

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: CLAUSULA PENAL

RESUMEN: En el presente informe se hace un análisis de la doctrina sobre el tema de la cláusula penal, en este sentido se muestra la definición, naturaleza jurídica, las funciones, procedencia del pacto de la cláusula penal y los modos de extinción de la misma.

Índice de contenido

1 DOCTRINA.....	1
a) Definición de la Cláusula Penal.....	1
b) Naturaleza Jurídica de la cláusula penal.....	3
c) La cláusula penal como negocio autónomo.....	4
d) Funciones de la Cláusula Penal.....	5
Función compulsiva y aflictiva.....	5
Función Indemnizadora.....	6
Función ambivalente.	7
e) Por quién y cuando procede pactarse la Cláusula Penal.....	7
Tesis Amplia.....	7
Tesis Restringida.....	9
f) Modos de extinción de Cláusula Penal.....	10
Por razón de la Obligación Principal.....	10
Por razón de la propia Cláusula Penal.....	10

1 DOCTRINA

a) Definición de la Cláusula Penal

[LOBATO]¹

“La cláusula penal es “aquella convención accesoria añadida a una

obligación, por cuya virtud se promete realizar una prestación, generalmente pecuniaria, para el caso de que una de las partes no cumpla irregularmente lo prometido".

Esta cláusula penal se suele establecer por medio de una disposición del negocio principal, es decir, consiste en una cláusula del negocio de constitución de la relación obligatoria, de ahí que sea conocida usualmente con el nombre de "cláusula penal a aquella en la que la pena se establece... Es necesario señalar, de otro lado, que no hay nada que se oponga a la posibilidad de que la "cláusula penal" se establezca, no ya como una de las cláusulas del negocio principal que garantiza, sino mediante un negocio separado aunque, desde luego, directamente relacionado con aquel, aparece entonces la inadecuación de la denominación usual de "cláusula penal" que, en este sentido, deberá ser sustituida por la más amplia de "pena convencional"; llamándose así "a aquella prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal, y que consiste generalmente en entregar una suma de dinero.

En consecuencia, la cláusula penal encierra simplemente una pena convencional recibiendo aquel nombre por el mero hecho de su inclusión, generalmente, como una cláusula."

[ALVAREZ ALONSO]²

"Apuntando a una definición de la Cláusula penal, se ha destacado que "es la estipulación accesoria de una obligación principal" por la cual el deudor deberá satisfacer una cierta prestación si no cumpliera lo debido o si lo cumpliera tardíamente.

En rigor -y resulta fácil advertirlo- importa en sí una liquidación anticipada de los daños y perjuicios que el incumplimiento de la obligación o su tardanza, causaría eventualmente al acreedor".

Con diferentes términos, en general la doctrina judicial ha definido la cláusula penal, como "una evaluación convencional y anticipada de los daños e intereses que eventualmente se pudiera irrogar por el incumplimiento o por el retardo de una obligación asumida". Como consecuencia del ajuste convencional, "nada puede reclamarse" por daños e intereses habiendo cláusula penal que "son la misma cosa con distintos nombres y la suma que constituye el objeto de la cláusula convenida reemplaza los daños y perjuicios

que deberían ser acordados por el juez". Ha sido remarcado –asimismo– que la cláusula en cuestión no debe constituir ventaja patrimonial para las partes, sino que es –sanción o no – una previsión que "entra en lugar de perjuicios e intereses".

b) Naturaleza Jurídica de la cláusula penal

[HERRERA CANTILLO]³

"Naturaleza Jurídica.

Cualquier tipo de obligación puede reforzarse mediante la estipulación de una Cláusula Penal (que le permita al acreedor infringir) en el deudor un mayor interés en cumplir con lo estipulado en la obligación principal, ante la amenaza de sufrir un mal mayor, al ser condenado a cumplir la pena impuesta en la Cláusula.

Con base en lo anterior se afirma que la naturaleza jurídica de la Cláusula Penal la constituye el integrar uno de los medios compulsivos de Derecho Privado con que cuenta el acreedor para compeler al deudor a cumplir con lo estipulado en la obligación principal.

