GUÍA DE CLASES DERECHO DE LAS OBLIGACIONES I

Fecha:

Prof.: Silvina Furlotti

Ubicación en el programa: UNIDAD VII – Efectos de la obligación (continuación). Acciones y garantías de los acreedores Obligaciones con cláusula penal: noción, funciones, clases, caracteres, extinción. (arts. 790 y sigtes. C.C.C.N.). Las sanciones conminatorias: noción, caracteres (art. 804 C.C.C.N.).

Objetivos: En la clase de hoy aprenderemos a redactar una cláusula penal moratoria y otra compensatoria. También aprenderemos la importancia de las sanciones conminatorias o astreintes y cuando se pueden solicitar.

**LA CLÁUSULA PENAL**

**Introducción**.

Ana se obliga a entregar a Pedro un automotor (obligación principal) la próxima Navidad y pacta que en caso de retardo en el cumplimiento de la obligación principal deberá pagar $ 500 por cada día de demora. Y para el supuesto de incumplimiento absoluto pacta que deberá abonar el precio de mercado del automotor más el 50 % del valor del mismo. Estás cláusulas pactadas entre Ana y Pedro se denominan ‘cláusula penal’ y con ellas se busca asegurar el cumplimiento de la prestación principal. Ana sabe que si se demora o no cumple con la prestación principal su situación será más gravosa. Desde este punto de vista presenta una función eminentemente compulsiva, es decir refuerza el cumplimento. Pero, además, en virtud de la regulación que efectúa el Código Civil, también tiene trascendencia en el aspecto indemnizatorio. Es que las partes, al pactar la cláusula, están prefijando los daños derivados del incumplimiento relativo o del absoluto, evitando futuras controversias sobre la fijación y prueba de los daños experimentados.

**Conocimientos previos.**

Obligación principal y accesoria.

Incumplimiento absoluto y relativo (mora). Efectos.

Plazo.

Intereses punitorios.

**Noción:**

art. 790 CCyC: “Concepto. La cláusula penal es aquella por la cual 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.”

Kemelmajer de Carlucci, : “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”.( [[1]](#footnote-1))

**Funciones de la cláusula penal**.

Función compulsiva. Es una pena privada cuya finalidad consiste en reforzar el cumplimiento de una obligación principal, constreñir al deudor a cumplir y, en caso de incumplimiento, sancionar al incumpliente. es un modo voluntario de reforzar el cumplimiento de la obligación.

Función resarcitoria. Es la liquidación anticipada y convencional de los posibles daños y perjuicios que el incumplimiento pueda causar al acreedor. Su función es facilitar la determinación de los daños por las partes.

Función polivalente. Tiene una doble finalidad: prefijar voluntaria y anticipadamente los daños y, al mismo tiempo, actuar como un modo de compulsión para constreñir al deudor para que cumpla, a fin de evitar la pena.

**Clases de cláusula penal**. Completa los espacios en blanco.

Ana se obliga a entregar a Pedro un automotor (obligación principal) la próxima navidad y pacta que en caso de retardo en el cumplimiento de la obligación principal deberá pagar $ 500 por cada día de demora. Y para el supuesto de incumplimiento absoluto pacta que deberá abonar el precio de mercado del automotor más el 50 % del valor del mismo. El primer supuesto es una cláusula penal ………….y el segundo una cláusula penal……. Se advierte que ambas cumplen funciones diferentes y están previstas para distintos tipos de incumplimiento, por ello la pena prevista para un tipo de incumplimiento no puede aplicarse al otro.

Es importante aclarar que en el incumplimiento relativo siempre cabe el cumplimiento posterior, al contrario del incumplimiento absoluto en donde la ejecución de la prestación ya no es factible. En el ejemplo, Ana (deudora) se retrasó en la entrega del automotor. En este caso puede el acreedor (Pedro) …………… ¿puede acumular las pretensiones?

