

## LA CLAUSULA PENAL.

Por: Dra. CLOTILDE CRISTINA VIGIL CURO(\*)

**SUMARIO:** (1) Etimología. (2) Antecedentes históricos: 2.1. En Roma. 2. 2.- En el Medio evo. 2-3. En el Derecho germánico. 2.4. En el Derecho Moderno. 2.5. En el Derecho italiano 2.6. En el derecho peruano. 2.6.1. En el Código Civil de 1852. 2.6.2. En el Código Civil de 1936. (3) Denominaciones. (4) Concepto. (5) Naturaleza jurídica. (6) Finalidad. (7) Características: 7.1. Convencional. 7.2. Accesorio. 7.3. Persuasivo. 7.4. Subsidiario. 7.5. Condicional. 7.6. Definitivo. 7.7. Relativamente Inmutable. 7.8. Interpretación restrictiva. 7.9. Estipulable a favor de terceros. 7.10. Legal. 7.11. Es coercitivo. (8) Teorías sobre cómo se pacta la cláusula penal: 8.1. Tesis amplia. 8.2. Tesis Restringida. (9) Clases de cláusula penal: 9.1. Cláusula penal Comulativa (Rato Manente Pacto). 9.2. Cláusula penal sustitutiva. (10) Requisitos de la cláusula penal. (11) Momentos de la estipulación: 11.1. Al momento de contraer la obligación. 11.2.- Por pacto posterior. (12) Utilidad de esta figura. (13) Funciones de la cláusula penal: 13.1. Función compulsiva. 13.2. Función resarcitoria. 13.3. Función resolutoria. 13.4. Función liberatoria. 13.5. Función punitiva. 13.6. Función cumulativa. 13.7. Función de simplificación probatoria de daños. (14) Reducción judicial de la cláusula penal. (15) Distinción de las obligaciones con cláusula penal con otras figuras jurídicas del derecho de obligaciones: 15.1. Con las obligaciones alternativas. 15.2. Con las obligaciones facultativas. 15.3. Con las obligaciones condicionadas. 15.4. Con las obligaciones conjuntas o conjuntivas. (16) Nulidad de la cláusula penal. (17) Efectos de la cláusula penal divisible e indivisible. (18) Efectos de la cláusula penal solidaria. (19) Derecho de reintegro de la cláusula penal. (20) La cláusula penal en la legislación comparada. (21) Conclusiones.  
Notas. Bibliografía.

**1.- ETIMOLOGÍA:** Viene de la raíz latina STIPULATIO POENAE, que es el antecedente más remoto de la cláusula penal. Surgió como un medio eficaz de asegurar el cumplimiento de una obligación que carecía de protección jurídica. Las partes fijaban a su arbitrio una pena convencional.

### 2.- ANTECEDENTES HISTORICOS.-

#### 2.1.- EN ROMA.

Fue una figura muy necesaria, mientras el dolo y la violencia estaban en manos de la iniciativa de las partes. Fue la acción limitada del juez romano que no tenía potestad para fijar el monto de los perjuicios ocasionados.

---

(\*) Profesora Asociada de la Facultad.



nados por la inejecución, en los casos que la prestación, no consistía en dinero y la mejora del derecho que privaba de protección a ciertas relaciones jurídicas, las que provocaron el nacimiento de esta institución.

Los romanos idearon la cláusula penal, como un recurso para proveer de acción al acreedor. Las únicas obligaciones exigibles compulsivamente eran las obligaciones de dar sumas de dinero. Por medio de la cláusula penal se salvaba esa dificultad, estipulándose una pena dineraria que el deudor se obligaba a pagarla. "De esta manera se aseguraba el cumplimiento de la obligación" (1), según nos refieren Pedro N. Cazeaux y Felipe A. Trigo Represas.

Posteriormente cuando en el derecho romano se conoció la exigibilidad de las obligaciones, mediante la ejecución de los bienes del deudor, con la dación de la LEX POETILIA DE NEXI. Y más tarde con LA LEX SILIA, sin hacer las distinciones referidas se continuó empleando la cláusula penal con otros fines como: a) liberar al deudor del perjuicio sufrido por el incumplimiento; b) evitar el riesgo del arbitrio judicial en la estimación del daño, desde que el monto del mismo quedaba señalado de antemano por medio de la cláusula convenida.

Como puede apreciarse el carácter de la cláusula penal que es preferentemente indemnizatorio, fue creada en Roma para fundamentar la obligación de pagar una obligación, por la cual las partes fijaban a su arbitrio una pena convencional.

