

# La utilidad de la cláusula penal frente al incumplimiento contractual

## Equilibrio entre daño y equidad

Amelia Foiguel Borci

### I. Introducción [\[arriba\]](#)

En el presente trabajo abordaremos la utilidad del instituto de la cláusula penal para la liquidación anticipada del daño en caso del incumplimiento contractual, así como la justa medida que ésta debería tener a fin de no encuadrar en las excepciones que reclaman la revisión judicial de cláusulas penales cuando exceden la razonabilidad o carecen de ella.

### II. Desarrollo [\[arriba\]](#)

#### A) La cláusula penal. Funciones

La cláusula penal es un instituto polivalente que proporciona un incentivo para el cumplimiento específico de la obligación (función compulsiva), o bien fija de antemano el monto indemnizatorio para el caso de incumplimiento (función indemnizatoria), sea este absoluto (cláusula penal compensatoria) o relativo (cláusula penal moratoria)[1].

La función compulsiva o estimulativa de la cláusula penal surge del art. 652 del Cód. Civil. El deudor debe, en primer lugar, hacer frente a la obligación: esta función surte efecto cuando la cuantía de la pena estimula al deudor a cumplir[2].

La función indemnizatoria se superpone a la anterior y en oportunidades la desplaza. Asimismo, rige aunque no haya perjuicio para el acreedor (así lo dispone el art. 656 CC)[3].

Tales funciones surgen del siguiente complejo de normas:

(i) La función compulsiva de los arts.: 652; 1153 (que establece que puede pactarse la acumulación de la cláusula penal compensatoria y el cumplimiento de la obligación principal); art. 656 (que prevé que el monto de la cláusula penal puede ser fijado con independencia de la importancia del perjuicio o, más aún, de su existencia misma); art. 656 (facultad judicial de revisar cláusulas penales excesivas).

(ii) La función indemnizatoria: art. 655 (la pena entra en lugar de la indemnización de daños y perjuicios, y en tal caso el acreedor "no tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente"); art. 659 (el acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas a su arbitrio); art. 660 (la cláusula penal puede ser reducida en caso de cumplimiento parcial de la prestación).

Calificada doctrina ha sostenido que este instituto tiene, además de las funciones arriba mencionadas la función resolutoria, quizás confundiendo este efecto con el del pacto comisorio[4]. Esta función carece de relevancia en el presente trabajo, por lo que no la explicaremos.

## *B) La liquidación anticipada de los daños*

Resulta especialmente relevante, a los fines de este trabajo, la función resarcitoria. Esta se cumple a través de la liquidación convencional y anticipada de la indemnización que efectúan las partes y a la que se obligan en caso de incumplimiento absoluto o relativo de la prestación.

"Es, de tal modo, un sucedáneo convencional de los daños e intereses. Este carácter indemnizatorio es el que haría a la esencia misma de la figura, y estaría orientado a facilitar la liquidación del daño por vía de su determinación anticipada practicada por acuerdo de voluntad de las partes. 'La indemnización convencional -dice Busso- tiene por únicos jueces al acreedor y al deudor; así que el quantum de la indemnización libremente establecido por ellos no puede ser alterado ni disminuido por los jueces" [5].

Este autor sostiene que dicha predeterminación del daño, sin embargo, es ficticia porque no requiere que guarde una exacta relación con la existencia de perjuicios ni con su monto. La jurisprudencia ha sostenido que éste no puede ser absolutamente ajeno: "la calidad y magnitud del incumplimiento debe ser relacionado con la lesión que el mismo produce en el legítimo interés contractual del acreedor". [6]

Sí, en cambio, estima imprescindible que no sea ni exigua ni excesiva. Ello, en virtud de que "una cláusula penal ínfima es inidónea para constreñir al deudor a cumplir, por cuanto no importa amenaza relevante alguna, ni menos aún para resarcir el perjuicio que deriva del incumplimiento"[7].

Por el contrario, una cláusula penal excesiva encuadra dentro de los supuestos de excepción para la revisión judicial prevista por el Código Civil. Un sinnúmero de precedentes jurisprudenciales lo han resuelto en este sentido: "Es desproporcionada y debe ser morigerada, en los términos del art. 656 del Código Civil, la cláusula penal incluida en un contrato de locación de servicios [...] mediante la cual se fija que, en caso de rescisión intempestiva del contrato por parte del locatario, éste debía abonar la totalidad del importe equivalente a la suma de mensualidades que resten por el plazo previsto, pues la aludida cláusula resulta desproporcionada con la gravedad de la falta que procura sancionar y por ende su aplicación configuraría un ejercicio abusivo del derecho acordado al locador"[8] .

