

CLAUSULA PENAL: Otra lectura.

1.- Tres ideas: pena, daños y perjuicios y garantía.

El art. 1363 CC explica la cláusula penal señalando que es aquella por la cual el deudor con el fin de “**asegurar la ejecución de la convención**, se obliga a **alguna pena**, en caso de incumplimiento”.

De manera uniforme, la doctrina ha sostenido, que de la citada norma surge la naturaleza punitiva de la cláusula penal¹.

No obstante, seguidamente, el art. 1367 CC la define con función indemnizatoria, afirmando que: “es **la compensación de los daños y perjuicios** que se irrogan al acreedor, por la falta de cumplimiento de la obligación principal”.

A partir de esta disposición, la cláusula penal no tiene naturaleza punitiva sino indemnizatoria y funciona de manera similar a una cláusula de liquidación anticipada de daños y perjuicios (art. 1347 CC)², con la diferencia que en el art. 1367 no es necesario probar el daño (an debeatur) ni su monto (quantum debeatur), según se examinará.

Parte de la doctrina, sostiene que el art. 1367 es contradictorio con la función (causa) de la cláusula penal (punitiva) y debería tenérselo por no puesto, o sea una suerte de derogación doctrinaria. Algún autor, si bien no lo “deroga” lo ignora porque constituye una afrenta contra la naturaleza punitiva de la cláusula penal. Sólo admiten el pacto para viabilizar la acumulación entre la obligación principal y la pena porque existe un texto legal expreso³.

Otra disposición clave en esta materia la constituye el art. 1369 CC que le asigna una naturaleza de garantía dado que aun cuando existan “justas causas” del incumplimiento en obligaciones que no sean de dar cosa cierta y determinada, igualmente se debe la pena⁴, lo que no será el objeto de este trabajo.

¹ Peirano Facio, J. La cláusula penal, Montevideo 1947 ps. 172 y 175. Gamarra, J. Tratado de derecho civil uruguayo. T XVIII p. 137 Montevideo 1977; Berdagner, J. Fundamentos del derecho civil, t. V p. 679 y 699 Montevideo 2018; Ordoqui, G. La cláusula penal p. 36 Montevideo 2000.

² El art. 1347 del C.C establece: “Cuando en la convención se hubiere establecido que, si ella no se cumplierse se pagará cierta suma por vía de daños y perjuicios, no puede darse en su lugar una cantidad ni mayor ni menor”. El art. 1382 inc.1 del CC italiano cuando establece sus efectos señala: “...tiene el efecto de limitar el resarcimiento de la prestación prometida...”

³ Contrariamente a cuanto señala la jurisprudencia que insiste en la necesidad del pacto expreso entre cláusula penal y obligación principal la doctrina mayoritaria cuestiona la solución legislativa como lo hace Berdagner, J. en su excelente trabajo sobre la cláusula penal (Revista crítica de derecho privado No.4 ps. 393 y ss.)

⁴ Aunque Magazzú, quien se inclina por la función punitiva, advierte que se trata más bien de reforzar el cumplimiento de la obligación en el sentido que frente a la amenaza de la sanción el deudor va a

Por tanto, observamos que en el marco normativo de este tema existen tres nociones que debemos analizar: a.) una noción de pena; b.) otra de daños y perjuicios; y; c) una última, de garantía por riesgos⁵. Sumado a tales nociones, corresponde examinar también sus consecuencias.

Se dice que **la función de la cláusula penal juega un rol de primer orden** como lo ha destacado Blengio, en virtud que de acuerdo a la conclusión a que se arribe “puede depender en buena medida, el régimen jurídico de la figura”⁶, La misma trascendencia le confiere Peirano Facio para quien según el título que se adopte hace que, “se juegue la vida misma de la cláusula penal”⁷.

2.- La doctrina de la función punitiva.

Peirano Facio formula su apreciación crítica sobre la cláusula penal y cuando tiene que definirse por su función indemnizatoria o punitiva, nos plantea de antemano un preconcepto al señalar que si se le confiere función reparatoria similar a la liquidación anticipada de daños y perjuicios “su existencia no resulta justificada”⁸ En cambio, si se le confiere naturaleza punitiva, entonces sí, se diferencia de la liquidación convencional y anticipada de daños y perjuicios y se justifica su existencia como instituto.

Esto, no es otra cosa que formular un preconcepto pronunciándose (sin antes analizar el instituto) de manera opuesta a cuanto dispone el art. 1367 que le confiere función indemnizatoria.

De esta manera nos induce a realizar un pronunciamiento “ex ante” para que adoptemos - sin antes analizar - que la cláusula penal tiene función punitiva. Y, agrega, que ello surge de la “lógica jurídica” atento a que “es imposible suponer que una misma prestación pueda pactarse, a la vez, como liquidación anticipada de daños y perjuicios y como pena”⁹. Por consiguiente, a su juicio no sería lógico si adoptáramos una postura diferente, a pesar que el art. 1367 invoca el título resarcitorio.

Entonces, la conclusión a que arriba el autor resulta fácil: la cláusula penal no es una liquidación convencional y preventiva de daños y perjuicios (resarcitoria) sino que su función es punitiva¹⁰. De donde se sigue, que resulta admisible acumular la ejecución forzada específica de la obligación principal con la cláusula penal sin necesidad de pacto expreso. Pero, según los citados autores que siguen esta posición, el art. 1367 inc.

considerar que no le conviene incumplir su prestación (Clausola penale en Enciclopedia del diritto, t. VII p. 187 Milano 1960).

⁵ Con razón De Cores-Gamarra (R.) y Venturini que todas estas nociones vinculadas al régimen de la cláusula penal importan “un verdadero caos conceptual” (Tratado jurisprudencial y doctrinario, Incumplimiento del contrato, t. I p. 598 Montevideo 2013).

⁶ Blengio, J. La cláusula penal una figura problemática, Primera parte, DJV t. III p.35

⁷ Peirano Facio, J. La cláusula penal, cit. p. 161. Según el autor esta es la opinión de Amézaga y de Bayley.

⁸ Peirano Facio, J. p. 161

⁹ Peirano Facio, J. ps. 169 y 174. Ordoqui, G. La cláusula penal, ps. 35 y ss.

¹⁰ También Gamarra, Tratado cit. p. 139 y 263

2 veda esta posibilidad¹¹ por lo que, aunque contraría el instituto, la admiten críticamente porque el texto así lo exige.

En la misma línea el Prof. Gamarra sostiene que el art. 1363 toma en cuenta la función punitiva mientras que el 1367 le confiere el título indemnizatorio. Esta “hibridez” que fue considerada en un principio por la jurisprudencia uruguaya según sus antecedentes franceses le otorga una doble función.

No obstante, no comparte esa doble función y considera que el único título es el punitivo, porque de lo contrario, de asignarle función indemnizatoria “la cláusula penal no existe”¹². Porque la función indemnizatoria y punitiva no solo difieren en su naturaleza (una compensa los daños y perjuicios y la otra es aflictiva castiga por el incumplimiento) sino que también difieren en su régimen jurídico porque si se trata de un título resarcitorio, el daño debe probarse (no así su quantum).

Finalmente agrega, que el art. 1367 el cual sostiene el título resarcitorio, “debe descartarse” pues no se conjuga con el 1363 ni con el 1369. Por tanto, conforme a la función punitiva de la cláusula penal admite teóricamente el cúmulo entre pena y obligación principal sin necesidad de pacto expreso. Aunque, a pesar del “desafortunado art. 1367” que ordena el cúmulo en forma expresa, considera, a su pesar, que debe atenderse a lo que dispone la citada disposición¹³.

