
LA CLÁUSULA PENAL MORATORIA

Su aplicación en los contratos de construcción

APARICIO HOWARD

1. INTRODUCCIÓN

El encargo de una obra por parte de un comitente suele estar vinculado con una necesidad habitacional, comercial o industrial; por ello, en la mayoría de los casos existe cierta urgencia en su ocupación o, por lo menos, una pretensión de certeza respecto del momento de la entrega, a efectos de organización y planificación. Por tales motivos, en los contratos de construcción es habitual que las partes (comitente y constructor) acuerden un plazo para iniciar, ejecutar y entregar la obra (el edificio); mientras que, a falta de estipulación, se entiende que la obra debe ser ejecutada en el tiempo razonable o necesario y, en caso de discrepancia, su determinación corresponde al Juez¹.

Con el objetivo de reforzar el derecho del comitente a recibir la obra en el plazo acordado, es de estilo que en este tipo de contratos se pacten penalidades económicas destinadas a incentivar el cumplimiento y a castigar el eventual atraso del constructor en la terminación y entrega de la obra². En este sentido, la cláusula

penal moratoria (también llamada «por retardo») es aquella en virtud de la cual las partes acuerdan que, para el caso de verificarse un atraso injustificado del constructor en terminar y entregar la obra en el plazo pactado, este deberá pagar una determinada suma por día, semana o mes³. Si bien se trata de una

video, 2016, pág. 19). CAFFERA, por su parte, manifestó que el sentido de la cláusula penal es “disuadir del incumplimiento, prevenir al deudor para que evite el incumplimiento, generarle una presión psicológica adicional para motivarlo a cumplir” (*Responsabilidad contractual*, 2da ed., FCU, Montevideo, 2012, pág. 161).

³ A nivel de la doctrina uruguaya, GAMARRA definió la cláusula penal por retardo como “aquella que prevé la obligación de pagar una determinada suma de dinero por cada unidad temporal elegida (día, mes, etc.), mientras dure el incumplimiento” (*Responsabilidad contractual*, T. I, *El incumplimiento*, FCU, Montevideo, 2004, pág. 313). Definición que ha sido seguida por la jurisprudencia nacional, véase: Sentencia N° 51/2016, de 27 de abril, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er Turno, *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, T. V, caso 509, FCU, Montevideo, 2017, pág. 640; Sentencia N° 123/2007, de 13 de junio, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er Turno, publicada en la Base de Jurisprudencia Nacional Pública del Poder Judicial; Sentencia N° 163/2001, de 16 de julio, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXXII, c. 138, FCU, Montevideo, 2002, págs. 78 - 79; entre otras. En la doctrina española, FELIU REY entendió que la pena moratoria es la “prevista para el supuesto de retraso en el cumplimiento de la obligación que garantiza, típico en el sector de la construcción y en algunos contratos bancarios, ya que lo que se pretende es el cumplimiento en el plazo pactado, estableciéndose, normalmente, penas pecuniarias por cada día de retraso” (“Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo”, *Anuario de Derecho Civil*, T. LXVII, 2014, fasc. I, pág. 186). Por su parte, ARANA DE LA FUENTE sostuvo que se habla de pena moratoria “cuando la lesión del derecho de crédito, a la que las partes subordinan la exigencia de la pena convencional, es el retraso en el cumplimiento de la obligación principal. A través de la pena moratoria se protege el interés del

¹ SÁNCHEZ FONTÁNS, *El contrato de construcción*, T. I, ed. Martín Bianchi Altuna, Montevideo, 1953, pág. 288. En la misma línea, la doctrina española señaló que “ante la ausencia de un plazo, la obra debe realizarse en un tiempo razonable teniendo en cuenta su naturaleza y sus circunstancias. Claro está que la apreciación de ese «tiempo razonable» en caso de controversia deberá ser concretado por el Juez” (DE LUCAS FERNÁNDEZ, “Resolución, cláusula penal y desistimiento en el contrato de obra”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, coord. Cabanillas Sánchez, vol. 2, ed. Civitas, 2002, pág. 2319).