La cláusula penal compensatoria, actúa frente a la inejecución definitiva y absoluta del deudor (la no entrega del vehículo en forma absoluta), no es posible el cumplimiento tardío. En este caso sólo se puede reclamar ……. ¿se pueden acumular las pretensiones?

En el ejemplo, Ana debía entregar un automotor, prestación que no cumplió en forma definitiva, entonces a Pedro sólo le cabe la posibilidad de …..

**Efectos A. Cláusula penal compensatoria**. Hay que diferenciar los efectos respecto del deudor y del acreedor y tener en cuenta el carácter subsidiario y accesorio de la pena.

**Cláusula penal compensatoria y daños y perjuicios**. art. 793 CCCN

**B. Cláusula penal moratoria**. art. 797 CCCN.,

**Cláusula penal moratoria y daños y perjuicios**.

**Acumulación de una pena moratoria y otra compensatoria**.

**Acumulación de cláusula penal e intereses**.

**Elementos de la cláusula penal**. Es importante tener presente que la cláusula penal, por más que sea accesoria, no es una mera cláusula o disposición de otro negocio, sino que es en sí misma un negocio jurídico ya que reúne todos los elementos para ser tal. ¿Cuáles son? . En cuanto al objeto, cualquier clase de prestación puede constituir el objeto de una cláusula penal. Por ejemplo, la Provincia de Mendoza contrata a un cantante para que dé un recital en diciembre de 2017 y como cláusula penal compensatoria se estipula que en caso de que fracase la prestación principal porque el cantante no asista, éste deberá dar cuatro recitales durante el año 2018 (prestación distinta al dinero) a beneficio de distintas entidades benéficas (terceros beneficiados). “ARTICULO 791.- Objeto. La cláusula penal puede tener por objeto el pago de una suma de dinero, o cualquiera otra prestación que pueda ser objeto de las obligaciones, bien sea en beneficio del acreedor o de un tercero.”

**Caracteres**. La cláusula penal presenta los siguientes caracteres:

Es accesoria, (arts. 856, 857, 801 y 803 CCCN).

Es voluntaria.

Es subsidiaria, los autores están de acuerdo en que la cláusula compensatoria es subsidiaria. (art. 797 CCCN), la cláusula penal es subsidiaria del cumplimiento;

Es relativamente inmutable, en cuanto a que el importe de la pena no se puede modificar, en principio, por no haber sufrido el acreedor perjuicio alguno (art 794 primera parte CCCN) o por no ser suficientemente compensatorio del daño sufrido por aquél (art. 793 CPCCN).

Es condicional,

Es preventiva,

Es definitiva,

Es de interpretación restrictiva, porque implica un derecho excepcional del acreedor.

**Inmutabilidad de la cláusula penal**: leer el siguiente texto, que es un resumen de un trabajo mayor de Parellada Carlos y Furlotti Silvina. Luego, explica que significa la inmutabilidad relativa.

***Inmutabilidad de la cláusula penal****. Quizá sea este el carácter más típico de la cláusula penal. Consiste en que el monto de la multa no puede ser modificada por el juez con posterioridad al incumplimiento. Ello guarda fuerte relación con la finalidad de la institución, asegurar el cumplimiento de la obligación principal (función compulsiva) y fijar anticipadamente el daño que se puede sufrir. La cláusula tiende a evitar toda discusión sobre existencia y monto de los daños. Si la jurisdicción pudiese modificarla, este fin no se lograría. Por dichos fundamentos, el art. 656 C.Civ., en su primer párrafo (texto originario vigente del Código Civil y hoy primer párrafo del art. 794 CPCCN) disponía: "Para pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno".*

