arg. de Derecho Procesal", 1971.

MORENO DUBOIS, Eduardo: *El arrepentimiento en el compromiso de compraventa de inmuebles*, en "L.L.", t. 120.

— *Facultad judicial de reducir la cláusula penal*, en "L.L.", t. 116.

MORENO, Fausto: voz "Cláusula penal", en *Nueva enciclopedia jurídica*, t. IV (ed. Seix, Barcelona, 1952).

MORENO QUINTANA, Lucio M., y BOLLINI SHAW, Carlos M.: *Las obligaciones internacionales*, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", año V, nº 18, Bs. As., abril-enero 1950.

MOSSET ITURRASPE, Jorge: *La cláusula penal*, en "Rev. del Notariado", 1977, nº 755.

— *Medios compulsivos en derecho privado* (ed. Ediar, Bs. As., 1978).

— *Justicia contractual* (ed. Ediar, Bs. As., 1978).

— *El reajuste por excesiva onerosidad sobreviniente*, en "J.A.", 1977-III.

— *Teoría general del contrato* (ed. Orbir, Rosario, 1970).

— *Anatocismo*, en "J.A.", 24-1974.

— *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios* (ed. Ediar, Bs. As., 1975).

MOURLON, Frédéric: *Répétitions écrites sur le Code Civil*, t. II (ed. Garnier, Paris, 1885).

MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa, y HALAJCZUK, Bohdan T.: *Derecho internacional público* (ed. Ediar, Bs. As., 1972).

MUÑOZ, Luis: *Títulos-valores crediticios*, 2ª ed. (ed. Tea, Bs. As., 1973).

NAVARRINE, Susana, y GIULIANI FONROUGE, Carlos M.: *Impuesto a la renta* (ed. Depalma, Bs. As., 1973).

NIBOYET, J. P.: *El conflicto de autoridades: la regla "actor regit actum"*, en "L.L.", t. 50.

NOACCO, Julio César: *El contrato de locación financiera o "leasing"*, en "J.A.", Doctrina, 1973.

NONATO, Orosimbo: *Curso de obrigações* (ed. Forense, Río de Janeiro, 1959).

NUTA, Ana Raquel: *La restricción al principio de inmutabilidad de la cláusula penal*, en "Rev. Notarial", año 1976, nº 826.

OBARRIO, Manuel: *Curso de derecho comercial* (ed. Científica y Literaria Argentina, Bs. As., 1924).

ONETO, Tomás: *La conversión del negocio jurídico en nuestro derecho positivo*, en "L.L.", t. 1979-A.

ORGAZ, Alfredo: *Responsabilidad del automovilista* (separata de la "Rev. de Derecho del Trabajo, Seguro y Previsión Social", 1934).

ORÚS, Manuel: *Crónica de jurisprudencia y doctrina francesa*, 2º trimestre 1957, en "J.A.", 1957-IV, secc. Doctrina.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo: *Régimen general de las obligaciones*, 2ª ed. (ed. Temis, Bogotá, 1978).

OTERO, Raúl: *Los inmuebles frente a los impuestos a las ganancias y a los beneficios eventuales*, en "Der. Fiscal", año XXVI, nº 305, nov. 1976.

PALACIO, Lino: *Derecho procesal civil* (ed. Perrot, Bs. As., 1972).

PALAU POSE, Gustavo: *Principales reformas al estatuto de la construcción*, en "Trabajo y Seguridad Social", año VII, 1980.

PALMIERI, Jorge H.: *Competencia en razón de la cuantía*, en "Rev. Argentina de Derecho Procesal", 1972-4.

PALUDI, Osvaldo: *Replanteo de la función de la cláusula penal*, en "Derecho Laboral", año XII, nov. de 1970.

PARDO, Juan Alberto: *Derecho internacional privado. Parte general* (ed. Ábaco, Bs. As., 1976).

— *Código Civil y leyes complementarias*, dirigido por Belluscio y coordinado por Zannoni, t. I (ed. Astrea, Bs. As., 1978).

PARRY, Adolfo E.: *Efectos de la quiebra y el concurso civil en las obligaciones y en los contratos* (ed. Tea, Bs. As., 1950).