² En este sentido, BERDAGUER indicó que la cláusula penal en el Derecho uruguayo cumple -principalmente- una doble función: por un lado, la función coercitiva-punitiva, que procura castigar el incumplimiento de la obligación por parte del deudor; y, por el otro, la función de garantía, que pretende asegurar el cumplimiento de la obligación por el deudor (“Cláusula penal. Teoría, jurisprudencia, actualización”, *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, T. IV, FCU, Monte-

modalidad de cláusula penal no contemplada expresamente por el Código civil, es una figura plenamente admitida por la jurisprudencia y la doctrina⁴.

La principal ventaja para el comitente al estipular este tipo de penas, radica en que se exime de tener que producir la difícil prueba de la existencia (*an debeat*) y cuantía (*quantum debeat*) de los daños y perjuicios causados por la demora del constructor en cumplir con su obligación⁵. De ahí que si se pactó una penalidad por cada día de atraso en la entrega de la obra, la penalidad debida por el constructor se obtendrá de multiplicar la suma pactada en concepto de pena por la demora efectivamente incurrida por el constructor.

Además, si la pena por retardo es debidamente pactada y cuantificada, producirá un importante efecto disuasorio sobre el constructor, en tanto que este se verá motivado a entregar la obra en el tiempo acordado, antes de tener que soportar el pago de la pena. En esta línea, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno destacó que “las sumas que se estipulan para casos de inexecución por retardo son, de ordinario, muy gravosas porque ello justifica su razón de ser: la de constreñir al deudor al cumplimiento de lo acordado”⁶.

acreedor en un cumplimiento tempestivo, temporalmente exacto, de la obligación principal” (“La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria”, *Anuario de Derecho Civil*, T. LXII, 2009, fasc. IV, pág. 1648).

⁴ Otras codificaciones, como, por ejemplo, el Código civil italiano y el Código civil y comercial argentino, refieren expresamente a la modalidad en estudio. Así, el art. 1382, inc. 1º, del *Codice* establece que: «La cláusula por la que se convenga que en caso de incumplimiento o de retardo en el cumplimiento, uno de los contratantes quedará obligado a efectuar una determinada prestación, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a la prestación prometida, si no se hubiera convenido la resarcibilidad del daño ulterior». Por su parte, el art. 790 del Código civil y comercial argentino dispone que: «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».

⁵ En este sentido, SÁNCHEZ FONTÁNS señaló como uno de los efectos de la cláusula penal que “establece de antemano el monto de los perjuicios, que, si no fuera por ella, constituiría una prueba difícil para el comitente” (*ob. cit.*, T. II, pág. 113).

⁶ Sentencia N° 93/2012, de 13 de junio, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno, *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, T. I, caso 422, FCU,

Ahora bien, bajo el ordenamiento jurídico uruguayo, para que se pueda exigir la pena por retardo no es suficiente que el constructor no haya cumplido con la obligación de entregar la obra en el plazo pactado, sino que –además– se requiere que el constructor haya sido constituido en mora, tal como se desprende de los arts. 1366 y 1368 del Código civil⁷. De todos modos, es necesario agregar que en los contratos de construcción es habitual que se pacte la comúnmente llamada «mora automática» (o por efecto de la convención, según la terminología del art. 1336 del Código), por lo que el incumplimiento se verifica de pleno derecho, sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial, por el solo cumplimiento del plazo acordado para la conclusión y entrega de la obra⁸. Lógicamente, una vez que el constructor ha sido constituido en mora, la pena por retardo se seguirá generando hasta tanto este

Montevideo, 2013, pág. 501. Por su parte, BLENGIO expresó que “si al pactarse la pena para algo se tienen en cuenta los perjuicios que el incumplimiento le ocasiona al acreedor, es para que su monto tenga una entidad que sea mayor a ellos, a fin de que la aflicción que conlleva tenga un carácter disuasivo-preventivo y sea realmente un castigo para el deudor si el incumplimiento se produce igualmente” (“La cláusula penal. Una figura problemática. Primera parte”, *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, T. III, FCU, Montevideo, 2015, pág. 33).

