

Cláusula penal

El límite de la acumulación de la pena compensatoria con la indemnización de daños y perjuicios

Alex Máculus

1. Planteo del tema [\[arriba\]](#)

El art. 652 del Código Civil Argentino define la cláusula penal como 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.[1]

Surge de la definición del Código que la cláusula penal puede operar tanto en caso de incumplimiento definitivo de la obligación (cláusula penal compensatoria) como en caso de retraso (cláusula penal moratoria).

La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias coinciden en que la pena estipulada con carácter moratorio puede acumularse con la indemnización de daños y perjuicios que correspondería en caso de producirse el incumplimiento definitivo de la obligación.[2] Esto es razonable ya que la pena prevista con carácter moratorio apunta a resarcir el daño producido por el retraso, mientras que la indemnización compensatoria tiene por finalidad reparar los daños derivados del incumplimiento definitivo de la obligación.[3]

Sin embargo, la cuestión no es tan clara cuando se trata de dilucidar si es posible acumular la cláusula penal compensatoria con la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento definitivo de la obligación.

No caben dudas de que si nada se hubiera dicho en el contrato respecto de la posibilidad de acumular pena compensatoria e indemnización, la respuesta sería negativa. Ello surge del artículo 655 del Código Civil, que establece que la pena o multa entra en lugar de la indemnización de daños y perjuicios, no teniendo el acreedor derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es compensación suficiente; lo que se conoce como el principio de inmutabilidad de la cláusula penal.

El dilema aquí planteado no es aquel, sino el siguiente: ¿son válidas y eficaces las estipulaciones contractuales que establecen que la pena compensatoria no será tenida en cuenta a los efectos de la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento definitivo de la obligación?

El art. 659 del Código Civil admite la posibilidad de pactar que el pago de la pena no dará por extinguida la obligación principal, pero ¿incluye eso la facultad de acumular pena e indemnización? ¿O la autorización del art. 659 se limita solamente a la posibilidad de seguir persiguiendo la prestación principal a pesar de haber recibido la multa contractual?

Asimismo, ¿puede considerarse definitivamente incumplida una obligación si el acreedor conserva la facultad de perseguir su cobro? ¿No tiene en realidad carácter moratorio la pena que se cobra sin que se extinga la obligación principal?

Por otra parte, si consideramos que según nuestro derecho de daños la indemnización debe reparar el perjuicio real sufrido por el acreedor, ¿no debe el

juez inevitablemente tener en cuenta, al momento de fallar, aquello que el acreedor ya recibió como pena contractual compensatoria?

Son estos los interrogantes que me propongo abordar en el presente trabajo. La cuestión no es meramente teórica. Por el contrario, mi interés en el tema surgió a partir de haberme encontrado en el ejercicio de la profesión con cláusulas reales, en contratos reales, que establecían que la pena compensatoria prevista contractualmente para el caso de incumplimiento definitivo de la obligación no sería tenida en cuenta a los efectos de la indemnización de daños y perjuicios que pudiera reclamarse en sede judicial.

2. ¿Qué dice la doctrina mayoritaria al respecto? [\[arriba\]](#)

La doctrina mayoritaria admite la validez del pacto que permite perseguir una indemnización adicional a la pena compensatoria.

Kemelmajer de Carlucci sostiene que “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 artículo 659 del Código 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.”[4]

Borda postula lo siguiente: “[L]a cláusula penal es acumulable a la indemnización sólo cuando tiene carácter resarcitorio de la demora. Este es el principio. Pero puede también acumularse, cualquiera sea el perjuicio que se tuvo en mira al pactarla, si así se ha convenido en el contrato (art. 659).”[5]

Belluscio, Zannoni, Ameal y López Cabana señalan que si bien el principio es la inmutabilidad de la pena (artículo 655 del Código Civil), si los contratantes acuerdan la posibilidad de su ampliación no existe impedimento alguno para que ello sea procedente.[6]

Alterini dice que “[l]a indemnización suplementaria es admisible si las partes lo han convenido así”, y agrega luego que “cuando las partes han ‘estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal’ (art. 659 in fine, Cod. Civ.), [ello] implica la posibilidad de reclamar, aparte de la cláusula penal compensatoria, los daños por el incumplimiento de aquella.”[7]

3. El quid de la cuestión: la indemnización suplementaria [\[arriba\]](#)

Considero que Alterini introduce un concepto fundamental al debate, que es la noción de la indemnización suplementaria a la pena.