Y en sentido contrario, pero con criterio análogo: "resulta procedente la reducción judicial de la cláusula penal compensatoria pactada si el daño sufrido por el contratante derivado del incumplimiento de la contraparte ha sido prácticamente inexistente, sumado ello a la rápida disolución del vínculo contractual y a la escasa capacidad patrimonial de la parte incumplidora"[9].

De la revisión judicial, principio general y excepciones nos ocuparemos a continuación.

## *C) Revisión judicial de la cláusula penal: supuesto de excepción*

Uno de los caracteres más relevantes de la cláusula penal es su inmutabilidad por la cual, en principio, ni el acreedor puede alegar que la pena es insuficiente ni el deudor puede liberarse de pagarla arguyendo que excede el efectivo daño irrogado por su incumplimiento.

Tal inmutabilidad absoluta fue consagrada por Vélez Sarsfield y dejada de lado por la Ley N° 17.711 al incorporar, en el art. 656 CC, el criterio jurisprudencial que autorizaba la revisión judicial en supuestos excepcionales.

El principio general es la inmutabilidad de la pena ("el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente", art. 655 in fine CC), ya sea que ésta exceda el daño sufrido (art. 656 CC, 1ª parte) o no alcance para repararlo totalmente (art. 655 CC).

Sólo ante supuestos excepcionales es procedente dejar de lado la cláusula penal pactada y revisar judicialmente la reparación de los daños sufridos por el acreedor: esos casos son la cláusula penal ínfima y la cláusula penal excesiva (art. 656, segundo párrafo)[10].

Esto se explica porque la cláusula penal integra un contrato y en principio corresponde atenerse a los términos convenidos (art. 1197 CC). "Razones de prudencia aconsejan mantener los términos del pacto si de su aplicación no se infiere la existencia de desmedido perjuicio para una parte en beneficio de la otra ni desmedro al orden normativo"[11].

En cuanto a cuál es el criterio para la revisión judicial, se han sostenido distintas posturas sobre la necesidad de que hubiera mediado lesión subjetiva (art. 954 CC). Existen posturas que sólo justifican la revisión judicial en casos en los que si hubiera habido lesión y otras que se inclinan por la posición contraria: "[...] no es ineludible para la limitación de la cláusula penal excesiva la existencia de lesión subjetiva, como parecería indicarlo el CC 656 in fine, cuando alude al "abusivo aprovechamiento de la situación del deudor", pues no debe perderse de vista que la prestación objeto de la cláusula penal debe poder "ser objeto de las obligaciones" (CC 653) y la cláusula penal desproporcionada ofende la moral y las buenas costumbres en los términos del CC 953"[12].

Por último, la limitación de la cláusula penal cede ante la presencia de dolo, ya que "el art. 655 CCiv., sólo contempló el incumplimiento normal; el dolo supone un 'plus' no previsto allí por el legislador. No obstante los términos del art. 655, CCiv. si el incumplimiento obligacional es doloso, la cláusula penal no opera como límite a la indemnización debida, sino que el deudor deberá reparar todo el daño producido al acreedor aun cuando sobrepase el numéricamente prefijado"[13].

#### *D) Valuación del daño*

Teniendo en cuenta que la cláusula penal trata de la liquidación del daño derivado del incumplimiento de las partes, no resulta desatinado detenernos someramente en los métodos de valuación del daño.

En materia de responsabilidad civil, la doctrina ha desarrollado tres sistemas de valuación del daño:

(i) Valuación convencional. Es la que tiene lugar por acuerdo entre partes, ya sea éste previo o posterior al daño. En forma previa tiene lugar cuando existe responsabilidad contractual y se plasma en la cláusula penal, en la cual las partes prevén el valor de los daños para el caso de mora o incumplimiento. Por acuerdo posterior tiene lugar cuando las partes arriban a un convenio transaccional una vez que se ha producido el daño. Normalmente consiste en la determinación del daño y la forma de pago del mismo. Este tipo de valuación es el que habitualmente utilizan las compañías de seguro.