⁷ Aspecto que ha sido reiterado por la doctrina nacional, véase por todos: BERDAGUER, *ob. cit.*, págs. 26 – 27; GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XVIII, 2da ed., FCU, Montevideo, 1980, pág. 158.

⁸ En relación con el Derecho español, ARANA DE LA FUENTE destacó que la doctrina y la jurisprudencia consideran que “en este tipo de obligaciones, la mora se produce de forma automática, aunque la obligación no esté sometida a término esencial ni exista un pacto expreso de las partes al respecto (art. 1100-2.º CC). El mero hecho de asegurar una obligación mediante una pena moratoria es suficiente para considerar que existe un «pacto» tácito o implícito de mora automática, por el que las partes excluyen la necesidad de interpelación del acreedor al deudor. Se entiende que, establecida una fecha para que la cláusula penal opere, hay que presumir que los contratantes quisieron marcar un plazo automático de constitución en mora a partir del cual se aplica la pena, precisamente porque desde ese instante dicha pena es exigible” (*ob. cit.*, págs. 1653 - 1654). En la misma línea se pronuncia DÍAZ ALABART, quien expresa que “pactar una pena por el retraso ya implica la voluntad de que la mora sea automática” (*La cláusula penal*, ed. Reus, Madrid, 2011, pág. 234).

cumpla con la entrega de la obra al comitente o hasta que este promueva la demanda de resolución del contrato de construcción⁹.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL INSTITUTO EN ESTUDIO

En esta materia, constituye una cuestión recurrente procurar identificar la naturaleza jurídica del instituto en análisis; más concretamente, precisar si se está ante una verdadera cláusula penal (arts. 1363 a 1374) o una liquidación anticipada de los daños y perjuicios (art. 1347). Si bien se trata de institutos que poseen ciertas semejanzas y, todavía, el Código fomenta cierta confusión (como puede verse en el art. 1367); lo cierto es que se trata de figuras jurídicas con diferencias sustanciales¹⁰. Precisamente, una diferencia significativa reside en que la liquidación anticipada de los daños y perjuicios exonera al acreedor de demostrar la cuantía del daño, pero no lo exime de probar la existencia de este. En cambio, la cláusula penal es independiente del daño y, por consiguiente, el acreedor tiene derecho a cobrar la pena por el mero incumplimiento de la obligación, sin tener que acreditar siquiera que ha sufrido un daño (y, todavía menos, su monto).

En lo que refiere a la cláusula penal moratoria, parece preferible entender que se trata de una verdadera cláusula penal y no de una liquidación anticipada de los daños y perjuicios. El fundamento de esta posición se encuentra en que para pretender el pago de la penalidad por retardo, no se le exige al comitente que acredite haber sufrido un daño por el atraso del constructor, sino que la obligación de pagar la penalidad deriva del propio incumplimiento de entregar la obra, de manera independiente a la existencia de un perjuicio.

No obstante, si bien las penalidades por retardo son auténticas cláusulas penales, su

estipulación sustituye –en principio– los daños y perjuicios ocasionados por el atraso en la entrega de la obra (pena sustitutiva); aunque, nada impide que los contratantes –al amparo del principio de la autonomía de la voluntad– acuerden que se trata de una pena que se acumulará a los daños y perjuicios que efectivamente cause la demora (pena acumulativa)¹¹.

3. LOS ATRASOS NO IMPUTABLES AL CONSTRUCTOR Y LAS PENAS MORATORIAS

Es necesario dilucidar si el constructor que se demoró en la terminación y entrega de la obra por causas que no le son imputables, debe igualmente pagar la penalidad pactada para el retardo.

El problema se ha planteado bajo el Derecho uruguayo, debido a que el art. 1369 del Código dispone que: «Incurrir en la pena estipulada el deudor que no cumple dentro del tiempo debido, aun cuando la falta de cumplimiento provenga de justas causas que le hayan imposibilitado de verificarlo».

Con base en la citada disposición legal, GAMARRA expresó que “la cláusula penal uruguaya, además de su función punitiva, incluye a mi juicio una *garantía por riesgos*; esto es, agrega una nueva función que nada tiene

⁹ En tanto que “luego de interpuesta la demanda de resolución está vedado el cumplimiento tardío; no cabe sancionar porque no cumple a un deudor al cual no le está permitido realizar la prestación” (GAMARRA, *Responsabilidad contractual*, ob. cit., T. I, pág. 315).