PEIRANO FACIO, Jorge: *La cláusula penal* (ed. Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Montevideo, 1964).

PEÑA GUZMÁN, Luis A.: *Derecho civil. Derechos reales* (ed. Tea, Bs. As., 1973).

PELLA, Ramón: *Los contratos de licencia de explotación de patentes y los "royaltys"* (ed. Bosch, Barcelona, 1972).

PÉREZ, Benito: *Las sanciones disciplinarias en el contrato de trabajo*, en "Derecho del Trabajo", t. VIII.

PÉREZ BOTIJA, Eugenio: *Derecho del trabajo*, 6ª ed. (ed. Tecnos, Madrid, 1960).

PETIT, Eugène: *Tratado elemental de derecho romano*, trad. por Fernández Gonzales (ed. Albatros, Bs. As., 1958).

PIANTONI, Mario A.: *Contratos civiles*, vol. II (ed. Lerner, Córdoba, 1975).

— *El pacto comisorio y su aplicación en los contratos tipo*, en "L.L.", t. 148.

— *Sociedades de hecho e irregularmente constituídas civiles y comerciales* (ed. Lerner, Bs. As., 1979).

PIC, Paul: *Traité élémentaire de législation industrielle. Les lois ouvrières*, 5ª ed. (ed. Rousseau, Paris, 1922).

PIOLA, Giuseppe: voz "Clausola penale", en *Digesto italiano*, vol. VII, parte II (Torino, 1897-1902).

— Voz "Clausola penale", en *Nuovo Digesto*, t. III (Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1938).

PIOTTI, Celestino: *Sobre los arts. 654 y 655 del C. Civil*, en "Boletín del Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba", 1943.

PIZARRO, Ramón Daniel: su ponencia a las IV Jornadas Sanrafaelinas: *"Aspectos procesales de la lesión subjetiva"*.

PIZARRO, Daniel Ramón; VALLESPINOS, Carlos Gustavo, y MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *La indemnización en forma de renta. Estudio de derecho comparado* (inédito).

PODESTÁ COSTA, L. A.: *Derecho internacional público*, 4ª ed. (ed. Tea, Bs. As., 1960).

PODETTI, Ramiro: *Código de Procedimientos en Materia Civil y Comercial de la Provincia de Mendoza* (ed. La Facultad, Bs. As., 1937).

— *Tratado de las ejecuciones*, 2ª ed. (ed. Ediar, Bs. As., 1968).

— *Conexidad y competencia por valor en las demandas reconvencionales*, en "J.A.", 1945-IV.

PODETTI, Humberto, y ANAYA, Jaime: *Código de Comercio y leyes complementarias* (ed. Omeba, Bs. As., 1967).

POLACCO, Vittorio: *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, 2ª ed. (ed. Athenaeum, Roma, 1915).

POTHIER: *Tratado de las obligaciones* (ed. Omeba, 1961).

— *Oeuvres de, contenant les Traités du droit français*, puesta en orden y publicada bajo el cuidado de M. Dupin (ed. Bechet, Paris, 1825).

POZZO, Juan D.: *Derecho del trabajo* (ed. Ediar, Bs. As., 1940).

PRIETO CASTRO, L.: *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil* (ed. Reus, Madrid, 1950).

PUIG, Juan Carlos: *Derecho de la comunidad internacional*, vol. I (ed. Depalma, Bs. As., 1974).

PUIG PEÑA, Federico: *Tratado de derecho civil español*, t. IV, vol. I (ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1946).

PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de derecho civil*, t. I, vol. II (ed. Bosch, Barcelona, 1959).

QUINTEROS, Federico D.: *Resolución y rescisión de los contratos* (ed. Depalma, Bs. As., 1946).

RABINOVICH, Marcos: *Impuesto a los réditos* (ed. Cont. Moderna S.R.L., Bs. As., 1957).

— *Imp. de sellos de la Capital Federal y Territorio Nacional* (ed. Cont. Moderna, Bs. As., 1954).

— *Jurisprudencia administrativa y judicial sobre impuesto de sellos* (Bs. As., 1950).

RACCIATTI, Hernán: *Propiedad por pisos o por departamentos*, 3ª ed. (ed. Depalma, Bs. As., 1975).