***El principio de inmutabilidad absoluto en el Código de Vélez Sarsfield****. El principio de inmutabilidad, siguiendo las huellas del Código Francés, fue establecido en forma absoluta en el art. 656 C.Civ.: "Para pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno". No obstante, en el Código originario, existía una moderación de ese carácter absoluto del principio de inmutabilidad, para el supuesto de cumplimiento parcial o irregular, o sea cuando el deudor no hubiere cumplido con la prestación íntegra o lo hubiese hecho de un modo distinto al convenido. En esos supuestos, si el acreedor hubiere aceptado el cumplimiento parcial, el juez podría reducir el monto de la pena, según veremos en adelante. El rigor del principio de inmutablidad fue mitigado por la labor de la jurisprudencia anterior a la sanción de la Ley 17.711, admitiendo la reducción de las cláusulas penales cuando su excesiva onerosidad importaba una violación de la moral y de las buenas costumbres, bajo la invocación del artículo 953 C.civ.*

***El principio de inmutabilidad relativa y la ley 17.711****. El reformador de 1968, haciéndose eco de la jurisprudencia y doctrina mayoritarias, incorpora en el texto del Código Civil la facultad judicial de reducción del monto de las cláusulas penales excesivas. A tal fin, derogó el art. 522 y agregó el siguiente párrafo al artículo 656 C.Civ:*

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

*La norma encuentra una íntima vinculación con la teoría de la lesión subjetiva incorporada, por la misma reforma, en el artículo 954 C.Civ. Por ello, la cláusula pactada en tales condiciones adolece de nulidad parcial relativa ([[2]](#footnote-2)), porque ha sido establecida en protección del interés particular del deudor y solamente él puede invocarla (art. 1048 C.Civ). Puede también ser confirmada (art. 1059 C.Civ) expresa o tácitamente (art. 1061 C.Civ).*

***El principio de inmutabilidad relativa y el CCCN.*** *El Código Civil Comercial Unificado mantiene exacta la redacción del artículo 656 (hoy 794) reformado por la ley 17.711.*

***Limitaciones al principio de inmutabilidad de la cláusula penal****. Si bien la regla, sigue siendo la inmutabilidad, la ley excepcionalmente permite su morigeración. Por ejemplo:*

*Ejecución parcial o irregular de la obligación principal*

*Cláusula penal excesiva pactada con aprovechamiento de la situación del deudor*

*Cláusula penal insuficiente*

*Cláusula penal en la relación de consumo*

***Cláusula penal excesiva****. Constituye una cuestión frecuente en los tribunales que el deudor incumplidor que ha pactado una cláusula penal plantee que la cláusula es excesiva, y que debe ser moderada. Ahora bien, hemos explicado que la cláusula penal tiene dos funciones: Una función es la compulsoria, que tiende a obrar sicológicamente sobre la voluntad del deudor compeliéndolo al cumplimiento o a la evitación de la caída en mora, según sea compensatoria o moratoria. Otra función es la de constituir una liquidación anticipada de los daños que sufrirá el acreedor si la prestación no se cumple o se retrasa.*

*Estas dos funciones están en tensión, pues la compulsoria exige que la cláusula penal sea lo suficientemente alta como para que al deudor le convenga cumplir y advierta que si no lo hace ha de sufrir el perjuicio que implica tener que afrontar el monto de la cláusula. Pero, por otro lado, la liquidación anticipada de los daños pareciera exigir que haya cierta equivalencia entre el daño efectivamente sufrido por el acreedor y el resultado de la fijación del monto de la pena. Además, la función indemnizatoria tiene una gran utilidad práctica cuando los daños que posiblemente ocasione el incumplimiento son de dificultosa prueba, por diversas circunstancias de hecho. Por ejemplo, supongamos un pacto de confidencialidad que es violado y sancionado con una cláusula penal; probar la relación causal entre la violación del secreto y el daño puede presentar serias dificultades.*