¹⁰ Sobre las principales semejanzas y diferencias entre la cláusula penal y la liquidación anticipada de los daños y perjuicios, véase: BERDAGUER, ob. cit., págs. 20 – 21; GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, ob. cit., T. XVIII, págs. 145 – 146.

¹¹ En este sentido, en la doctrina española, ARANA DE LA FUENTE expresó que “la pena moratoria cumple una función sustitutiva y liquidatoria de la indemnización de daños y perjuicios derivados del retraso” (ob. cit., pág. 1649). En igual sentido, DE LUCAS FERNÁNDEZ señaló que mediante este tipo de cláusula penal “se sustituye la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento en el plazo pactado, o de la mora por una cantidad que el contratista debe pagar al comitente generalmente una cantidad fija por cada día de retraso” (ob. cit., pág. 2320). Véase también: DÍAZ ALABART, ob. cit., pág. 229; FELIU REY, ob. cit., pág. 187. A pesar de lo expuesto, es importante resaltar que a nivel de la doctrina nacional, GAMARRA entendió que el deudor debe la multa y, además, los daños y perjuicios moratorios. En concreto, el autor citado expresó que: “además de la obligación de indemnizar los perjuicios moratorios (cuya fuente se encuentra en el art. 1342), el deudor está obligado al pago de la multa (con fuente en el art. 1363). En un caso se sanciona el daño que padece el acreedor por la demora; en el otro se coacciona al deudor para que realice el cumplimiento tempestivamente, bajo la amenaza de una pena” (*Responsabilidad contractual*, ob. cit., T. I, pág. 316). En el mismo sentido, véase: BERDAGUER, ob. cit., págs. 24-25.

que ver con la pena. El acreedor se asegura todavía más eficazmente, ya que la prestación a título de cláusula penal se debe no sólo por incumplimiento, sino también en situaciones que propiamente no pueden calificarse de tales (casos de extinción de la obligación por imposibilidad superviniente)¹².

En esta línea, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno manifestó que: "Resulta de aplicación al caso, en lo que respecta a la cláusula penal, lo que dispone el art. 1369 inc. 1º del C.C. Aun cuando se hubiese logrado acreditar las eximentes alegadas -lo cual no ocurrió en el caso-, el deudor no puede eximirse alegando ausencia de culpa, ni tampoco invocando la existencia de caso fortuito o fuerza mayor, lo que establece una diferencia esencial entre la cláusula penal y la liquidación de los daños y perjuicios, puesto que estos se deben únicamente si el incumplimiento es imputable (cf. Gamarra, Jorge, T.D.C.U., T. XVIII, 1a. Edición, 1977, pág. 153)"¹³.

CARNELLI, por su parte, entendió que la expresión «justas causas» empleada por el art. 1369, inc. 1º, del Código, alude a la culpa del deudor, no a la causa extraña no imputable¹⁴. En consecuencia, de acuerdo a esta interpretación, el deudor no se exime de la pena por su ausencia de culpa, pero sí se encuentra exonerado de pagar la penalidad cuando la falta de cumplimiento de la obligación se debió a una causa extraña no imputable (caso fortuito, fuerza mayor, hecho del tercero, hecho del acreedor, vicio de la cosa). Una interpretación similar adoptó BERDAGUER¹⁵.

En el ámbito del Derecho de la construcción, SÁNCHEZ FONTÁNS entendió que la cláusula penal "obliga al constructor a satisfacerla aun en el caso de que el incumplimiento provenga de *justas causas*. No puede por consiguiente el constructor liberarse del pago de

la cláusula penal, alegando el caso fortuito o la fuerza mayor, a menos que ello se hubiere pactado expresamente. Pero puede invocar el incumplimiento de las obligaciones del comitente o las modificaciones introducidas en los plazos contractuales"¹⁶.