RADRESA, Emilio: *Sociedades irregulares* (ed. Depalma, Bs. As., 1977).

RAFFO BENEGAS, Patricio, y SASSOT, Rafael A.: *Mora (art. 509 del C. Civil)*, en "J.A.", Doctrina, 1970.

RAJMIL DE COHEN, Sofía Diana: *Transacción*, en "Revista de Estudios Procesales" (Rosario, 1972, nº 14).

RAMELLA, Agostino: *Trattato del fallimento*, 2ª ed. (ed. Società Editrice Libraria, Milano, 1915).

RAMELLA, Anteo: *La resolución por incumplimiento* (ed. Astrea, Bs. As., 1975).

— *La mora, doctrina en torno del Código Civil*, en "L.L.", t. 140.

— *La cláusula penal y las arras en el Código Civil*, en "Juris", t. 21.

RAMÍREZ GRONDA, Juan D.: *El contrato de trabajo* (ed. La Ley, Bs. As., 1945).

RATTI, Jorge A. F., y KROTOSCHIN, Ernesto: *Código del Trabajo anotado*, 6ª ed. actualizada (ed. Depalma, Bs. As., 1975).

RATTI (h.), Luis: *El trasporte por ferrocarril* (Bs. As., 1924).

RAY: *Obligaciones de valor y de dinero*, en "L.L.", t. 1975-B.

RÉBORA, Juan Carlos: *Letras de cambio*, 3ª ed. (ed. Victor Allard, Paris, 1928).

RELVA, Hugo Alberto: su ponencia al XIII Congreso de Abog. de Bancos de la Prov. de la República Argentina, en "Rev. Jurídica Banco de la Nación Argentina", 1978, nº 42.

REIG, Enrique Jorge: *El impuesto a los réditos*, 6ª ed. (ed. Contab. Moderna S.R.L., Bs. As., 1972).

REIMUNDÍN, Ricardo: *El principio de iniciativa probatoria del juez en el proceso civil*, en "J.A.", 1977-IV.

— *Las "astreintes" en el Código Procesal Civil de la Nación*, en "J.A.", Doctrina, t. 1969.

RETORTILLO, Martín: *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y sus instituciones* (Sevilla, 1960).

REVERTE NAVARRO, Antonio: *Los términos de gracia en el cumplimiento de las obligaciones* (ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975).

REYES MONTERREAL, José M.: *Código Civil de Quintus M. Scaevola*, t. XXXII, vol. I (ed. Reus, Madrid, 1965).

REYES ORIBE, Aníbal, y ALEGRÍA, Héctor: su ponencia *"Admisibilidad legal de la rescisión parcial en las sociedades irregulares, en caso de acuerdo unánime"*, al Primer Congreso de Derecho Societario (17/20 de agosto de 1977) (ed. Depalma, 1979).

REZZÓNICO, Luis María: *Estudio de las obligaciones*, 9ª ed. (ed. Depalma, Bs. As., 1966).

— *La inmutabilidad de la cláusula penal y la inejecución dolosa de la obligación*, en "L.L.", t. 126.

RICCI, Francisco: *Derecho civil teórico y práctico*, trad. por Eduardo Ovejero, t. XIII (ed. La España Moderna, Madrid).

RICER, Abraham: *Excepciones a la inmutabilidad de la cláusula penal*, en "Boletín Judicial del Chaco", año X, nov.-dic. 1970, nº 111.

RICHARD, Efraín H.; ROMERO, José I., y CÁMARA, Héctor: su ponencia *"Limitaciones al derecho individual de requerir la disolución de sociedad irregular o de hecho"*, al Primer Congreso de Derecho Societario (17/20 de agosto de 1977) (ed. Depalma, 1979).

RIPERT, Georges, y BOULANGER, Jean: *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, trad. por Delia García Daireaux, t. IV (ed. La Ley, Bs. As., 1964).

RISOLÍA, Marcos: *Significación y funcionamiento de las arras en el Código Civil argentino* (ed. Perrot, Bs. As., 1960).

RIVAROLA, Mario A.: *Tratado de derecho comercial argentino* (ed. Compañía Argentina, Bs. As., 1939).

ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU: *Estudios de derecho privado*, vol. I, *Obligaciones y contratos* (ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1948).