Según MOSSET ITURRASPE , la Cláusula Penal se manifiesta de dos modos: una denominada " Pura", donde además de la pena, el acreedor tiene derecho a exigir el pago de los daños y perjuicios causados; y es la forma donde se manifiesta la naturaleza compulsiva de -la Cláusula Penal con más diafanidad;; en la forma "Impura" o sea, aquella donde la pena constituye una evaluación anticipada de los daños y perjuicios, también tiene una naturaleza compulsiva, ya que al hacerse una liquidación anticipada de los daños donde no se sabe cuál será el daño real, también se compele al deudor a cumplir, por temor a verse condenado a pagar una suma mayor a los verdaderos daños que cause con su incumplimiento.

Las partes contratantes pueden, en ejercicio de su propia autonomía, fijar el contenido de ésta aunque, por lo general, ésta consiste en una prestación pecuniaria, que el deudor debe cumplir en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal."

c) La cláusula penal como negocio autónomo

[BLANCO GÓMEZ]⁴

“Siguiendo a ORTIVALLEJO, podemos decir que la cláusula penal tiene una entidad mayor que la de mera cláusula negocial. En realidad, se trata de un negocio jurídico autónomo del negocio principal, pues para su nacimiento precisa una declaración de voluntad específica, en base a la cual surgirá una relación jurídica obligatoria nueva: la de garantía, distinta de la relación obligatoria principal. Las meras cláusulas negociales, en cambio, no constituyen relaciones jurídicas, sino simplemente partes del negocio cuyo objetivo es incorporar cierto elemento, accidentales o no. Los negocios, por el contrario, tienen por objeto una relación jurídica:.

MAGAZZU, en este sentido², indica que la individualización de una peculiar función jurídica de la penal (su causa), parece autorizar a considerarla como un negocio autónomo. En este razonamiento, expone que si se considera, en efecto, la hipótesis más común, en la cual la cláusula penal acompaña a contratos de naturaleza obligatoria (compraventa, suministro, arrendamiento, transporte), se cae en la cuenta de que las partes, al prever la cláusula, tienen en consideración la actuación de un fin práctico concreto: intentan disponer, con carácter previo, una sanción para caso de incumplimiento (o retardo) de la obligación que nace del contrato que están celebrando. «En la previsión legal, y en la intención de las partes –dice MAGAZZU– los fines perseguidos, tanto en el contrato como en la cláusula penal, son distintos, y no se interfieren. Por ésta razón, no puede negarse la autonomía causal y, por tanto, negocial, de la cláusula penal». De aquí que pueda convenirse en que la cláusula penal, sea pura o no pura, es un negocio obligatorio, cuyo efecto típico es la obligación, asumida por uno de los contratantes, de adoptar una determinada prestación en caso de incumplimiento, o de retraso en el cumplimiento, de una obligación principal.

TRIMARCHI sostiene la misma postura indicada, pero tras una reflexión previa. En tal sentido, señala que como de lo que se trata es de saber si de la convención entre las partes se desprende sólo la estructura de una cláusula negocial, o bien se constituye un negocio jurídico autónomo, para ello hay que empezar por saber qué se entiende por cláusula negocial o contractual³. Para su exposición, comienza el autor apuntando la idea común de

que la cláusula es «la unidad elemental del contenido de la voluntad negocial»; no es un elemento de la declaración, sino parte de su contenido, de suerte que en una única declaración pueden contenerse más de una cláusula. Y, por supuesto, las cláusulas pueden contener no sólo lo eventual o accidental del negocio, sino también lo esencial. Ahora bien, según TRIMARCHI, el criterio para distinguir la cláusula del negocio, suele fijarse por la doctrina más autorizada en el esencia, p presencia, del elemento causal: un pacto no es una cláusula de un contrato, sino más bien un negocio jurídico autónomo, si tiene una causa. El negocio la tiene, la cláusula no. Por tanto, en cuanto al tema de la cláusula penal, ésta será negocio autónomo si tiene una causa, y será una simple cláusula negocial, si no la tiene.”

d) Funciones de la Cláusula Penal

[KEMELMAJER DE CARLUCCI]⁵

Función compulsiva y aflictiva.

“Para un sector doctrinal esta estipulación sólo cumple una función compulsiva y aflictiva.