Entonces, si bien bajo la regulación del Código civil uruguayo resulta discutible si la pena se debe cuando la falta de cumplimiento de la obligación estuvo causada por un evento que puede calificarse como caso fortuito, fuerza mayor o hecho del tercero, lo que no se puede cuestionar es que su pago no procede cuando la falta de cumplimiento es imputable al acreedor.

Sin perjuicio de lo anterior, en los contratos de construcción es de estilo que las partes -al amparo del principio de la autonomía de la voluntad- acuerden expresamente excluir el pago de la pena, cuando el retraso del constructor en ejecutar y concluir la obra se debió a causas que no le son imputables¹⁷.

¹² GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, ob. cit., T. XVIII, págs. 144 - 145.

¹³ Sentencia N° 284/2010, 22 de noviembre, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno. Misma posición sostiene el citado Tribunal en Sentencia N° 364/2008, de 3 de diciembre, ambas publicadas en la Base de Jurisprudencia Nacional Pública del Poder Judicial.

¹⁴ CARNELLI, "La cláusula penal", *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXX, FCU, Montevideo, 2000, págs. 788 - 789.

¹⁵ BERDAGUER, ob. cit., págs. 28 - 29.

¹⁶ SÁNCHEZ FONTÁNS, ob. cit., T. II, pág. 113. Aunque, cabe destacar que a nivel de Derecho comparado, la solución es generalmente la opuesta. Así, en relación al Derecho español, DEL ARCO TORRES - PONS GONZÁLEZ expresaron que: "No tendrá aplicación la cláusula penal cuando el retraso obedezca a causas de fuerza mayor o sea imputables al promotor" (*Derecho de la construcción*, 8ª ed., ed. Comares, Granada, 2010, pág. 389). Por su parte, DE LUCAS FERNÁNDEZ indicó que "no se produce la mora, entre otros casos, si el retraso no es imputable al contratista, expresión en la que comprendemos entre otros todos los supuestos en que se adviera como imposible la ejecución de la obra en el plazo convenido" (ob. cit., pág. 2320). En el Derecho argentino, SPOTA manifestó que "resulta improcedente la aplicación de la multa cuando el incumplimiento contractual (se trata del incumplimiento de los trabajos en el plazo pactado, es decir, de su ejecución pero con mora) se debe a un evento fortuito, si el obligado no se hizo cargo de él" (*Tratado de locación de obra*, T. II, 3ª ed., ed. Depalma, Buenos Aires, 1976, pág. 106).

¹⁷ La Suprema Corte de Justicia manifestó que la función de garantía es un elemento natural de la cláusula penal, por consiguiente, puede "ser dejada de lado si es que las partes así lo acuerdan, conforme con el principio de la autonomía de la voluntad que prevalece en nuestro sistema positivo. Y ello es lo que ocurrió en el caso, la mencionada cláusula Décima excluyó la consecuencia punitiva cuando el retardo obedeciera a causas no imputables al deudor" (Sentencia N° 68/1992, de 16 de diciembre, publicada en la Base de Jurisprudencia Nacional Pública del Poder Judicial).

4. LA MODERACIÓN DE LAS CLÁUSULAS PENALES POR RETARDO

Una de las cuestiones más discutidas a nivel de la cláusula penal por retardo, es si esta es factible de moderación judicial, en virtud de lo dispuesto por el art. 1370 del Código. La disposición citada establece que: «Cuando la obligación principal se haya cumplido en parte, la pena se pagará a prorrata por lo no ejecutado».

Al respecto, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno entendió que la moderación prevista por el art. 1370 del Código civil no es aplicable a la pena moratoria. En este sentido, el Tribunal expresó que: “En cuanto a la aplicación de lo que dispone el art. 1370 del C.C., el agravio no es de recibo. Se coincide plenamente con la posición adoptada por la Sra. Juez “a quo” en el sentido de que no se pactó una multa global, sino una multa diaria, lo que impide absolutamente la configuración de una hipótesis que conduzca al prorrato de la multa”¹⁸.