Ciertamente estas posturas doctrinarias parten de la idea preconcebida que la cláusula es pena y contiene una causa o título punitivo.

3.- La doctrina de la doble función.

Contraponiéndose a la doctrina antes mencionada, Carnelli entiende que “la ley le confiere a la cláusula penal función indemnizatoria con carácter general, no siendo en principio, sino una liquidación convencional de perjuicios”¹⁴.

Y, agrega, que esa función indemnizatoria no impide que las partes le confieran función punitiva como lo autoriza el art. 1367 inc. 2 es decir cuando se pacta el cúmulo con la obligación principal. Entonces, al asignarle doble naturaleza a la cláusula penal, divide el articulado del CC en dos partes: una donde se atiende a la función indemnizatoria (arts. 1366 y 1367), otra con función punitiva (arts. 1368 a 1374).

Siguiendo esa línea doctrinaria, Caffera advierte - con toda razón - que el conflicto entre los arts. 1363 (función punitiva) y el 1367 (función reparatoria) contiene “un error de base (...) que consiste en creer que las sanciones tienen necesariamente una sola

¹¹ Peirano Facio, ps. 274 y 382. Gamarra, Tratado cit. p. 143

¹² Gamarra, J. Tratado p. 145.

¹³ Caffaro, E. concuerda con esta postura doctrinaria en La cláusula penal cit. p. 131.

¹⁴ Carnelli, S. Prorrato del monto de la cláusula penal, Anuario de derecho civil uruguayo, t. XXX p. 786.

función”¹⁵. Admite por tanto la doble función según que la “perspectiva” o el “punto de vista” sea: desde el lado del deudor (pena) o desde el acreedor (indemnización)¹⁶.

Blengio se pronuncia en la misma dirección, afirmando que “tanto cumple una función resarcitoria como una punitiva”, pues “disciplinan de manera diversa la cláusula penal”, y tanto la pena como la reparación del daño son sanciones civiles que se generan por la conducta del deudor en el incumplimiento de su obligación¹⁷.

Recientemente, los Profesores De Cores-Gamarra (R.) Venturini se sumaron a la tesis de la doble función, destacando una superposición o ambivalencia de funciones en la regulación de la cláusula en examen. También lo hizo recientemente Labat, en un preciso análisis entre la liquidación convencional del perjuicio y cláusula penal¹⁸.

Se observa entonces un resultado pendular en nuestra doctrina que pasó de otorgarle una función exclusiva (punitiva) a una doble función (indemnizatoria y punitiva) o mixta como prefiere denominarla Trimarchi¹⁹.

4.- Una nueva lectura.

A. Primacía del art. 1367 CC

a.) Un concepto normativo.

El art. 1363 describe la cláusula penal (“stipulatio poenae”) en los siguientes términos: consiste en “asegurar la ejecución de la convención”²⁰, es decir, una función de garantía que se reitera en el art. 1369. Pero en realidad no la define.

¹⁵ El autor sigue la línea de la doctrina mayoritaria que ve en la condena a los daños y perjuicios una sanción, igual (obviamente) que en la pena. Por tanto las dos tiene naturaleza sancionatoria. En Francia Mazeaud (H. e J.) –Chabas, F. exhiben la misma controversia, en Lecons de droit civil, t. II premier volumen, Obligations, 9ª.ed. Paris 1998 p. 772.

¹⁶ Caffera, G. cit. ps. 155, 156 (1ª.edición) y p. 162 (2ª.ed). “Desde la óptica del deudor la cláusula penal tendría función punitiva pues se aplicaría como consecuencia inmediata del incumplimiento con desconexión absoluta de si el acreedor experimentó o no daños; se trataría de un “puro castigo”. Mientras que desde la perspectiva del acreedor –dice el autor- si existe daño el cobro de la pena naturalmente lo neutraliza y entonces la misma cumple una función resarcitoria; si no hay daños o éstos son menores al monto de la pena, ésta funcionaría como enriquecimiento del acreedor. La consecuencia de esta concepción es que el monto de la pena se imputa a la indemnización de los daños y entonces: a) si la cláusula penal cubre totalmente los daños, el acreedor no podrá reclamar sumas adicionales porque esos daños ya estarían “compensados”; b) si los daños son mayores que la cláusula penal, el acreedor sólo podrá reclamar el excedente; c) si no existen daños, el acreedor podrá reclamar igualmente la totalidad de la cláusula penal experimentando un enriquecimiento”.

¹⁷ Blengio, J. La clausula penal, cit. ps. 32 y 34. El autor hace especial referencia al sentido que Marcadé le confería al art.1226 del CC Francés “aproximándola a la liquidación anticipada de daños y perjuicios” y su influencia sobre Acevedo y Narvaja (nota al pie No. 6).

¹⁸ De Cores, C., Gamarra, R. y Venturini, B. Tratado cit. ps. 598 y 599. También Inés Labat sostiene la polifuncionalidad de la cláusula penal, aceptando que “pueda tener tanto un objetivo sancionatorio como uno indemnizatorio y hasta uno de garantías” (Liquidación convencional de daños, cláusula penal y responsabilidad contractual. Tres sistemas diferentes con un objetivo común, en Rev. DJC, Año IV, Tomo IV, pág. 233.

¹⁹ Trimarchi, V. Clausole penale, en Novissimo Digesto italiano, t. III Torino 1957 p. 351.

La disposición que nos da el concepto es el **art. 1367 inc.1** al determinar que: “**La cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios** que se irrogan al acreedor, por la falta de cumplimiento de la obligación principal”²¹.

A nuestro juicio, la norma nos señala - en primer lugar - que para el legislador la cláusula penal no es “puro castigo” sino una indemnización de los daños y perjuicios. Nos da un concepto normativo que determina su función reparatoria, igual que la liquidación anticipada y convencional de daños y perjuicios regulada por el art. 1347. Este argumento no se traduce en ningún esfuerzo intelectual porque surge de la letra de la disposición.

b.) La función compensatoria.

En segundo lugar, es tan importante la naturaleza indemnizatoria para nuestro codificador que el **inc. 2º del art. 1367** lo vuelve a reiterar pero desde otro ángulo, nos dice: “No puede, pues, pedir a la vez la obligación principal y la pena...” , porque considera que como la cláusula penal tiene **función compensatoria**²² de los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación principal, constituye una regla de oro en dicha sede, que no se puede duplicar la ejecución forzada específica de la obligación con la ejecución forzada por equivalente porque en sustancia se reclamaría dos veces la misma prestación (art. 1551 inc.2)²³.

En este aspecto es observable que el **inc. 2º del art. 1367, viene a decir lo mismo que el art. 1341** del Código Civil en sede daños (“La demanda de perjuicios supone la resolución del contrato”) y antes lo dice de otra forma el art. 1366 en la propia sede de la cláusula penal (el acreedor debe optar entre “la pena estipulada o la ejecución de la obligación principal”).

Todo lo cual conduce a afirmar que el régimen de la cláusula penal se equipara al sistema de los daños (salvo en aquello que exista regulación expresa distinta como es la no exigencia de acreditar el perjuicio).

Así, el art. 1341 prohíbe acumular el reclamo de los daños compensatorios a la ejecución forzada específica. Ello por cuanto los daños compensatorios se dirigen a

²⁰ Tomé hace referencia a la posición de De Cores-Gamarra (R.)y Venturini quienes entienden por aseguramiento (garantía) un doble sentido: “Primero, como reforzamiento de la eficacia del vínculo (garantía real o personal) ateniendo al riesgo de insolvencia patrimonial del deudor. Segundo, como seguridad frente a la causa extraña (asunción de riesgos)” en Código Civil Comentado, Montevideo, 2017, p. 447.