*Por ello, no es fácil saber cuando una cláusula penal es excesiva, y los criterios reduccionistas que sólo se basan en la consideración del valor de la prestación y el daño que es presumible que haya sufrido el acreedor pueden resultar muy injustos en algunos casos concretos. Precisamente por esas circunstancias el Legislador optó por relativizar la inmutabilidad, pero no la ha suprimido. La inmutabilidad sigue siendo el principio, y la morigeración la excepción, que sólo corresponde cuando se han reunido los presupuestos previstos por la norma para habilitar la injerencia de la jurisdicción en la cláusula penal. El supuesto fáctico en que se ha previsto la moderación de la cláusula penal guarda una estrecha vinculación con la previsión que la misma Ley 17.711 ha contemplado en el art. 954 C.Civ. al receptar la figura de la lesión subjetiva. En el CCCN la lesión se regula como un vicio del acto jurídico en el art. 332, siguiendo el texto anterior. Se destaca la circunstancia que requiere los mismos elementos que se mencionan en la lesión subjetiva: el elemento objetivo (notoria desproporción entre el monto de la pena y la gravedad del incumplimiento) y dos elementos subjetivos: uno consiste en la inferioridad del deudor por ligereza, debilidad, necesidad, inexperiencia y el otro radica en el abusivo aprovechamiento por parte del acreedor al deudor en situación de inferioridad. La ponderación de la figura nos conduce a que, a tenor de la redacción de la norma, no podría hablarse simplemente de una pena excesiva. Lo cual es lógico, pues como ya hemos señalado: en principio, la pena debe ser alta, para poder cumplir su función compulsoria. Su valor debe tener una entidad superior al costo que implique para el deudor el cumplimiento, pues si no lo tiene deja de compeler. De lo que sí parece poder hablarse es de una pena excesiva que ha logrado pactarse sobre la base de la necesidad, de la ligereza o inexperiencia del deudor, explotando tales circunstancias. La similitud con la lesión subjetiva impone que la consideración del juez contemple la situación en el momento del pacto de la cláusula, no al momento en que se liquida. Un ejemplo académico de la cláusula penal excesiva por aprovechamiento de las circunstancias de inferioridad, lo constituye el contrato de alquiler el que se pacta con una cláusula penal excesiva en el momento en que el deudor ha sido desalojado del inmueble en que residía. Estos elementos, objetivos y subjetivos son los que configuran al pacto de la pena como abusiva.*

***Los extremos del pacto de una pena abusiva****.* ***El elemento objetivo****. Está dado por la desproporción entre el monto de la pena y la gravedad de la falta que sancionan, es decir, la falta de equilibrio entre la importancia del monto de la pena establecida y el reproche que merece la conducta del deudor, valorada de manera integral. Para apreciar la desproporción la ley da como indicadores el valor de las prestaciones y las demás circunstancias del caso. No hay que olvidar que el Legislador ha establecido que el hecho del aprovechamiento de la necesidad debe juzgarse en el origen, por lo que no puede entenderse que el exceso ha devenido de la prolongación del estado de mora del obligado por la cláusula. La desproporción, por tratarse de un supuesto de nulidad, debe ser originaria, o sea que debe concurrir en el momento en que la cláusula fue pactada. Si la desproporción es sobreviniente al momento en que la cláusula penal fue pactada podría ser revisada en virtud de la teoría de la imprevisión (art. 1198, 2ª par. C.Civ., hoy 1091 CCCN), que establece la posibilidad de modificación del contrato cuando circunstancias sobrevinientes hayan alterado el equilibrio del contrato. En ese supuesto, es inaplicable el art. 794 CCCN.*