En la misma línea, a nivel de la doctrina nacional, BERDAGUER expresó que cuando se haya estipulado una pena por retardo “no caben dudas de que se aplicará la pena (sin descuento de especie alguna) por cada día que haya durado el retardo”¹⁹. También CARNELLI manifestó que “es inconcebible que el Juez pueda prorratar una cláusula penal que sancione el retardo del deudor en cumplir. Tal conclusión corresponde a la cláusula penal cuya función punitiva esté dirigida a sancionar el cumplimiento intempestivo, o incumplimiento temporal, es decir, que se haya pactado una pena por retardo”²⁰.

La razón por la cual la cláusula penal moratoria, de regla, no es susceptible de la moderación prevista por el art. 1370 del Código, es porque el incumplimiento contemplado al pactar la pena se verifica en su totalidad y no de manera parcial²¹. Por lo tanto, si se pactó que

por cada día de atraso en la entrega de la obra se pagaría una determinada suma en concepto de pena, el efectivo transcurso de cada día sin la entrega de la obra equivale al incumplimiento total de la obligación contemplada por la cláusula penal y, por ende, la pena debe de ser pagada en su integridad.

Como excepción, cuando la prestación debida por el constructor es divisible y el cumplimiento parcial de la prestación satisface el interés del comitente (por ejemplo, entregó 4 de las 10 viviendas prometidas), la moderación proporcional de la pena ha llegado a ser admitida²². Pero, se trata de supuestos sumamente excepcionales, dado que el incumplimiento contemplado por la pena moratoria -de regla- se verifica en su totalidad y no de manera parcial.

5. INCIDENCIA DE LOS TRABAJOS ADICIONALES SOBRE LAS CLÁUSULAS PENALES POR RETARDO. CÚMULO ENTRE LA PENA POR RETARDO Y LA EJECUCIÓN FORZADA ESPECÍFICA. INCUMPLIMIENTO DE PARTE DEL COMITENTE. RENUNCIA AL COBRO DE LA PENA.

Durante la ejecución de una obra es frecuente que se soliciten trabajos suplementarios o adicionales a los previstos en el proyecto inicial, por ende, es necesario analizar cómo incide la incorporación de estas modificaciones o ampliaciones en la cláusula penal. La solución correcta es entender que, a pesar de la incorporación de modificaciones o ampliaciones en la obra, el pacto relativo a la cláusula penal continúa vigente, pero es necesario determinar el nuevo plazo en que el constructor deberá entregar la obra. De esta forma, el construc-

Civitas de Jurisprudencia Civil, N° 46, ed. Civitas, 1998, pág. 369; ARANA DE LA FUENTE, *ob. cit.*, págs. 1655 - 1656; MARTÍNEZ MAS, *La Cláusula Penal en el Contrato de Obra*, ed. Escuela de Negocios DAR, Las Palmas de Gran Canarias, 2005, pág. 116.

²² En este sentido, en relación al Derecho español, ARANA DE LA FUENTE trae a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1991, en la cual el Tribunal Supremo moderó la pena moratoria porque el contratista que estaba obligado a entregar 30 viviendas, entregó 10 dentro del plazo pactado (*ob. cit.*, págs. 1655 - 1656).

¹⁸ Sentencia N° 284/2010, de 22 de noviembre, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno, publicada en la Base de Jurisprudencia Nacional Pública del Poder Judicial.

¹⁹ BERDAGUER, *ob. cit.*, pág. 31.

²⁰ CARNELLI, *ob. cit.*, pág. 799.

²¹ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, “Comentario a la Sentencia de 29 de noviembre de 1997”, *Cuadernos*

tor no habrá de pagar la penalidad por el mayor tiempo que implique la ejecución de los trabajos adicionales, pero sí deberá la pena por las demoras que no guarden relación con la ejecución de estos trabajos suplementarios. Ello por cuanto la solicitud de trabajos adicionales o suplementarios conlleva una prórroga tácita del plazo originalmente pactado para la ejecución y entrega de la obra, pero no implica una derogación de las penalidades pactadas por las partes²³. Adicionalmente, como bien destaca la doctrina española, dejar sin efecto la penalidad pactada por la existencia de una modificación o ampliación en la obra, implicaría prescindir del incentivo que significa para el constructor el cumplir con la entrega de la obra en plazo, antes de verse sujeto al pago de la cláusula penal²⁴.