Como pena se dirige a castigar una conducta antijurídica asegurando de esta manera el cumplimiento de la obligación. Es aflictiva porque el deudor está constreñido psicológicamente al pago de la principal: sabe que si no cumple deberá afrontar graves consecuencias patrimoniales.

Éste parece haber sido el origen del instituto en estudio, que nació en Roma bajo el nombre de stipulatio poe-nae, como una necesidad dentro de la especial estructura del sistema obligacional de la época, que otorgaba acción sólo a escasas relaciones. En nuestros tiempos, recurrir al órgano jurisdiccional para hacer cumplir una obligación de hacer o no hacer y, en su defecto, que se fijen daños y perjuicios, es cosa de todos los días. En cambio, en el antiguo derecho romano, la potestad judicial no había sido establecida como instrumento compulsivo de los ciudadanos a efecto de obligar a éstos contra su voluntad a cumplir un hecho o abstenerse de él. Por eso nació la stipulatio poenae, porque las obligaciones de dar sumas de dinero eran sí

ejecutables. Al parecer, también tuvo este carácter en el antiguo derecho germánico.

Esta tendencia punitiva pasó al derecho español, no obstante que, a diferencia de lo que ocurría en el derecho romano, los convenios tenían fuerza obligatoria por sí mismos. En tal sentido son ilustrativas las definiciones proporcionadas por tradicionales cuerpos legales españoles. Por ej., la Partida 5a, título XI, ley XXXIV, expresa que es la "pena puesta a placer de ambas partes y que los hombres suelen ponerlas a veces en las promesas que hacen con el objeto de que ellas sean más firmes y mejor guardadas". La ascendencia del antiguo derecho español recogido por el derecho de Castilla subsiste en nuestros días en la moderna doctrina hispana, la cual, pese a la gran influencia francesa, no puede desprenderse de su tradición.

De esta posición pueden extraerse modernas definiciones de la cláusula penal: "Pena de origen convencional por la cual se somete al sujeto pasivo a un deber jurídico, con la finalidad de reforzar o garantizar el cumplimiento de dicho deber".

Una consecuencia de esta actitud doctrinal es la de estudiar a la cláusula penal dentro de la gran familia de los medios compulsorios o sanciones civiles."

Función Indemnizadora

[KEMELMAJER DE CARLUCCI]⁶

"Bajo la notable influencia de la doctrina francesa se reprueba desde hace más de un siglo la función compulsoria. Como el Estado moderno otorga acción a todo tipo de obligaciones se sostiene que la cláusula penal tiene en nuestros días sólo una función de pre fijación o liquidación de los daños y perjuicios. Esta posición fue formulada con claridad por Marcadé, aunque quizá nadie fue más explícito que LaurentT. Su desarrollo llegó a tal grado que Lacaze sostuvo que el carácter penal sólo tiene un interés puramente histórico. En este sentido se ha definido a la cláusula penal como "la convención accesoria que determina de antemano los daños e intereses que el deudor deberá pagar, sea por falta de ejecución de la obligación principal, sea por el simple retardo. Para esta posición, entonces, la cláusula penal está destinada exclusivamente a limitar el resarcimiento de los daños que pueden originarse en el incumplimiento de la obligación. Opera a la

manera de tope convencional y anticipado de los daños, como liquidación de su cuantía."

Función ambivalente.

[KEMELMAJER DE CARLUCCI]⁷

"Es hoy criterio predominante otorgar a la cláusula penal ambas funciones: la de ser conminatoria y además indemnizatoria. Esta tesis intermedia fue brillantemente expuesta por Hugueney, siguiendo el pensamiento de Cosack y Crome, e incluso es sostenida por ilustres romanistas. Pero se advierten en esa posición varias tendencias. Para algunos, ambas funciones son igualmente importantes, en tanto que otros hacen prevalecer una sobre otra, y no faltan quienes advierten que las diversas funciones aparecen en distintos momentos. Por ej., para Chironin el carácter resarcitorio no se manifiesta en la con-certación, sino sólo cuando la obligación principal se incumple o se cumple tardíamente. En cambio, la función compulsiva, por ser preventiva del incumplimiento, se muestra ab imito."

e) Por quién y cuando procede pactarse la Cláusula Penal

Tesis Amplia

[PEIRANO FACIO]⁸

"La mayoría de los autores contemporáneos se inclinan en favor de la tesis amplia a que aludimos en primer término.