²¹ Con similar texto el art. 1229 del Code: “...la compensation des dommages et intérêt que le créancier souffre de l’inexécution de l’obligation..”

²² Lo cual demuestra, que no se plantea problema en acumular la pena por retardo con la obligación principal porque surge del texto mismo al aludir al daño compensatorio y no así al daño moratorio.

²³ No olvidemos que para nuestro legislador, si al deudor moroso le es imposible cumplir con la obligación principal “debe el precio y los daños y perjuicios de la mora”. Y el precio se traduciría en el equivalente de la obligación principal según dispone el art. 1551 inc.2;aunque alguna doctrina critica esta interpretación.

sustituir a la “obligación principal”. Por eso están reservados para “la resolución del contrato” y no para la ejecución forzada específica que tiende a obtener la obligación principal: “El que pide su cumplimiento no puede exigir otros perjuicios que los de la mora”.

El art. 1367 en su segundo inciso ofrece una **regulación idéntica a la del art. 1341** respecto a cuándo procede o no procede el daño compensatorio. Refleja la misma regla: “No puede, pues, [el acreedor] pedir a la vez la obligación principal y la pena...”. Al igual que el 1341, el 1367 inc. 2 (y el 1366) prohíbe expresamente (de regla) pedir la pena cuando se reclama la obligación principal y lo permite (implícitamente) cuando se opta por la resolución.

Este aspecto, constituye un razonamiento consecuencial del primer inciso del art. 1367, porque si la cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios que el deudor debe al acreedor, si la misma se acumula el cumplimiento de la obligación principal se estaría reclamando dos veces la misma prestación; por un lado, la misma cosa debida (ejecución forzada específica) y concomitantemente la ejecución forzada por equivalente (indemnización de los daños y perjuicios como si aquella obligación principal no se hubiera cumplido)²⁴.

En este entendido, la doctrina prevalente subraya que no es posible acumular la ejecución forzada de la obligación principal con los daños y perjuicios compensatorios (regla del art. 1341 CC), porque el acreedor logra la prestación debida y el único perjuicio que puede reclamar es el moratorio por la demora en el cumplimiento de la obligación principal.²⁵

c.) La opción legal y el ius variandi.

En tercer lugar, el legislador **reitera por tercera vez** que la cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios al señalar en el **inc. 3 del art. 1367** que si el acreedor “hubiera optado por el cumplimiento de la obligación y no consiguiera hacerla efectiva, puede pedir la pena”. Como el acreedor no puede acumular el reclamo de la pretensión originaria con los daños y perjuicios compensatorios por los fundamentos ya examinados, para el caso que no lograra obtener el bien originariamente debido puede variar su pretensión (ius variandi) y reclamar la cláusula penal.

d.) Recapitulando.

En resumidas cuentas, **el art. 1367 nos reitera en tres oportunidades que la función de la cláusula penal es indemnizatoria**²⁶. Entonces, no parece admisible que se

²⁴ En la concepción de Acevedo y de Narvaja la ejecución forzada por equivalente (los daños y perjuicios compensatorios) era equivalente a la obligación incumplida.

²⁵ Gamarra, J. Responsabilidad contractual, t. I cit. p. 256.

²⁶ Que los autores italianos denominan “pena no pura” a diferencia de la “pena pura” cuando sólo tiene función punitiva. (cfr. Magazzú, cit. p. 186). Pero, Marini sostiene que la pena pura se produce cuando

pretenda “derogar” o “ignorar” al art. 1367 porque no se acomoda a nuestro preconcepto sobre la idea de pena o castigo que según la doctrina tradicional resulta así dispuesto por el art. 1363. Aunque según vimos, esta disposición no la define sino que la describe y lo hace anunciando su función de “aseguramiento” pero no de pena. Por consiguiente, el art. 1367 es la norma clave de la cláusula penal y no así el art. 1363 dado que aquella disposición nos indica cuál es la verdadera función que cumple, lo que coincide con la opinión de Acevedo y de Narvaja quienes consideraron que desempeña una función indemnizatoria y no punitiva²⁷. Coincide con este criterio la redacción de la cláusula penal realizada por la Ordenanza francesa del 2016 que modificó el art. 1231-5 del Code²⁸.

El art. 1363 perdió su sitial de privilegio pasando a ocuparlo en su lugar el art. 1367, dado que de manera constante el codificador nos indica que la función es reparatoria y no punitiva²⁹. Así lo sostiene Bianca: la función de la cláusula penal es aquella de la liquidación preventiva y “forfetaria” del daño³⁰.

Como lo subraya De Cupis “la función constante y principal de la cláusula penal, no es - contrariamente a su denominación - la penal sino la resarcitoria, dirigida al resarcimiento mediante la liquidación preventiva del daño contenida en la misma cláusula penal”³¹.

B. Apego a la ley.

a.) Coherencia entre los arts. 1363 y 1367.

Ahora bien, luego de recorrido este razonamiento que consideramos era ineludible por ser la discusión que ha dado históricamente la doctrina, tenemos la convicción que el tema de la cláusula penal lo han complicado, paradójicamente, las interpretaciones doctrinarias.

A nuestro criterio el legislador es muy claro al regular la cláusula penal; las dificultades vienen de la dogmática no de los textos. La doctrina a través de adjudicar “naturalezas” a la cláusula penal ha pretendido con ello descubrir contradicciones que no resultan a

las partes convienen “el doble título” o sea a título de cláusula pena y de resarcimiento (Marini, A. Clausola penale, cit. p.2).

²⁷ Fuente citada por la doctrina nacional (Gamarra TDCU t. XVIII p.137. Blengio, cit. p. 30 nota 6. Ordoqui, G. La cláusula penal, cit, ps. 9 y ss). De Cupis, A. sostiene que entre las dos funciones que presenta la cláusula penal, la resarcitoria (impura) es esencial mientras que la función penal (pura) es eventual, El daño, 2ª.ed.trad. Barcelona 1975 p. 505

²⁸ Art. 1231-5 “Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre” (inc.1)

²⁹ . Este es también el título que le adjudica el art. 793 del nuevo Código Civil y Comercial Argentino Art. 793: La pena o multa impuesta en la obligación suple la indemnización de los daños cuando el deudor se constituyó en mora...”

³⁰ Bainca, C.M. Diritto civile, t. V La responsabilitá 2ª.ed. Milano 2012 p. 246.

³¹ De Cupis, A. El daño, cit p. 506. En el mismo sentido Anibale Marini, Clausole penale, en Enciclopedia Treccani t.VI p. 1

nuestro juicio del texto legal y también con base en esas “naturalezas” que se han impuesto, establece un régimen jurídico del instituto que aparece de una forma artificial

El art. 1363 habla de pena, muy bien. Pero, por qué deberíamos concluir que la utilización de esa expresión le impediría al legislador, so riesgo de ser contradictorio, prohibir (de regla) la acumulación de esa “pena” con la ejecución forzada específica; o por qué a partir de esa expresión del legislador se podría acumular a la pena el reclamo de daños y perjuicios (asumiendo que lo indemnizatorio puede sumarse a lo punitivo), en contradicción con la ley que dispuso que la pena son los daños y perjuicios.

El legislador no está atado a naturalezas. Puede regular un instituto como mejor considere en atención a su función y finalidad. Claro está, si incurre en contradicciones a lo interno de la regulación eso sí sería un problema y deberían aplicarse los mecanismos interpretativos necesarios para salvar la contradicción de modo de alcanzar una coherencia del sistema. Pero eso no sucede en el régimen de la cláusula penal.

El art. 1363 habla de pena y el art. 1367 dice que esa pena de que habla el primero, es la compensación de daños y perjuicios. Pues bien, una “pena” que por reputarse compensatoria de daños impide el reclamo de una indemnización por arriba de su monto. Cuando el legislador define un instituto lo hace con carácter vinculante y entonces tenemos una “pena indemnizatoria”.