En lo que refiere al cúmulo entre la pena y el cumplimiento forzado de la obligación, el art. 1367, inc. 2º, del Código, dispone que: «No puede, pues, pedir a la vez la obligación principal y la pena, a no ser que se haya así pactado expresamente». En virtud de la disposición citada, la doctrina nacional entendió que para poder exigir conjuntamente la pena general y la ejecución forzada específica, se requiere pacto expreso²⁵. Sin embargo, en lo que refiere a la cláusula penal por retardo, acertadamente se ha considerado que, a pesar de que no exista pacto expreso, procede el cúmulo entre la pena (por retardo) y la ejecución forzada específica de la obligación²⁶. Por consiguiente, el comi-

tente bien puede exigir al constructor el pago de la pena generada y la entrega de la obra en las condiciones pactadas en el contrato.

Por otra parte, puede observarse que la jurisprudencia nacional ha requerido al comitente, como presupuesto para que pueda exigir el pago de la pena, que haya cumplido con las obligaciones puestas a su cargo. En este sentido, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno manifestó que la imposición de la multa solicitada por la parte demandada “no resulta procedente, porque al haberse confirmado que la demandada también incumplió con su obligación (aunque sea en no abonar la totalidad del precio por adicionales) la multa no puede ser impuesta a favor de quien tampoco ha satisfecho en tiempo y forma su prestación”²⁷. Se trata, en definitiva, de la aplicación de la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*), que impide reclamar la penalidad pactada, si el demandante (el comitente) no cumplió con su obligación recíproca (el pago del precio)²⁸.

²³ Aunque, sobre esta cuestión también es necesario tener presente la solución del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er Turno, en Sentencia N° 291/2010, de 1º de octubre. De los hechos del caso surge que la comitente alegó que el constructor incumplió el plazo de 6 meses pactado para la terminación de la obra y, por tal razón, reclamó el pago de la multa pactada (USD 500 diarios). Sin embargo, el Tribunal estimó el reclamo por encontrarse reconocido por la comitente que se solicitaron trabajos adicionales, lo que significó una modificación del plazo inicialmente pactado e hizo necesaria la interpelación al constructor para constituirlo en mora y así poder reclamar el pago de la multa diaria pactada.

²⁴ En esta línea: AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, págs. 370 - 371.

²⁵ Véase al respecto: BERDAGUER, *ob. cit.*, pág. 24.

²⁶ “Cuando la multa se pacta para el caso de cumplimiento tardío es perfectamente posible acumular el cobro de la multa con el cumplimiento o ejecución forzada, aun sin mediar pacto expreso” (Sentencia N°

230/1990, de 5 de diciembre, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er Turno, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXI, c. 184, FCU, Montevideo, 1991, pág. 78). En esta línea, BERDAGUER expresó que la pena por retardo “se pacta precisamente para que rija en el caso que el acreedor opte por la ejecución forzada específica. Por lo cual, sería inconcebible que alguien sostuviera que no se acumula con la ejecución in natura” (*ob. cit.*, pág. 24). Véase también: BLENGIO, “La cláusula penal en el caso de los contratos “llave en mano”. Necesidad y prueba del pacto de acumulación”, *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, T. III, FCU, Montevideo, 2015, págs. 206 - 207; DE CORES - GAMARRA - VENTURINI, *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Incumplimiento de contrato*, T. I, ed. La Ley Uruguay, 2013, Montevideo, pág. 608; GAMARRA, *Responsabilidad contractual*, *ob. cit.*, T. I, pág. 315. A nivel de la doctrina española, ARANA DE LA FUENTE señaló que: “Sin necesidad de pacto expreso, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la pretensión y la pena moratoria. Ambas pretensiones son compatibles, porque la voluntad de las partes consiste en establecer una pena destinada a resarcir únicamente los daños que origina el mero retraso, pero no los producidos por la inejecución definitiva de la prestación” (*ob. cit.*, pág. 1650). Véase también en esta línea: FELIU REY, *ob. cit.*, págs. 186 - 187.