Así, POLACCO afirma que sería erróneo creer que la cláusula penal es posible solo en los contratos, ya que ella puede figurar en otras clases de actos jurídicos del todo diversos de los contratos, y por vía de enumeración recuerda que la cláusula penal puede hallarse establecida, por ejemplo, en un testamento por el disponente a cargo del heredero y en favor de un legatario para el caso de que el referido heredero no satisfaga, o satisfaga de un modo impropio, el legado que está obligado a entregar².

DE RUGGIERO sostiene el mismo criterio y recuerda que el uso de la cláusula penal fue muy amplio en el derecho provincial y en la Edad Media, y esto "no solamente en los contratos sino también en los testamentos: las disposiciones testamentarias poenae nomine, conocidas por el derecho romano tienen por objeto constreñir a la persona del heredero o legatario a realizar un determinado acto con la amenaza de un perjuicio patrimonial". En este mismo sentido se pronuncian STOLFI, FERREIRA y otros autores.

WINDSCHEID, por su parte, tampoco tiene dificultad en admitir que una pena pueda ser dispuesta por el testador a cargo de un heredero o de un legatario que no cumpla con una obligación que le impone por testamento, y cita textos del derecho romano en los que parece encontrarse confirmado este criterio. Y no solo esto, sino que llega a afirmar que la pena también puede ser establecida por el juez a cargo de una persona que comparezca en juicio, agregando que si bien en estos casos, por razones obvias no puede hablarse de "pena convencional", nos encontramos sin embargo dentro del mismo instituto y sometidos a la misma sistemática, por cuanto los principios que se deben aplicar a tales situaciones son los mismos que se establecen para la cláusula penal. De este modo WINDSCHEID llega a cohonestar un desplazamiento de los principios relativos al derecho de las obligaciones a otras zonas del campo del derecho, cosa que se justifica plenamente según afirman los partidarios de esta tendencia, por cuanto estos principios no solo son propios del sistema de las obligaciones civiles, sino que también integran la temática más general del negocio jurídico.

La insinuación de WINDSCHEID en el sentido de admitir la procedencia de penas judiciales, concuerda con la famosa teoría de las astreintes, de acuerdo a la cual una importante jurisprudencia francesa, confirmada luego por la Corte de Casación, estableció que el juez tenía la facultad de condenar al deudor de una prestación al pago de cierta suma por cada día de retraso en el cumplimiento de aquella, y esto no por concepto de resarcimiento de daños, sino por concepto de verdadera y propia coacción destinada a llevar al deudor al cumplimiento de la obligación que principalmente debía.

Dentro de nuestro sistema la teoría de las astreintes no ha encontrado consagración por parte de la jurisprudencia (aun cuando algunas sentencias se inclinan a su favor), pero en cambio ha abogado en pro de su admisión la doctrina por voz de COUTURE".

Manteniéndose el criterio amplio que acabamos de exponer y según el cual se admite la cláusula penal en cualquier tipo de negocio jurídico y establecida por parte de cualquier voluntad, aun cuando no sea la convencional de dos sujetos de derecho del orden

jurídico-civil, se ha llegado a sostener que el mismo régimen de la ley muestra numerosas imposiciones penales que son verdaderas cláusulas penales. Este criterio extremo ha sido defendido en el Río de la Plata por COLMO, quien dice que la cláusula penal no es extraña a las mismas leyes, las cuales interpretando la voluntad de las partes y los intereses en juego, la consagran más de una vez¹⁷.

Tesis Restringida

En contra de la tesis amplia que admite el trasplante del régimen de la cláusula penal a otras zonas ajenas al derecho de las obligaciones, se levanta la tesis que denominamos "restringida o contractualista" de la cláusula penal, y para la cual esta no puede tener su origen sino en una convención.