Y no le cabe al intérprete decir: “Hey señor legislador Ud. se equivocó porque para mí pena es “castigo” y entonces Ud. es contradictorio cuando impide reclamar la obligación principal y la pena”. En realidad, ese reproche parte de un preconcepto, de la idea que el intérprete tiene de lo que es pena y de las consecuencias que eso debería traer consigo. Pero esa tarea, la de definir los términos usados legalmente es del legislador, no del intérprete³².

b.) El preconcepto de la función punitiva.

Si nos descargamos de preconceptos y leemos las normas de una manera neutral lo que tenemos es que el legislador luego de hablar de pena en el 1363 dice que la misma es “la compensación de daños y perjuicios” y coherente con esa significación prohíbe en el 1366 y en el 1367 reclamar la pena y la obligación principal, tal como el 1341 lo hace en sede de daños. Una vez más, para el legislador el significado de la palabra “pena” o “penal” se integra con una función indemnizatoria y el intérprete no puede discutir eso invocando una noción distinta de lo que es, para él, pena.

Tampoco cabe el reproche de que en ese caso el legislador estaría duplicando el instituto de la liquidación convencional de perjuicios del art. 1347 CC. Si eso fuera cierto la

³² Que por otra parte no se contradice con las fuentes de la cláusula penal, atento a que Marcadé y la doctrina francesa posterior (con la actual modificación del Code por la Ordenanza del 2016) que influyeron en Acevedo y Narvaiza le atribuyen el título resarcitorio.

crítica sería valedera. Pero no es así, porque el legislador asignó consecuencias distintas a los dos institutos. Así, en la liquidación convencional hay que acreditar la existencia del daño (aunque no su monto), mientras que en la cláusula penal no se requiere probar el daño ni su monto porque la sección que la regula no lo exige³³. De igual modo, el art. 1370 establece el prorrateo de la pena en caso de incumplimiento parcial, lo que no sucede con la liquidación convencional.

La misma neutralidad en el análisis nos lleva a reconocer que estos dos aspectos (la desconexión de la pena con los daños efectivos y el prorrateo), no pueden asociarse a una función indemnizatoria y sí a una función típicamente punitiva. Sin embargo, sostenemos que frente a la definición clara y precisa del art. 1367 inc. 1° que reputa “daños y perjuicios” a la cláusula penal y a la identidad de regulación entre ésta y aquellos (arts. 1366 y 1367 inc. 2 y 1341), debe concluirse que el régimen de principio es el de los daños y perjuicios y que los aspectos punitivos son de excepción.

c.) Fundamento de la acumulación legal.

Por eso no podemos compartir la doctrina que inmovilizada en los aspectos punitivos de excepción, critica otros artículos del Código Civil que no reflejan esa función, por ej. el que prohíbe el reclamo acumulado de la pena con la obligación principal o el propio art. 1367 que le asigna función indemnizatoria de daños. De la misma manera no compartimos el punto de vista que entiende que, bajo el preconcepto de que la pena es castigo se puede acumular a los daños y perjuicios en caso de ejecución forzada por equivalente sin necesidad de pacto expreso. No tenemos duda, que la pena no es acumulable a los daños y perjuicios porque de principio, en la concepción legal, la pena es indemnizatoria de daños y no es posible una doble indemnización. La cosa cambia cuando hay pacto expreso, porque allí sí aflora una función punitiva.

En el plano teórico se podrá discutir sobre la ontológica naturaleza de la cláusula penal. Pero en el plano jurídico el legislador es tajante y estableció que es una indemnización y ello no es enjuiciable (sin perjuicio de consagrar por vía de excepción ciertas consecuencias asociadas a una función punitiva). En este aspecto marcamos un matiz diferencial con el agudo estudio de Caffera que dice que cuando el art. 1367 habla de la compensación de daños está describiendo algo que es natural, es decir, que la obtención de una suma de dinero a consecuencia del cobro de la pena compensa o resarce (en la medida de la pena y el perjuicio) al acreedor para el caso que haya sufrido algún perjuicio.

Es decir, atribuye al art. 1367 un lenguaje descriptivo, aspecto que lo conduce a afirmar que la pregunta sobre si es acumulable la pena a los daños se debe responder en función de la naturaleza, punitiva o indemnizatoria, que se le atribuya a la cláusula penal. Nuestro punto de vista es que el 1367 no describe algo que naturalmente sucede, sino

³³ El Prof. Blengio lo señala con meridiana claridad al indicar que “no es siquiera necesario probar la existencia del daño” citando el CC italiano (Cláusula penal, cit. p.33).

que se trata de un lenguaje prescriptivo. Define con carácter vinculante que la cláusula penal, de principio, es la indemnización de un daño y en consecuencia no se la puede acumular a los daños y perjuicios, salvo pacto expreso.

C. El cúmulo de la cláusula penal con la obligación principal y la función punitiva.

a.) El pacto de acumulación expresa con función punitiva.

Pero, si bien la función de la cláusula penal es indemnizatoria según lo advierte el art. 1367 adquiere un sentido punitivo cuando se acumula a la obligación principal.

Esta es la razón por la cual el 1367 inc.2 reclama que las partes acuerden o pacten el cúmulo o concurso entre la cláusula y la obligación principal. Porque, teniendo el citado pacto naturaleza indemnizatoria, en línea de principio, no puede acumularse con la obligación principal pues es su equivalente y se estaría sancionado doblemente al deudor³⁴. Pero **cuando se suma a la obligación principal adquiere una función punitiva** y por ello requiere texto legal expreso como lo dejó asentado el TAC 4³⁵. Ese es el sentido del cúmulo o de la “especifica función de la pena”³⁶.

b.) Coordinación entre los arts. 1363 y 1367.

Atento a ello, no vemos la confrontación entre los arts. 1363 y 1367³⁷, en virtud que el primero sólo describe la función de garantía de la pena (“para asegurar la ejecución de la convención”) pero en modo alguno señala su función punitiva, como lo quiso ver la doctrina tradicional partiendo de un preconcepto y oponiéndose a la triple afirmación del art. 1367 que subrayó su naturaleza indemnizatoria (al igual que el art. 1366).

Por otra parte, la fijación de una cantidad específica en la cláusula penal y la circunstancia que no haya que probar el daño para reclamarla, “asegura” más el cumplimiento de la obligación; lo que sucede en cambio con los daños y perjuicios comunes o aun los liquidados anticipadamente por acuerdo, pues la pena con estas características amedrenta aún más al deudor y lo estimula con mayor severidad al cumplimiento. Desde esta perspectiva la negación de la función punitiva no excluye la función asegurativa que anuncia el art. 1363.

Entonces, una cláusula penal que tiene función indemnizatoria, cuando se suma a la obligación principal opera como pena (castigo, aflicción), porque no puede existir mayor pena para un deudor que quedar obligado a cumplir con la prestación principal y además con los daños y perjuicios acordados preventivamente por las partes.

³⁴ Así lo señalan De Cores, Gamarra (R.) y Venturini, al señalar que “...la función indemnizatoria (compensatoria) excluye la posibilidad de reclamar acumulativamente la obligación, puesto que toma su lugar...” (Tratado jurisprudencial y doctrinario, cit. t. I p.598.

³⁵ El TAC 4^o.refiriéndose al 1367 inc.2 señaló que “...esta norma no es sino una aplicación especializada de un principio general que es el de que no hay sanción sin regla anterior que la establezca” (sentencia No. 105/2010 de 2/6/2010 en Base de Jurisprudencia Nacional)

³⁶ Trimarchi, V. Clausole penale, cit. p. 352. Carnelli, Prorrateo, cit. p. 786.