***El carácter mutable de la cláusula penal en la jurisprudencia****. Pese a la claridad de la norma del art. 656 C.Civ. (hoy 794 CCCN), destacada doctrina y buena parte de la jurisprudencia inaplica los requisitos fijados por la ley 17.711 para la morigeración, dejando a un lado el principio de la inmutabilidad, que la ley ha moderado, pero no suprimido.En efecto, con frecuencia los jueces revisan cláusulas penales desde el entendimiento que basta con la sola desproporción para proceder a la reducción, sin exigir la probanza de los elementos subjetivos. Esta es la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “hablar de defensa en juicio en estas circunstancias es pretender acogerse a una ficción desprovista de contenido real, especialmente cuando, como en el caso, la cláusula supone una multiplicación por varios miles de los valores reales adeudados, circunstancias que excluyen toda posibilidad de alegación o prueba en contrario”. En suma, la carencia de efectivo aprovechamiento por parte del acreedor no puede obstar al reajuste de la pena ya que la desproporción hace surgir el aprovechamiento y porque, en todo caso, subsiste la inmoralidad y la ilicitud del obje-o de la clausula excesiva”. ( [[3]](#footnote-3)). También ha dicho que "...la existencia de abusivo aprovechamiento de que la Cámara hace mérito surge incontestablemente de los hechos, sin posibilidad de razonamiento o de prueba en contrario, cuando la diferencia en más derivada de la aplicación de la pena es en sí misma y objetivamente exorbitante". Ello ocurre, v. gr., cuando la cláusula penal multiplica por diez los valores de la deuda, hipótesis en que el aprovechamiento abusivo e ilícito nace de las cifras y de la naturaleza de las cosas, que excluyen toda posibilidad de alegación o prueba en contrario..." ([[4]](#footnote-4)). La Suprema Corte de Mendoza en muchas de sus decisiones se ha limitado al análisis del elemento objetivo, o sea la desproporción ([[5]](#footnote-5)). Este es el criterio predominante en la jurisprudencia de las distintas salas de la Cámara Nacional Civil y Comercial. ([[6]](#footnote-6)).*

*Los elementos subjetivos. Para que proceda la revisión no basta, en principio y para cierta doctrina y jurisprudencia, la sola presencia del elemento objetivo. La norma analizada exige que se configure un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor, es decir la obtención de una ventaja evidentemente desporporcionada y sin justificación. ([[7]](#footnote-7)).Para que proceda la revisión judicial de la cláusula penal, no basta con la comprobación del desequilibrio objetivo entre la pena convenida y la falta que se sanciona, sino que resulta necesario que concurra un abusivo aprovechamiento de la situación de inferioridad del deudor por parte del beneficiario de la pena. A este elemento se suma la situación de inferioridad del deudor, su ligereza, necesidad, inexperiencia, situación de la cual se aprovecha el acreedor (art. 332 CCCN.). Probada la desproporción de las prestaciones se presume el aprovechamiento más no la inferioridad del deudor al momento de contratar, que debe ser invocada y probada. Cabe destacar, como lo mencionáramos en el elemento objetivo, que una importante corriente doctrinal y jurisprudencial, no exige la prueba de este requisito y lo presume cuando existe una notoria y exorbitante desproporción. De este modo se objetiviza la reducción de la cláusula penal y se reducen sus elementos a la notoria desproporción.*

***Sanción que recae sobre la pena abusiva****. La facultad judicial de reducir la cláusula penal. El artículo 793CCCN dice:*

*"Los jueces pueden reducir...".*

*Ello supone que se trata de una nulidad parcial y relativa, lo que trae como consecuencia que es confirmable si el deudor paga la pena sin reserva alguna, pues, entonces juega el efecto confirmatorio del pago arts. 394 CCCN (antes 1062 y 1063 C.Civ) y, además, la reducción de la pena no procede de oficio, sino a pedido de parte, (art. 388 CCCN). Es necesario recordar: el principio es la inmutabilidad y que la mutabilidad es la excepción. Por ello, la facultad de los jueces morigeradora es de carácter excepcional, debe ser utilizada con mucha prudencia y cautela, ya que el fin del legislador ha sido evitar abusos, pero de ningún modo pretende aniquilar la cláusula penal que las partes han pactado. Se discute si el juez puede reducir la cláusula de oficio. Es oportuno destacar que el supuesto de cláusula penal que, mayormente, generaba este debate era el pacto de intereses punitorios (especie de interés moratorio más un plus de castigo por retraso), ya que los autores no estaban de acuerdo sobre si tenían naturaleza de interés o de cláusula penal. El CCCN pone fin a este debate en el art. 769 estableciendo que se regula por las normas de la clausula penal. Es importante advertir que, a diferencia del Código Civil el CCCN contiene una norma para morigerar la cláusula penal (art. 793 CCCN) al igual que su antecesor y otra disposición para reducir intereses excesivos (art. 771 CCCN) que el Código Velezano no contenía. Ello es importante para señalar que los parámetros a tener en cuenta para reducir la pena pactada son diferentes a los que hay que analizar para reducir intereses excesivos. De tal modo, y por ser institutos jurídicos diferentes, no deben ser analizados bajo los mismos parámetros, tal como sucedía en la jurisprudencia mayoritaria bajo la vigencia del régimen anterior.”*