ROCCA, Ival: *Cuestiones de fondo y forma vinculadas al cumplimiento de los arts. 52 y 3, inc. i, de la ley 15.775*, en "L.L.", t. 107.

ROCCA, Ival, y GRIFFI, Omar: *"Astreintes"*, 2ª ed. (ed. Grial, Bs. As., 1970).

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: *Contratos bancarios* (ed. Felaban, Colombia, 1977).

RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge: *El estatuto de los obreros de la construcción*, en "Legislación del Trabajo", t. XVI.

RODRÍGUEZ, Silvio: *Direito civil*, 7ª ed., t. II (ed. Saraiva, São Paulo, 1977).

ROJINA VILLEGAS, Rafael: *Derecho civil mexicano*, t. V, vol. II (ed. Antigua Librería Robredo, México, 1965).

ROMERO DEL PRADO, Víctor N.: *Derecho internacional privado* (ed. Assandri, Bs. As., 1961).

ROMERO, José I.; CÁMARA, Héctor, y RICHARD, Efraín H.: su ponencia *"Limitaciones al derecho individual de requerir la disolución de sociedad irregular o de hecho"*, al Primer Congreso de Derecho Societario (17/20 de agosto de 1977) (ed. Depalma, Bs. As., 1979).

ROMERO PÉREZ, Jorge: *La licitación pública en Costa Rica* (Costa Rica, 1975).

ROMERO, Rosalinda Aída: *Cláusula penal*, en "Lecciones y Ensayos", 1957, nº 3.

ROSENBUSCH, Erwin: *Jurisprudencia extranjera*, en "J.A.", t. 65.

— *La disolución y la liquidación de sociedades de hecho a través de la jurisprudencia*, en "J.A.", t. 1943-I.

— *El contrato de depósito*, en "J.A.", t. 76.

ROTMAN, Rodolfo B.: *Exigibilidad directa o necesidad de previa interpelación luego de reformado el art. 509 del C. Civil*, en "L.L.", t. 1976-C.

ROUSSEAU, Charles: *Derecho internacional público*, trad. por Fernando Giménez Artigues, 3ª ed. (ed. Ariel, Barcelona, 1966).

ROVIRA, Alfredo L.: *Contrato de "leasing" o locación financiera*, en "J.A.", t. 1976-IV.

SÁNCHEZ ISAC, Jaime: *Los contratos en la administración local. Invalidez, fianzas y clases* (XXV Seminario de Investigación, Madrid, 1973).

SANTILLÁN, Jorge M.: *El depósito bancario de los títulos* (ed. Perrot, Bs. As., 1970).

— *Algunas consideraciones sobre el negocio jurídico fiduciario y el depósito bancario de títulos al portador*, en "Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones", t. 3 (ed. Depalma, Bs. As., 1970).

SANTOS BRIZ, Jaime: *La contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno* (ed. Montecorvo, Madrid, 1966).

SALAS, Acdeel E., y TRIGO REPRESAS, Félix A.: *Código Civil anotado* (ed. Depalma, Bs. As., 1977).

SALERNO, Marcelo Urbano: *El término de la locación de inmuebles a plazo fijo* (ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1969).

— *Observaciones sobre el cumplimiento del plazo de restituír en la locación de cosas*, en "L.L.", 1980-A.

SALVAT, Raimundo M.: *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, anotado por Galli (ed. Tea, Bs. As., 1952).

— *Tratado de los derechos reales* (4ª ed., Tea, Bs. As., 1960).

— *Fuente de las obligaciones. Contratos*, anotado por Arturo Acuña Anzorena (ed. Tea, Bs. As., 1957).

SASSOT, Rafael: *Modificación de la cláusula penal*, en "J.A.", Doctrina, 1971.

SASSOT, Rafael A., y RAFFO BENEGAS, Patricio: *Mora (art. 509 del C. Civil)*, en "J.A.", Doctrina, 1970.

SATANOWSKY, Isidro: *La obra cinematográfica frente al derecho* (ed. Ediar, Bs. As., 1948).

— *Derecho intelectual* (ed. Tea, Bs. As., 1954).

SAVIGNY, M. F. C.: *Le droit des obligations*, trad. por Geraldin y Jason, 2ª ed. (ed. Thorin, Paris, 1873).