³⁷ A que alude Berdaguer (La cláusula penal, cit. ps. 22 y 23) y Gamarra, J. Tratado, cit.

No vemos por consiguiente, ningún antagonismo, ni confrontación entre los arts. 1363 y 1367 sino un perfecto complemento, una coherencia o coordinación normativa, donde la obligación principal no deja de ser tal, ni la cláusula penal pierde su naturaleza indemnizatoria, sino que ambas se ensamblan para gravar al deudor con la función punitiva.

Porque en el art. 1367 se distingue: (i) lo que las partes denominan cláusula penal que en puridad contiene una función similar a una liquidación convencional y anticipada de daños y perjuicios (en la que no se debe probar el daño ni su monto); y, (ii) **la función punitiva que pasa a tener esa cláusula penal, solo y cuando se acumule con la obligación principal** (“no puede pedir a la vez la obligación principal y la pena, a no ser que se haya así pactado expresamente”) ³⁸.

c.) Los principios vinculados a la función punitiva.

La función sancionatoria o punitiva propiamente dicha se logra técnicamente con esta acumulación o concurso, no bastando la denominada cláusula penal (convencional) cuya naturaleza la determina el art. 1367 y no resulta posible desconocer ni ignorar.

En línea de principio, **toda pena tiene por fuente la ley** como lo han destacado De Cores-Gamarra (R.) y Venturini³⁹ y en este caso excepcional la ley delega en la autonomía privada el pacto respecto a la acumulación de la denominada cláusula penal con la obligación principal. De esta manera, genera en esta sumatoria de prestación principal y accesoria, una función punitiva porque el acreedor no sólo logra a través de la ejecución forzada la misma cosa debida, sino que además se le agregan los daños y perjuicios pactados por anticipado.

Además, otra regla esencial del derecho punitivo lo constituye **la tipicidad de la pena**, que también en sede civil es de interpretación estricta y “exige nitidez en la redacción”⁴⁰. Punto sobre el cual se pronuncia enfáticamente el legislador cuando ordena expresamente el cúmulo entre cláusula penal y obligación principal (art. 1367 inc.2) lo cual exige una interpretación estricta⁴¹ donde la adición entre las dos obligaciones debe surgir con claridad, se utilice o no el vocablo acumulativo, como lo

³⁸ De Cores-Gamarra (R.) y Venturini no están desacertados cuando afirman: “..la función punitiva es inconcebible si no se agrega (acumula) a la obligación principal” (Tratado, cit.p. 598). De igual manera Carnelli lo admite indicando que “...las partes pueden sustituir la función indemnizatoria legal de la cláusula penal para atribuirle un cometido de pena (y ello se verifica) cuando pacten la acumulación de la cláusula penal con el cumplimiento” (paréntesis nuestro) (La cláusula penal, cit. p.786).

³⁹ De Cores-Gamarra (R.) y Venturini recuerdan que en todo derecho punitivo rige la regla “nullum crimen, nulla poena sine previa lege poenale” que constituye un derecho garantista que resulta aplicable también al derecho civil (Tratado jurisprudencial y doctrinario, cit. p. 601) En igual sentido Gamarra, cit. p. 146)

⁴⁰ De Cores-Gamarra (R.) y Venturini, Tratado, cit. p.603. Marini, A. Clausola penale, en Enciclopedia Italiana Treccani, t. VI p. 1.

⁴¹ Porque agrava la situación del deudor, cfr. Cafaro, E. La cláusula penal en la promesa de enajenación, Revista AEU t. 54 Nos. 5-8 p. 129.

ha señalado el TAC 3o.⁴² Como consecuencia de esta interpretación restrictiva Kemelmajer sostiene que: a.) quien alega la cláusula debe probarla; b.) si fue pactada para un fin no puede ser aplicada a otro distinto; c.) en caso de dudosa redacción debe atenderse a la solución más favorable para el deudor⁴³.

Por lo que, la redacción de una cláusula penal que por ejemplo establezca que se pagará a título de pena “x” suma en caso de incumplimiento la que se abonará por toda indemnización de los perjuicios causados (o redacción similar), no hace otra cosa que concebir su función indemnizatoria. Se ha planteado la duda si este tipo de cláusula presenta uno u otro tipo de función. Pero, consideramos que éste no es el punto, porque esa redacción indica expresamente lo que manifiesta la ley en cuanto la cláusula siempre tiene naturaleza indemnizatoria (art 1367 inc. 1)⁴⁴. Lo que sí interesa, es cuando las partes la elevan al rango punitivo y acumulan esa cláusula con la obligación principal⁴⁵.

En virtud de todo cuanto viene de decirse, compartimos plenamente la sentencia del TAC 6º.cuando señala: “La falta de cumplimiento por una de las partes a cualquiera de las obligaciones pactadas facultará a la otra a exigir el pago de las sumas acordadas en concepto de pena y salvo los derechos a exigir el pago de daños y perjuicios que excedan a la pactada y el cumplimiento de las obligaciones pactadas en forma acumulativa”⁴⁶. La Sala no dudó en calificar ese cúmulo entre cláusula penal y la obligación principal (o con la ejecución forzada por equivalente) como una demostración de la función punitiva.

C.) La cláusula penal y la liquidación convencional y anticipada de daños y perjuicios.

a.) La diferencia respecto a la prueba del daño.

No es lo mismo esta cláusula penal con función indemnizatoria (art. 1367) que la liquidación convencional y anticipada de daños y perjuicios regulada en el art. 1347. Porque, esta última, si bien no requiere probar el “quantum debeatur” al tratarse de una

⁴² TAC 3º. sent. 198/2014 comentada por Blengio, J. La cláusula penal en el caso de los contratos “llave en mano”. Necesidad y prueba del pacto de acumulación en Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil t. III ps.205 y ss.

⁴³ Kemelmajer, A. La cláusula penal, cit. p. 22.

⁴⁴ Varias sentencias con apoyo en la doctrina anterior se han preocupado y con razón en interpretar si la redacción de determinada cláusula tiene función punitiva o resarcitoria; aunque consideramos que dado que la cláusula penal tiene función reparatoria por expreso mandato legal, se cierra un ciclo interpretativo porque lo que para a resultar relevante es el cúmulo como aspecto punitivo y no la cláusula penal considerada en sí misma (Véase por ej. sentencia TAC 4º. No. 58/2002 en ADCUt. XXXIII c.97)

⁴⁵ Una postura diferente fue la dictaminada por el TAC 1º. Cuando sostuvo que este tipo “..de cláusula penal pactada como multa expresando a continuación que será la única compensación por los daños que la falta de cumplimiento ocasiona es una estipulación compleja que debe interpretarse como una cláusula penal (punitiva) o una renuncia expresa a reclamar daños y perjuicios” (DJV t. III p.672 c.593)

⁴⁶ Sentencia TAC 6º. No. 320/2008 cit. por De Cores-Gamarra (R.) y Venturini, en Tratado cit. p.602

liquidación forfaitaire⁴⁷, necesita que el acreedor pruebe el daño causado⁴⁸ por el incumplimiento del deudor.

En cambio, la cláusula penal no prevé la necesidad ni de la prueba del perjuicio ni del monto acordado por las partes, atento a que se aplica automáticamente por el sólo hecho del incumplimiento (arts. 1363, 1367 y 1369)⁴⁹ y al decir de Bianca y de Roppo “es independiente de la prueba del daño”⁵⁰.

Esta es una diferencia relevante que no se había aclarado hasta el presente y que no resulta menor. Pero, la doctrina consideró que la cláusula penal con función indemnizatoria era igual a la liquidación convencional y anticipada de daños y perjuicios. Y como vemos, no es igual.