(ii) Valuación legal o "tarifada": cuando la ley determina la indemnización. Se utiliza, en general, en regímenes que casi siempre establecen responsabilidad objetiva (como por ejemplo, accidentes aeronáuticos o de riesgos de trabajo, etc). Este tipo de fijación del daño tiene además la característica de ser casi siempre una responsabilidad limitada.

(iii) Valuación judicial. Es la que realiza el juez en ausencia de convenio o de ley específica. Hay casos en que aun en presencia de ley que determina la indemnización, ante el desacuerdo de partes es el magistrado quien debe zanjar la cuestión[14].

La valuación del daño en la cláusula penal es convencional y se realiza por adelantado a la ocurrencia del daño.

Para la efectiva y beneficiosa utilización de una cláusula penal resulta primordial la correcta valuación del daño, de lo contrario, las partes podrían reclamar la revisión judicial y desnaturalizar así la función de la cláusula, incurriendo en el litigio que las partes quisieron evitar al pactarla.

### III. Conclusión [\[arriba\]](#)

El dinamismo del tráfico comercial exigen de la contratación comercial una flexibilidad y adaptabilidad que muchas veces excede de la letra de los acuerdos. "Su carácter extrajudicial, sumado a la rapidez, automatismo e intangibilidad, dotan a la figura de singular eficacia y ponen de manifiesto como constante invariable su carácter compulsivo"[15].

Las partes tienen libertad para contratar, deben ajustarse a lo convenido (cfr. art. 1197) y cumplirlo de buena fe (art. 1198 CC). Pero en caso de diferencias, la cláusula penal constituye una excelente válvula de escape que prevé tanto la coerción a cumplir como la posibilidad de terminar una indeseada relación contractual: la equidad y mesura de la cláusula penal deberán estar presentes a fin de facilitar esto.

Para ello, será necesario un completo y pormenorizado análisis de este tipo de cláusulas al momento de la negociación del acuerdo, de modo que éstas no carezcan del fundamento económico ni del estudio exhaustivo de los posibles escenarios que podrían presentarse. Si se dan estas condiciones, conjugadas con la razonabilidad y equidad de su contenido, este instituto podría facilitar la ejecución y liquidación de los daños extrajudicialmente, de un modo rápido y sin incurrir en mayores costos.

La revisión judicial de la cláusula penal da lugar a largos y costosos litigios que terminan minando la finalidad de la cláusula penal que justamente pretendía evitar eso.

-----  
[1] cfr. Alterini, Atilio Aníbal "La Inmutabilidad Relativa de la Cláusula Penal (luego de la ley 17.711)". Revista del Notariado 712, 01/01/1970, 983.

[2] cfr. Alterini, op. cit.

[3] cfr. Alterini, op. cit.

[4] López Herrera, Edgardo. TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL LexisNexis2006. Versión digital disponible al 18/12/12. El autor sostiene que en caso de que no existiese pacto comisorio expreso pero sí una cláusula penal, no será necesario el emplazamiento previsto en el supuesto de pacto comisorio tácito, y podrá resolverse el contrato a opción del acreedor desde que el deudor dejare de cumplirlo en término

[5] ramón daniel pizarro. "La cláusula penal y sus funciones". En "Obligaciones y Contratos en los Albores del Siglo XXI". Ameal, Oscar J. (dir.) - Tanzi, Silvia Y. (coord.). Abeledo Perrot. 2001

[6] CNCiv. SalaG. En autos "Retegui, Marta c. Wainstein, Flora y otra". 08/04/1981. LA LEY1982-A, 23

[7] ramón daniel pizarro, op. cit.

[8] CNCom, SalaC. "Otis Argentina S.A. c. Consorcio de Propietarios Acoyte 741". 10/08/2010. LA LEY 19/10/2010- LA LEY2010-E, 65

[9] CNCOM "Sauco, Gladys C/ Menasce, Ruben". 3/2/1984

[10] López Herrera, op. cit.

[11] CNCiv, SalaG. Cosmos, S. a. c. Groisman, Mario L. y otra. 12/03/1981. Publicado en: LA LEY1981-D, 213

[12] CNCOM "Sauco, Gladys C/ Menasce, Ruben". 3/02/1984

[13] cfr. López Herrera, op. cit.

[14] *Ibidem*.

[15] *Ibidem*.