— *Sistema del derecho romano actual*, trad. por Mesía y Poley, 2ª ed. (ed. de Góngora, Madrid).

SCHNEIDER-FICK: *Commentaire du Code Fédéral des Obligations* (ed. Delachaux, Neuchatel, 1915).

SEGAL, Rubén, y otros: *Ley de Sociedades. Análisis jurídico-contable* (ed. Fedye, Bs. As., 1973).

SEGOVIA, Lisandro: *Código Civil de la República Argentina* (ed. De Pablo, Bs. As., 1881).

SIBURU, Juan B.: *Comentario del Código de Comercio argentino*, 2ª ed. (ed. V. Abeledo, Bs. As., 1923).

SOLER ALEU, A.: *El nuevo contrato de seguros* (ed. Astrea, Bs. As., 1970).

SOTO NIETO, Francisco: *El caso fortuito y la fuerza mayor* (ed. Bosch, Barcelona, 1965).

SPOTA, Alberto G.: *Instituciones de derecho civil. Contratos* (ed. Depalma, Bs. As., 1975).

— *Tratado de derecho civil*, t. I, *Parte general*, vols. 2, 6 y 10 (ed. Depalma, Bs. As., 1968).

— *Tratado de la locación de obra*, 3ª ed. (ed. Depalma, Bs. As., 1976).

— *El negocio jurídico usurario ante nuestra ley civil*, en "J.A.", 1962-VI, secc. Doctrina.

STEFANELLI, Luis María: *El poder disciplinario del empleador en la empresa privada*, en "Derecho del Trabajo", t. II.

STIGLITZ, Rubén S.: *Cargas y caducidades en el derecho de seguros* (ed. Librería Jurídica, La Plata, 1973).

STOLFI, Nicola: *Diritto civile*, t. III, *Le obbligazioni in generale* (Torino, 1932).

— *I diritti reali di garanzia*, vol. II, 3ª parte (Torino, 1932).

SUÁREZ VIDELA, Jorge: *El daño moral y su reparación civil*, en "J.A.", t. 35, secc. Doctrina.

SUPINO, David, y DE SEMO, Jorge: *De la letra de cambio, del pagaré cambiario y del cheque*, en la obra de Bolaffio, Rocco y Vivante, *Derecho comercial*, t. 8 (ed. Ediar, Bs. As., 1950).

TEJERINA, W., y CAZEAUX, Pedro: *Reajuste de las obligaciones dinerarias* (ed. Lex, La Plata, 1979).

TRABUCCHI, Alberto: *Instituciones de derecho civil*, trad. por Luis Martínez Calcerrada (ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1967).

TRIGO REPRESAS, Félix A.: *Deudas de juego y obligaciones naturales*, separata de "Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata", correspondiente al t. XXIII.

— *Lesión objetiva, lesión sobreviniente y regla moral*, en "Jus", t. 8.

TRIGO REPRESAS, Félix, y CAZEAUX, Pedro: *Derecho de las obligaciones* (ed. Platense, La Plata, 1969).

TRIMARCHI, Michele: *La clausola penale* (ed. Giuffrè, Milano, 1954).

TRIMARCHI, Vincenzo: voz "Clausola penale", en *Novissimo Digesto*, t. III.

TROPLONG, M.: *Le droit civil expliqué. Du mandat*, t. XVI (ed. Hingray, Paris, 1846).

— *Du dépôt, du séquestre et des contrats aléatoires* (ed. Hingray, Paris, 1845).

TUNC, André, y MAZEAUD, Henri: *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual* (ed. Ejea, Bs. As., 1963), t. III, vol. II, nº 2627, trad. de Alcalá Zamora.

VALENCIA ZEA, A.: su proyecto de Código de Derecho Privado para Colombia (1980).

— *Derecho civil*, t. III, *De las obligaciones* (ed. Temis, Bogotá, 1960).

VALLESPINOS, Carlos Gustavo; PIZARRO, Daniel Ramón, y MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *La indemnización en forma de renta. Estudio de derecho comparado* (inédito).

VALVERDE Y VALVERDE: *Tratado de derecho civil español*, 2ª ed. t. III (Valladolid, 1920).