En la misma línea se pronuncia Berdaguer al señalar que “la pena se adeuda por el solo hecho del incumplimiento, se sanciona la conducta de incumplir en sí misma (...) sin imponerle al acreedor la carga de probar ni la existencia ni el monto del perjuicio”⁵¹.

Atento a cuanto viene de decirse, no compartimos la apreciación de la mayoría de la doctrina nacional que se ha abroquelado en sostener que si le conferimos función reparatoria, es lo mismo que sostener que se trata de una liquidación anticipada de daños y perjuicios regulada en el art. 1347⁵².

Si bien presenta igual estructura, contenido y función, la diferencia se encuentra en el régimen probatorio, por cuanto el art. 1347 regula una liquidación convencional donde se exige la prueba del perjuicio aunque no es necesario probar el monto del mismo. Pero, ello no ocurre en sede de cláusula penal donde las disposiciones citadas no exigen

⁴⁷ Corresponde aclarar como lo hacen Caffera y Berdaguer que las partes en general acuerdan el pago de una suma de dinero en carácter de cláusula penal, aunque la pena puede consistir en entregar una cosa distinta o en la renuncia de un derecho (Caffera, cit. p. 160 y Berdaguer, cit.).

⁴⁸ Cfr. Gamarra, J. Tratado t. XVIII p. 146. Peirano Facio, J. La cláusula, cit. p. 172. Berdaguer, J. Fundamentos, t. V p. 682. Caffera, G. Responsabilidad contractual, cit. p. 161.

⁴⁹ Cuando el art. 1367 inc. 1 nos dice que la cláusula penal “es la compensación” no sólo nos advierte que comprende el monto del daño sino también la misma existencia del daño. Por esa razón ni la doctrina que aboga por su función punitiva como reparatoria reclama la prueba del perjuicio. De igual manera cuando el art. 1363 señala que el deudor “se obliga a alguna pena” nos incluye implícitamente el an y el quantum debeatur. La norma de clausura es el art. 1369 cuando prescribe que “incurre en la pena estipulada el deudor que no cumple...” sin necesidad de prueba alguna. Cfr. Blengio, J. La cláusula penal, cit. ps. 33 y 34 En contra De Cores-Gamarra (R.)- Venturini, Tratado p. 598.

⁵⁰ Roppo, V. Il contratto, 2ª.ed.Milano 2011 p.927. También Trimarchi, P. Istituzione di diritto privato, 5ª.ed.p. 421 y 422, lo explica como “semplificazione probatoria”. En igual sentido Blengio, La cláusula penal, cit. p.34. Bianca, C.M. Diritto civile, cit. p. 246 y también Kemelmajer, en ob.cit. p. 13 donde el deudor debe probar la inexistencia del daño, como una inversión de la carga de la prueba. TAC 2º.en DJC t. Vip.796 c.600.

⁵¹ Berdaguer, J. Cláusula penal: teoría, jurisprudencia, actualización, en Doctrina y Jurisprudencia de derecho civil .t. IV p. 19. En igual sentido Blengio, cit. ps. 33 y 34.

⁵² Peirano Facio, cit.

ninguno de los dos requisitos, ni la prueba del “an debeat” ni del “quantum debeat”, lo que queda demostrado por la coherencia legislativa en la materia⁵³

b.) La diferencia respecto a la cuantía.

Peirano Facio, sostiene que según la doctrina francesa y en aplicación del art. 1367 la cláusula penal “no es sino una liquidación convencional anticipada de daños y perjuicios” aunque a su juicio – según vimos- está dispuesta a título de pena⁵⁴.

Se basa en dos argumentos, uno de carácter jurídico y otro práctico y concluye que si se tratara de una indemnización ésta, “por esencia, supone la equivalencia de lo que se paga por concepto de daños y perjuicio y el daño que se ha causado debe existir el mismo valor entre la indemnización y el daño causado (arts. 1551 y 397 CGP). “En tanto la pena supone que se pague algo más del monto del daño causado porque supone un castigo...”.

El planteo citado autor de quienes lo han seguido no se puede compartir.

Primero, porque el monto acordado por las partes en la liquidación convencional y anticipada de daños y perjuicios no necesariamente guarda una relación de equivalencia con el daño sufrido. La citada equivalencia podría constatarse si el acreedor promueve una demanda por daños y perjuicios en la que pretenda una reparación equivalente al daño sufrido. Pero en la liquidación anticipada, las partes convienen una suma determinada “**a priori**” y “**forfaitaire**” sin saber siquiera de manera aproximada cuál será realmente el daño patrimonial que generará el incumplimiento. Resulta por tanto, una suma “arbitraria” como subrayan Gamarra y Kemelmajer⁵⁵ por lo que jamás podrá ser equivalente.

En segundo término, no se sabe si esta supuesta equivalencia de la que nos habla Peirano Facio y la doctrina continuadora⁵⁶, alude al daño emergente o al lucro cesante o

⁵³ Para Magazzú, la diferencia se centra en una desigualreglamentación de la prueba del daño. Para este autor (conforme al código italiano) en la cláusula penal se invierte la prueba de daño que recae sobre el deudor quien debe probar la inexistencia del perjuicio (cit. p. 187). El Código Civil de Brasil sancionado en el año 2002 establece en su art. 416 “Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo”. En la misma línea el art. 1382 inc. 2CC Italiano y art. 794 Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina).

⁵⁴ Peirano Facio, J. Curso de Obligaciones t. III p. 192. Gamarra, J. Tratado de derecho civil uruguayo t. XVIII p. 139 Montevideo 1977. Berdagger, J. La cláusula penal, en Doctrina y Jurisprudencia de derecho civil, t. IV p. 21.

⁵⁵ Gamarra, J.TDCU t. XVIII cit. p.142. Kemelmajer, A. La cláusula penal, Buenos Aires 1981 p. 7 quien señala que “no es necesario que guarde equivalencia con los verdaderos perjuicios a producirse”.

⁵⁶ Ordoqui, G. La cláusula penal y otros medios compulsivos, Montevideo 2000 p. 34. El autor sostiene que “la naturaleza de la cláusula penal dependerá en definitiva de los montos, pues el valor dado a la pena, puede ser inferior o superior al daño. En el primer caso no habrá penal pues se concretará en la reparación del año. Si es superior que el perjuicio, entonces si cobra color la función punitiva”. En el mismo sentido se pronuncia Kemelmajer, Aída, La cláusula penal, Buenos Aires 1981 p. 10. También Carnelli, La cláusula penal, cit. p.786; Berdagger, La cláusula penal, cit. p. 693. Este criterio genera un efecto paralizante en el acreedor quien al desconocer el monto de los daños y perjuicios causados (que

incluso a la pérdida de la chance. Se trata entonces de una **solución artificiosa o imaginaria**, porque es muy probable - por no decir seguro - que nunca un acuerdo anticipado respecto a los daños guarde una relación de equivalencia o aún superior al daño sufrido.

En tercer lugar, el monto que las partes convengan respecto a la cláusula penal no puede determinar su título o función jurídica (su tipicidad o esencia), de manera que como pretende esa doctrina, es punitiva si implica una suma superior a la de los daños y perjuicios (cuyo monto desconocemos) y en cambio si es menor (que tampoco conocemos) debería calificarse por su función indemnizatoria del daño causado.

No resulta – a nuestro juicio- jurídicamente aceptable calificar si se trata de una pena o una indemnización de daños y perjuicios por el monto acordado. Pero ¿cuál es el monto mayor? No lo sabemos ¿y cuál es el menor?, tampoco. Para ello habría que tener por anticipado la intuición y saber con precisión cuál será el monto del perjuicio que una sentencia firme después de años de tramitación de un juicio habrá determinado. Luego de ello, se podría saber si la denominada cláusula penal tiene función indemnizatoria o punitiva.