No es casual que este distinguido civilista haya elegido la palabra “suplementaria”, que según la Real Academia Española significa: “que sirve para suplir algo o completarlo.”[8] Existen claras diferencias entre (i) una indemnización suplementaria a la multa contractual (es decir: una indemnización que complete la multa hasta llegar al límite del daño efectivamente sufrido), y (ii) una indemnización nueva e íntegra, que ignore aquella parte del daño que ya fue reparado a través del pago de la pena compensatoria.

Coincido con la doctrina mayoritaria en cuanto a la validez del pacto que permita reclamar una indemnización de daños y perjuicios adicional a la pena contractual compensatoria cuando la multa contractual no alcance a cubrir el daño que finalmente produjo el incumplimiento, pero creo que dicha estipulación tendrá como límite el quantum del perjuicio real sufrido por el acreedor.

En este mismo sentido, considero que el juez no podrá ignorar, al momento de conceder una indemnización de daños y perjuicios, aquello que el acreedor ya ha recibido en concepto de pena compensatoria. Dicha indemnización podrá completar lo recibido como multa contractual hasta alcanzar el límite del daño real sufrido por el acreedor, pero no podrá desconocer que una parte del perjuicio ya fue resarcida a través de la pena compensatoria.

Por tal motivo, considero que son inválidas las cláusulas contractuales que establecen que la pena compensatoria no será tenida en cuenta a los efectos de la indemnización de los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento. A lo sumo, si se quiere resguardar la validez de la estipulación, la misma podría ser interpretada como una habilitación para reclamar una indemnización que complete lo ya recibido en concepto de pena, siempre y cuando -claro está- los daños efectivamente sufridos por el acreedor hayan sido mayores a los tarifados en la cláusula penal. Pero en ningún caso podrá ignorarse por completo, al momento del cálculo de la indemnización, lo que ya fue entregado al acreedor en concepto de pena compensatoria.

Para concluir, quisiera realizar una última observación, que responde a uno de los interrogantes formulados al comenzar este trabajo. Pienso que la facultad de pactar la acumulación de la pena compensatoria con la indemnización de daños y perjuicios no surge del artículo 659 in fine del Código Civil, como sostiene la doctrina mayoritaria, sino del propio artículo 655, que admite pacto en contrario (conf. artículos 21 y 1197 del Código Civil). La pena que se cobra sin que se extinga la obligación principal (estipulación permitida por el artículo 659 in fine) tiene en realidad carácter moratorio, no compensatorio. Una obligación no puede considerarse definitivamente incumplida (supuesto en el cual la cláusula penal operaría con carácter compensatorio) si el acreedor conserva la facultad de perseguir su cobro.

[1] Kemelmajer de Carlucci la define como 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 (Kemelmajer de Carlucci, Aída, La cláusula penal, Depalma, 1981, Buenos Aires, p. 17).

[2] Cfr., por ejemplo, Llambías, Jorge Joaquín, Código Civil Anotado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Tomo II-A, p. 443.

[3] Es cierto que la indemnización de daños y perjuicios también debe reparar las consecuencias negativas que el acreedor sufrió por no contar con lo que le era debido desde la mora hasta el momento en que recibe la reparación, pero no caben dudas de que el acreedor no podría solicitar intereses moratorios en su reclamo indemnizatorio si ya hubiera recibido la multa contractual estipulada para el caso de retraso.

[4] Kemelmajer de Carlucci, Aída, La cláusula penal, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 233.

[5] Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil - Obligaciones, La Ley, Buenos Aires, 9ª Edición, Tomo I, pp. 219-220.

[6] Cfr. Belluscio, Zannoni, Ameal y López Cabana, Código Civil Comentado, anotado y concordado, Astrea, Buenos Aires, 1981, Tomo 3, p. 221.

[7] Alterini, A. A., Ameal, O. J., y López Cabana, R. M, Derecho de las Obligaciones, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 314-315.

[8] <http://www.rae.es>.