²⁷ Sentencia N° 382/2015, de 3 de agosto, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno, *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, T. V, caso 507, FCU, Montevideo, 2017, p. 614.

²⁸ En relación al Derecho español, véase: ARANA DE LA FUENTE, *ob. cit.*, pág. 1606 - 1608; MARTÍNEZ

A juicio de la doctrina nacional, la recepción de la obra sin reservas, implica una renuncia tácita al derecho a exigir el pago de la pena²⁹. Sin embargo, parece preferible entender que la renuncia al cobro de la pena se verifica, en realidad, cuando el comitente paga sin reservas el precio convenido en el contrato de construcción (lo que eventualmente puede realizarse conjuntamente con la recepción de la obra)³⁰. Ello por cuanto, la recepción es el acto por medio del cual el comitente manifiesta al constructor su conformidad con la obra ejecutada, pero de ello no puede inferirse sin más que el comitente renuncie al cobro de la pena. Lo que sí existe acuerdo, es que una vez operada la recepción de la obra, cesa la mora del constructor en cumplir con su obligación de entregar la obra y, por ende, se detiene el cómputo de las penalidades³¹.

6. CONCLUSIONES

La estipulación de una cláusula penal moratoria o por retardo produce los siguientes efectos positivos:

En primer lugar, permite que sean los propios contratantes quienes determinen, de forma previa a un eventual incumplimiento de la obligación, cuál será la sanción en caso de que el incumplimiento se concrete y, por esta vía, también se le sustrae al juez la compleja tarea de tener que apreciar la existencia y cuantía

de los daños, cuando –generalmente– son los propios contratantes quienes se encuentran en una mejor situación –por la información que poseen– para realizar esta operación.

En segundo término, si la pena se estipuló y cuantificó apropiadamente tiene por efecto generar un importante incentivo en el deudor, en tanto que este preferirá cumplir la obligación en el tiempo pactado, antes de tener que pagar la penalidad.

Como tercera ventaja es dable ver que si los contratantes determinaron anticipadamente el costo del incumplimiento, existe mayor certeza sobre el resultado final de una eventual controversia judicial, por lo que se generan incentivos para alcanzar una solución extrajudicial y, consiguientemente, se reduce el número de litigios.

Para finalizar, cabe destacar que la validez de lo expuesto tiene como presupuesto operativo que el juez no disponga de la facultad de moderar la pena por retardo; por cuanto, en caso de atenuación su *quantum*, pierde sentido que los contratantes hayan fijado anticipadamente la sanción por el atraso en el cumplimiento de la obligación, el incentivo del deudor a cumplir con el plazo se ve atenuado o anulado y, consecuentemente, aumenta la litigiosidad, debido a que existe mayor incertidumbre en el resultado final.

MAS, *ob. cit.*, pág. 123. No obstante, es necesario tener presente que “igual que no todo tipo de incumplimiento genera la facultad de resolver la obligación, tampoco cualquier incumplimiento del acreedor de la cláusula penal determina que ésta no sea exigible” (DÍAZ ALABART, *ob. cit.*, pág. 249).

²⁹ En este sentido, SÁNCHEZ FONTÁNS expresó que: “El cumplimiento de la cláusula penal debe ser reclamado antes de la recepción de la obra. Si el propietario recibe la obra sin reservas, se entiende que renuncia tácitamente a la cláusula penal” (*ob. cit.*, T. II, pág. 114). De igual modo, en la doctrina argentina, SPOTA entendió que no se debe la multa “si el comitente procede a la verificación y recepción (aun provisional) de la obra, sin protesta y observación alguna” (*ob. cit.*, T. II, pág. 108).

³⁰ Así se pronunció DE LUCAS FERNÁNDEZ, quien señaló que la renuncia a exigir la pena “se produce implícitamente si el comitente recibe la obra y paga el precio convenido sin protesta alguna” *ob. cit.*, pág. 2320). En el mismo sentido, MARTÍNEZ MAS, *ob. cit.*, pág. 131.

³¹ SÁNCHEZ FONTÁNS, *ob. cit.*, T. I, pág. 314.