VAN WETTER, P.: *Curso elemental de derecho romano*, trad. por Michelena, t. II (Madrid, 1889).

VARANGOT, Jorge: *Arrendamiento financiero ("leasing")*, en "E.D.", t. 50.

VASSEUR, Michel: *Innovations rélatives aux cessions et nantissements de créances en droit bancaire*, en *Estudios jurídicos en*

*homenaje a Joaquín Garrigues*, t. III (ed. Tecnos, Madrid, 1971).

VAZ FERREYRA, Eduardo: *Tratado de la sociedad conyugal*, 2ª ed. (Montevideo, 1963).

VÁZQUEZ, Alejandro: *Crítica al plenario de la Cámara Comercial sobre competencia por cantidad en el cobro de cuotas*, en "J.A.", t. 1964-IV.

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio: *Interpretación del art. 3 del estatuto de la construcción*, en "Derecho del Trabajo", t. XXX (año 1970).

VENINI, Juan Carlos: *Recapitulando sobre la lesión*, en "J.A.", 1977-I.

VERDAGUER GONZÁLEZ, Jaime: *Consideraciones en torno a la mora del deudor en la reforma (ley 17.711)*, en "Rev. Jurídica", nº 21 (ed. Univ. Nac. de Tucumán, Tucumán, 1970).

VERDROSS, Alfred: *Derecho internacional público*, trad. por Antonio Truyol y Serra (ed. Aguilar, Madrid, 1974).

VICIEN, Rosa María, y GUARDADO, Mónica: *El mercader de Venecia*, en "Lecciones y Ensayos", Fac. de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., 1970, nº 42.

VICO, Carlos M.: *Curso de derecho internacional privado*, 5ª ed. (ed. B.J.A., Bs. As., 1964).

VIDARI, Ercole: *Corso di diritto commerciale*, 4ª ed., t. VII (ed. Hoepli, Milano, 1897).

VIDELA ESCALADA, Federico N.: *Derecho aeronáutico* (ed. Zavalía, Bs. As., 1973).

VILLEGAS, Carlos G.: *Régimen legal de bancos* (ed. Depalma, Bs. As., 1978).

VINUESA, Raúl; MONCAYO, Guillermo, y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia: *Derecho internacional público* (ed. Zavalía, Bs. As., 1977).

VIVANTE, Cesare: *Traité de droit commercial* (ed. Girard, Paris, 1912).

VON IHERING, Rudolf: *Del interés de los contratos y de la supuesta necesidad del valor patrimonial de las prestaciones obligatorias*, en *Tres estudios jurídicos* (ed. Bibl. Argentina, Bs. As., 1960).

VON TUHR, A.: *Tratado de las obligaciones*, trad. por Roces (ed. Reus, Madrid, 1934).

WAINER, Jacobo: *Contratos administrativos* (Bs. As., 1939).

WINDSCHEID, Bernardo: *Diritto delle Pandette*, trad. por Fadda y Bensa, t. II (ed. Unione Tip., Torino, 1930).

YMAZ COSSIO, Esteban: *El impuesto al valor agregado y las actualizaciones o intereses por causa de mora*, en "Rev. Legislación Argentina", nº 154, agosto 1979.

ZACHARIAE, K.: *Le droit civil français* (ed. Durand, Paris, 1854).

ZAEFFERER SILVA, Oscar: *Letra de cambio* (ed. Ediar, Bs. As., 1952).

ZALDÍVAR, Enrique, y otros: *Cuadernos de derecho societario* (ed. Perrot, Bs. As., 1975).

ZANNONI, Eduardo A.: *Revaluación de obligaciones dinerarias (indexación)* (ed. Astrea, Bs. As., 1977).

—— *La obligación restitutoria derivada de la ruptura de la promesa de matrimonio*, en "J.A.", t. 24-1974.

ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan: *Código de Comercio y leyes complementarias, comentados y concordados* (ed. Depalma, Bs. As., 1967).

ZAVALÍA, Eduardo: *Boleto de compraventa* (ed. Depalma, Bs. As., 1964).

Se terminó de imprimir
en julio de 1981,
en Talleres Gráficos GARAMOND S.C.A.,
José A. Cabrera 3856, Buenos Aires.
Tirada: 2.500 ejemplares