Entonces, el acreedor que reclama judicialmente la condena al monto dispuesto por una cláusula penal deberá al mismo tiempo solicitar al Juez que determine el monto del daño emergente y el lucro cesante con la finalidad de comparar las dos cantidades y de esa manera (ex-post) poder definir si se trata de una pena o una indemnización. De esa manera, el juez al condenar por la cláusula penal una vez que haya discernido cuál es el mayor de las dos sumas, decidirá si es pena o indemnización. El simple planteo demuestra que el mismo es ajeno no solo a la estructura y función de la cláusula penal sino también al principio de razonabilidad.

De lo antes manifestado se concluye que el monto o valor dispuesto en una cláusula penal no puede determinar en modo alguno su naturaleza indemnizatoria o punitiva.

Con el agregado que realiza Roppo, en cuanto a que la cláusula penal no sólo puede jugar en interés del acreedor (quien siente reforzado su crédito) sino también en interés del deudor, quien verá limitada su “exposición resarcitoria” dado que si bien se presenta nominalmente como una pena, no obstante presenta como efecto ser una “limitante de la responsabilidad”⁵⁷.

5.- Consecuencias vinculadas a las funciones indemnizatoria o punitiva.

A.) En cuanto a la constitución en mora.

los fija un juez después de año de juicio) no sabrá lo que está reclamando si una pena o una indemnización con el riesgo que si se toma el camino procesal erróneo puede ver frustrada su pretensión.

⁵⁷ Roppo, V. Il contratto cit. p.928. Finalmente, un límite a su cuantía se presenta en sede de obligaciones dinerarias abarcadas por la ley 18.212 (Caffera, Responsabilidad, cit. p. 173)

La cláusula penal se torna exigible con el incumplimiento de la obligación principal (art. 1366)⁵⁸ La función indemnizatoria explica la necesidad de la constitución en mora en caso de incumplimiento temporal según lo requieren los arts. 1366 y 1368, porque “los daños y perjuicios solo se deben cuando el deudor ha caído en mora” (art.1341) o existe “demora en la ejecución” (art. 1342)⁵⁹.

En cambio, la pena en sí misma, por su naturaleza no requiere una previa invitación a cumplir (cuando la mora es por interpelación, art. 1336) porque la sanción es automática ni bien se produzca el no-cumplimiento, porque al decir de Trimarchi tiene una “función jurídica objetiva”⁶⁰. En general, el sistema punitivo civil no admite una invitación al cumplimiento, sino que opera si el hecho ilícito se produce⁶¹.

Sólo la naturaleza indemnizatoria puede explicar la necesidad de la previa constitución en mora respecto a la aplicación de la cláusula penal y ello se advierte en la compulsa de las disposiciones a la que antes aludimos como son los arts. 1341, 1342, 1336 y las demás que coinciden con la sistemática del código.

La constitución en mora constituye un presupuesto para el ingreso al incumplimiento temporal en sede de cláusula penal cuando la inejecución es absoluta o global, pero ello no resulta necesario cuando se trata de un caso de incumplimiento definitivo donde el acto y la situación de la mora carecen de relevancia, como lo ha enseñado el maestro Gamarra y los profesores Berdaguer, De Cores-Gamarra (R.) y Venturini y Kemelmajer⁶². Esto es así, porque la mora prevista en los arts 1366 y 1368 deben entenderse referidos sólo al incumplimiento temporal como sostienen los prestigiosos autores citados.

Si bien la mora explica la función indemnizatoria de la cláusula penal, debemos preguntarnos si el cúmulo entre la cláusula y la obligación principal (función punitiva) requiere o no constitución en mora, atento a que el sistema punitivo, en general, debería prescindir de la misma. Pero, como nuestro derecho positivo exige la constitución en mora en caso de incumplimiento temporal de la obligación principal (arts. 1336, 1341 y 1342) y también de la cláusula penal (art. 1366 y 1368), cuando el acreedor reclama el pacto expreso de la acumulación, a nuestro juicio la mora resulta necesaria.

B.) En cuanto a la pena por retardo.

La pena por retardo se diferencia de la pena general por incumplimiento temporal o definitivo de la obligación, en cuanto las partes la fijaron por determinada unidad de

⁵⁸ Berdaguer, J. Cláusula penal, cit. p. 20

⁵⁹ De Cores, C. Perspectiva de la jurisprudencia sobre el incumplimiento contractual, en ADCU t. XX ps. 307 y ss.

⁶⁰ Trimarchi, V. Clausule penale, cit. p.351.

⁶¹ Art. 374 del CGP. Berdaguer, Fundamentos t. V cit. ps. 741 y ss.

⁶² Gamarra, J. Responsabilidad contractual, cit. p. 311. De Cores-Gamarra (R.)-Venturini, Tratado cit. p.605. Berdaguer, J Fundamentos t. V p.710. Kemelmajer, A.cit. p. 200.

tiempo (ej. por cada día o mes de atraso)⁶³. Así, el TAC 4º. señaló que “Deben entenderse como típicas cláusulas penales por retardo aquellas previsiones contractuales que prevén obligación de pagar una suma de dinero por determinada unidad temporal mientras dure el incumplimiento...”⁶⁴.

No existe divergencia sino uniformidad en nuestra jurisprudencia y doctrina en el sentido de admitir el cúmulo entre la cláusula penal por retardo y la ejecución forzada específica como lo destaca Blengio⁶⁵ sin necesidad de pacto expreso⁶⁶.

Aunque entendemos, que el problema ni siquiera debió plantearse, atento a que la pena por retardo no requiere que el cúmulo se establezca expresamente, dado que **la cláusula penal sólo comprende a los daños “compensatorios”** como lo señala el art. 1367 inc. 1 y no así la pena por retardo, la que puede acumularse sin necesidad de pacto expreso, aunque debe surgir claramente de la cláusula, que se aplica en esa situación⁶⁷.

El problema debió ser otro. Quienes le adjudicaron un título punitivo a la cláusula penal por retardo no la debieron haber admitido porque la pena privada requiere un texto legal expreso⁶⁸ y el único texto expreso se halla vinculado con la cláusula penal general o global en caso de incumplimiento de la obligación principal (a diferencia del derecho italiano que expresamente lo prevé-art. 1382). El punto se soluciona si le conferimos a la cláusula naturaleza indemnizatoria, atento a que las partes pueden acordar libremente una sanción resarcitoria en caso que consideren encontrarse frente a la existencia de un perjuicio.

C.) En la cuanto al prorrateo de la cláusula penal.

El TAC 5º. dictaminó que “no puede soslayarse que del tenor literal del art. 1370 (“la pena se pagará a prorrata por lo no ejecutado”) se infiere por su inteligencia clara que se no se trata de una mera facultad que el Juez puede o no ejercitar discrecionalmente, sino de una solución legal a la cuestión litigiosa de la dimensión económica de la pena, vinculada en la previsión normativa a la entidad del incumplimiento contractual”⁶⁹.

Carnelli, quien fue el anotador de la referida sentencia, sostuvo la importancia de “la regla de la proporcionalidad de la sanción a la entidad del incumplimiento (...) es la consagración legal de una pauta axiológica (...) que en el ámbito privado es expresión

⁶³ Berdaguer, Fundamentos de derecho civil t. V cit. p.701. Kemelmajer advierte que este tipo de pena por retardo o moratoria como la denomina debe aplicarse no sólo a la ejecución tardía, sino a la irregular, parcial o defectuosa (cit. p. 162).