Esta es la posición defendida por GIORGI que, al estudiar los medios jurídicos de que dispone el derecho para impedir el incumplimiento de las obligaciones, cita entre ellos la cláusula penal y dice que el estudio de este tema debe dejarse para el tratado especial de los contratos, ya que la pena convencional no es posible más que en esta sola especie de obligaciones.

GIORGI, sin embargo, incurre en error, tal vez de expresión. Es falso que la cláusula penal no puede ser posible sino en los contratos, si por ser posible quiere entenderse el acceder a una obligación principal, pues ya sabemos que la cláusula penal no solo es posible en los contratos, sino que puede acceder a cualquier clase de obligaciones válidas, ya tengan estas sus fuentes en el contrato, en el cuasicontrato, en el delito, en el cuasidelito o en la ley. En este sentido la afirmación de GIORGI es falsa.

PIOLA defiende la misma posición diciendo que la cláusula penal no puede derivar sino de un contrato, y aclarando que en el derecho positivo italiano (que al respecto es igual al nuestro) no puede existir duda alguna acerca de la falta de facultad del magistrado para conminar con cláusulas penales la ejecución de obligaciones emergentes de la sentencia: el magistrado no puede más que condenar al pago de los daños que derivan del incumplimiento de la obligación, daños que, por otra parte, pueden ser liquidados incluso sin la intervención del juez. En todo caso la liquidación de daños que pueden realizar el juez es siempre a título de resarcimiento, nunca como penalidad."

f) Modos de extinción de Cláusula Penal

[CANTILLO HERRERA]⁹

Por razón de la Obligación Principal

"Al ser una obligación accesoria la Cláusula Penal, debe correr la misma suerte que la principal. Así, se extingue cuando:

- a. El deudor satisfaga eficazmente la obligación principal; por lo que extinguirá la Cláusula Penal que la garantizaba, sin que -pueda surtir efecto alguno, salvo el de ser un medio compulsivo.
- b. Cuando el incumplimiento de la principal se deba a caso fortuito, fuerza mayor o al hecho del acreedor.
- c. La principal contenga el vicio de nulidad absoluta, que hará nula la Cláusula Penal.

Nuestro Código Civil es el único que reglamenta estas causas y lo hace sólo en referencia al punto c. pues el artículo 709 señala que:

" La nulidad de la obligación principal acarreará la de la Cláusula Penal, pero la nulidad de ésta no produce la de la obligación -principal."

Por razón de la propia Cláusula Penal

- a. La Cláusula Penal puede contener vicios que la hagan nula sin perjudicar a la obligación principal. Si en este supuesto se da un incumplimiento, los efectos de éste se rigen por las reglas generales sobre indemnización, pues la Cláusula se tiene por no -establecida.
- b. Las partes libremente pueden acordar antes del vencimiento de la principal, dejar sin efecto la Cláusula que la garantizaba y someter cualquier incumplimiento a las reglas generales sobre el resarcimiento de los daños y perjuicios."

FUENTES CITADAS

- 1 LOBATO DE BLAS Jesús María. La cláusula penal en derecho español. Pamplona, ediciones Universidad de Navarra, 1974. p 18-19.
- 2 ALVAREZ ALONSO Salvador. Responsabilidad Civil. Buenos Aires. Editorial Abeledo -Perrot. 1987. pp 129-130.
- 3 HERRERA CANTILLO Marietta. Los medios Compulsivos en el Derecho Privado Costarricense. Tesis de grado para optar al título de Licenciatura en Derecho. Rodrigo Facio. 1986 p 42.
- 4 BLANCO GÓMEZ Juan José. La Cláusula Penal en la obligaciones civiles: Relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño. Madrid. Editorial Dykinson. 1996 pp 59-60.
- 5 KEMELMAJER DE CARLUCCI Aída. La cláusula Penal. Buenos Aires. Ediciones De Palma. 1981 pp 3-5.
- 6 KEMELMAJER DE CARLUCCI Aída. Ibidem pp 5-6.
- 7 KEMELMAJER DE CARLUCCI Aída. Ibidem p 6.
- 8 PEIRANO FACIO. La Cláusula Penal. Bogotá, Colombia. Editorial Temis. 1982 pp 168-170.
- 9 HERRERA CANTILLO Marietta. Op cit pp 60-61.