Redacción de cláusulas contractuales conforme lo estudiado:

Con tu equipo de trabajo, redacta un contrato que satisfaga y garantice los derechos de ambas partes.

Carla Di Paoli es una ciclista profesional. Quiere cambiar su bicicleta, la publica y apareció un comprador Kevin Ayala. El precio de la bicicleta son $100.000. Kevin le propone pagarla en cinco cuotas de $20.000. Y ella quiere entregar la bicicleta cuando termine de pagar Kevin. Ambas partes te piden que redactes el contrato y lo más importante es que Carla quiere que le garantices de alguna manera que pague en tiempo el precio pactado y, por su lado Kevin, quiere que le asegures que Carla entrega la bicicleta y no se demora porque, tiene un viaje programado en bicicleta a la Patagonia. De no cumplir se frustraría el viaje de su vida, con los amigos de la peña.

1. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, La cláusula penal, Depalma, Buenos Aires, 1981; Ver también comentario a los artículos 652 a 666, en Código Civil y normas complementarias, dir. por Alberto J. Bueres y coord. por Elena Highton, T. II-A, Hammurabi, Buenos Aires, 1998. (\*\* completar y ajustar citas). [↑](#footnote-ref-1)
2. En contra, sosteniendo que no es un caso de nulidad parcial (art. 1039 C.Civ.), sino de modificación o revisión: Kemelmajer de Carlucci, A.R. “La cláusula penal”, Bs.As., Depalma, 1981, pág. 134, No. 87. [↑](#footnote-ref-2)
3. S.C.N., diciembre 18-1990, “Lucchini S.A., Alberto L. c/Macrosa Crother Maquinarias S.A.” Fallos 313:1461, JA To. 1991-II p. 151 y LL To. 1991-D p. 97, con nota de Monti, Eduardo J. “Perfil de la Corte Suprema y la cláusula penal excesiva”. La Corte ha reiterado esa doctrina en decisión recaída en la causa “Dirección General de Fabricaciones Militares c/ Malacalza, Alberto Andrés” de fecha 19/8/2004 publicada en Fallos 327 y ED To. 211 p. 126) [↑](#footnote-ref-3)
4. v. doctrina de Fallos: 313:1461, consid. 7º [↑](#footnote-ref-4)
5. ver sentencias del 18/6/2003, LS 323-96 y del 7/5/2003, LS 321-114 y Foro de Cuyo 58-210. También SC Mendoza, sala I, 2009/09/30, “Fundación San Pio X c/Cencosud SA AR/JUR/41344/2009. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver, a vía de ej., Cám. Nac. Com. sala A, 18/4/2001, LL 2001-E-621; Cám. Nac. Com. sala E, 5/5/2008, ED 229-25; Cam Nac Civ sala C 26/6/2008, ED 230-669; Cám. Nac. Civ. Sala K, 28/9/2006, Doc. Jud. 2007-1-861) y de otros prestigiosos tribunales provinciales (Cám. Civ y Com Azul, sala II, 27/11/2007, La Ley Bs. As. 2008-290). [↑](#footnote-ref-6)
7. Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala I • 28/05/2009 • Russo, Marta Noemí c. Municipalidad de Puán • , La Ley Online; • AR/JUR/23178/2009 [↑](#footnote-ref-7)