⁶⁴ TAC 4º. En ADCU t. XXXIIc.135

⁶⁵ Blengio, J. La cláusula penal en los contratos llave en mano, cit. p. 206

⁶⁶ TAC 4º.en DJC t. VII ps.690 y 691c.532

⁶⁷ Trimarchi, V. Clausole penale, cit. p. 352. Según menciona Kemelmajer esta es la opinión de Mazeaud-Tunc y de Demogue, ob. cit. p. 96.

⁶⁸ En este sentido el Prof. Berdaguer entiende que “...el principio de la “nulla poena sine lege” impide que las penas privadas ingresen al derecho uruguayo si antes no es sancionada una ley especial que en cada caso concreto las consagre” (Fundamentos, t. V cit. p.754)

⁶⁹ TAC 5º.sentencia No. 22 de 3/3/1999 citda en ADCU t. XXX ps.777 y ss.

del favor debitoris”⁷⁰. Agregando la doctrina italiana, que la autorregulación de la pena por las partes encuentra un límite derivado del principio de adecuación o proporcionalidad de la sanción⁷¹.

Pues, subraya Caffera, “si uno sostiene que esta tiene una función punitiva es lógico que la pena sea proporcional a la entidad del ilícito, cosa que no ocurriría si la pena tuviera una función resarcitoria...”. En la misma línea se pronuncia Labat⁷².

La doctrina que viene de citarse acepta en general la proporcionalidad de la cláusula penal con función punitiva - no resarcitoria - acompañada de gran parte de la jurisprudencia.

Pero, el título que ostenta nuestra cláusula penal es resarcitorio y no punitivo quedando por tanto excluida la aplicación del principio de proporcionalidad, porque siendo por naturaleza similar a la liquidación convencional y anticipada (art. 1347) “no puede darse en su lugar una cantidad ni mayor ni menor”⁷³. Además, el juez carece de facultades para aumentar o reducir el monto del perjuicio causado al acreedor el cual debe ser reparado conforme al principio de la reparación integral del daño (arts. 1323, 1345 y 1346).

Sólo puede admitirse entonces el prorrateo o la reducción de la pena en caso de cúmulo entre cláusula penal y obligación principal, o de cláusula penal con ejecución forzada por equivalente o con la resolución del contrato con daños y perjuicios, porque en tales casos se encuentra la típica función punitiva que explica nuestro derecho positivo.⁷⁴

En esas situaciones rige el principio de proporcionalidad, con la salvedad respecto a la resolución del contrato donde parte de la doctrina y la jurisprudencia no admiten el prorrateo⁷⁵.

⁷⁰ Carnelli, S. La cláusula penal, cit. p.786

⁷¹ Marini, A. Clausole penale, cit. p. 6. Señala este autor que la aplicación de este principio opera no sólo en caso de incumplimiento parcial sino también cuando el monto es manifiestamente excesivo.

⁷² Caffera, G. Responsabilidad contractual, cit. p. 172 quien agrega que “el principio de proporcionalidad del castigo, es un principio típico de la esfera punitiva y no tendría sentido si se trata de resarcir..” Labat, I., Liquidación convencional de daños, cit. p. 232.

⁷³ Corresponde no olvidar, que la diferencia se encuentra el régimen probatorio donde en la liquidación anticipada es necesario probar el perjuicio, pero no así en la cláusula penal. La sanción punitiva que genera el cúmulo entre cláusula penal y obligación principal es de excepción y también lo es su reducción proporcional, típica o propia de la pena pero no del resarcimiento.

⁷⁴ En este aspecto existe un punto de vista diferente entre los autores del presente. Lo expresado en el texto es la opinión de Larrañaga. En cambio Mantero Mauri piensa que si bien esa tesis guarda coherencia con lo establecido en los artículos analizados (1367 y 1366) en torno a la asignación de función resarcitoria a la pena, en la medida que el art. 1370 no hace distinción alguna en cuanto al supuesto del prorrateo, éste cabe en todos los casos, aun en los que no se pactó el cumulo. En los casos que el cúmulo pactado sea con los daños y perjuicios, naturalmente lo prorrateado será la “pena”, no los daños y perjuicios probados.

⁷⁵ Gamarra, J. Tratado de derecho civil uruguayo, t. IV 4ª.ed.actualizada, ps. 286 a 289 Montevideo 2001.

D.) En cuanto a la acumulación con la ejecución forzada por equivalente y a resolución del contrato con daños y perjuicios.

a.) Sería innecesario el pacto expreso para cúmulo con los daños y perjuicios.

Dice el Prof. Jaime Berdaguer que si bien el legislador previó la acumulación entre la cláusula penal y la obligación principal, no lo hizo de igual manera respecto al cúmulo: (i) entre cláusula penal y ejecución forzada por equivalente, (ii) ni entre la cláusula penal con la resolución del contrato bilateral y los daños y perjuicios⁷⁶.

A juicio de Berdaguer, el cúmulo antes mencionado, no requiere pacto expreso, porque la norma no lo prevé y siguiendo la teoría general del derecho “salvo norma legal en contrario (la cual aquí no existe) la pena es siempre acumulable a los daños y perjuicios”⁷⁷.

b.) La necesidad del pacto expreso.

Consideramos, en cambio, que el pacto expreso es necesario. A juicio del legislador la teoría de la “perpetuatio obligationem” importa que la obligación principal continúa aunque varía de objeto, en lugar de la prestación principal se debe el precio y los daños y perjuicios. Atento a ello, no resulta necesario que el art. 1367 inc. 2 diga caso a caso cuando se acumula y cuando no, dado que si lo manifestó expresamente para la obligación principal (ejecución forzada específica) se deviene por sí solo, que también resulta aplicable a situaciones donde simplemente se reclaman daños y perjuicios por incumplimiento de aquella obligación principal.

Además, si como la doctrina mayoritaria sostiene, que la cláusula penal es una garantía (“asegura el cumplimiento de la obligación”) esa garantía pervive o “se extiende a la obligación indemnizatoria” como enseña el maestro Gamarra⁷⁸. Por lo que, cuando la ley exige el pacto expreso sobre el cúmulo entre la cláusula penal y la obligación principal, resulta un “sequitur quod” que obviamente el acuerdo expreso se requiere tanto para la ejecución forzada por equivalente como para la resolución con daños y perjuicios. Se aplica en todos estos casos un principio de coherencia normativa.

El cúmulo, no es otra cosa que una delegación normativa a los particulares donde la ley autoriza a las partes a convenir la aplicación de una pena civil **siempre que se pacte expresamente el cúmulo** entre: a.) cláusula penal y obligación principal; b.) cláusula penal con la ejecución forzada por equivalente; y, c) cláusula penal con resolución del contrato más daños y perjuicios. La función punitiva consiste justamente en esta acumulación.

⁷⁶ Berdaguer, J. La cláusula penal, cit. ps. 23 y 24. En el mismo sentido se pronunció el TAC 7º. en DJC t. VI p. 793 c. 69

⁷⁷ Berdaguer, J. La cláusula penal, cit. p. 24, quien cita en su apoyo a Gamarra y Cafaro.

⁷⁸ Gamarra, J. Responsabilidad contractual, t. I p. 300.

Y, resulta ajeno al principio de razonabilidad exigir el acuerdo expreso en una situación mayor como lo es en caso de incumplimiento de la obligación principal y negarlo cuando el incumplimiento genera perjuicios al acreedor derivados justamente del incumplimiento de esa obligación principal. Sí el pacto debe ser expreso en la acumulación con la obligación principal, el daño causado por el incumplimiento a dicha obligación, debe exigir igualmente – por un principio de coherencia- el acuerdo expreso.