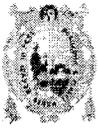
En cuanto a la "stipulatio poenae" nos dice García Garrido: "como lo acabamos de expresar, se añade o superpone a otra; pero

que no tenga el mismo objeto, ya que de ser así la segunda estipulación resultaría inútil. Pomponio también ha dicho el que promete dos veces idénticamente lo mismo no se obliga mas que una vez. Teniendo en cuenta que las promesas contenidas en la estipulación podían no ser cumplidas y no existía modo de hacerlas efectivas y seguras, se acudió a esta fórmula" (2), lo cual supone entonces que tanto la obligación principal que es aquella por la cual uno se obliga, como la accesoria para el caso de mora, de ejecución defectuosa o inejecución total de la prestación, pueden haber sido contraídas al momento de celebrarse el contrato del cual emergen, sin embargo la primera es aquella a lo que uno está obligado, la segunda, esto es la accesoria sólo dependerá de la imposibilidad de la primera por culpa o dolo del deudor, con la inminencia de una sanción que a diferencia de las obligaciones facultativas, no será el obligado quien elija, sino el acreedor el que la exija haya sufrido daño o no.

**2.2.- EN EL MEDIOEVO.-** En el Derecho Bizantino, tenía hasta entonces características no conocidas. Se le otorgaba al fisco parte de la pena para asegurar mejor su pago. De esta manera, con la participación de estado en el monto de la pena, se daba eficacia a la contratación privada.

Durante la Edad Media esta figura fue muy usada, no sólo en los contratos, sino también en postestamentos, que tenían por objeto constreñir a la persona del heredero o legatario a realizar un determinado acto con la amenaza de un perjuicio patrimonial.

**2.3.- EN EL DERECHO GERMÁNICO.-** Las penas ya existían en el período Franco, así el deudor prometía una ampliación



de su deuda para el caso de mora de la prestación.

La cuantía de la pena se limitaba hasta dos veces el valor de la obligación principal.

#### **2.4.- EN EL DERECHO MODERNO.-**

La cláusula penal conserva una doble función a la que tenía en el derecho romano, pero con algunas variantes: Era compulsiva e indemnizatoria, siendo el Derecho Francés su principal receptor, aún cuando la definición que nos da de ella el Código Civil Francés de 1804, en el Artículo 1226, para algunos es considerada inexacta, "La cláusula penal es aquella por la cual una persona para asegurar la ejecución de una obligación se compromete a una cosa en caso de inejecución "lo que no ocurría en Roma en que era exacta . Es decir para el Derecho Francés la cláusula penal no era considerada como un medio de garantía de cumplimiento de la obligación mediante la imposición de una pena privada; sino una forma de liquidar los daños y perjuicios cuando la obligación no hubiere sido satisfecha. Actualmente son exigibles compulsivamente todas las obligaciones civiles y no es necesario recurrir a la cláusula penal para darle fuerza obligatoria; pero dicha cláusula conserva su carácter compulsivo en dicho sentido, es indudable que por medio de ella y sobre todo si asciende a un elevado importe, se ejerce sobre la voluntad del deudor una presión psicológica decisiva, inclinándola hacia el cumplimiento de la prestación. "Constituye en toda hipótesis una fijación anticipada de la carga que tendrá que soportarse por el incumplimiento de una obligación principal válida; pero su función puede consistir, ora en sustituir los efectos naturales de ese incumplimiento, ora en acumularse a tales efectos. En el primer caso,

el acreedor de la obligación principal incumplida tiene derecho de elegir entre demandar la ejecución del objeto debido más indemnización moratoria, recibir la ejecución defectuosa del objeto, más indemnización compensatoria parcial o exigir indemnización compensatoria total, según los casos y demandar el pago de la pena, mas no simultáneamente una de tales tres cosas y además la pena, en el segundo si puede exigir lo uno y lo otro a la vez" (3).

Esto supone entonces que la cláusula penal puede ser: estimatoria y punitiva. En el primer caso sustituye la prestación principal por la accesoria, prevista de común acuerdo por las partes en una obligación y la segunda para los casos de mora. El objeto que genera la obligación accesoria, ésto es la cláusula penal puede estar constituido por un dar, hacer o no hacer algo, pudiendo tener también un valor determinado o determinable y de igual manera una función estimatoria, en caso de incumplimiento de la obligación principal, o una función punitiva, si se acumula al pago de la obligación principal.

#### **2.5.- EN EL DERECHO ITALIANO.-**

El Código Civil Italiano de 1865 al igual que el Código Civil Francés reglamenta la cláusula penal, en donde cumple una doble función: presiona deudor para cumplir su obligación principal, agravando su responsabilidad y por otro lado liquida de antemano los daños y perjuicios.

#### **2.6.- EN EL DERECHO PERUANO.-**

##### **2.6.1.- EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1852.-**

Se inspiró en el derecho francés, en el famoso Código Napoleónico. En efecto, se encuentra prevista en el Libro III denominado



de las obligaciones.

En el Artículo 1301 del Código de 1852 se prescribe "Puede celebrarse el contrato con cláusula penal, esto es con la obligación de pagar cierta cantidad de dinero en los casos de demora o falta de cumplimiento".

Este Código atiende a la accesoriedad de la cláusula penal cuando dice: "La cláusula penal es dependiente del contrato y no tiene efecto cuando el contrato es nulo; pero la nulidad de la cláusula penal, no envuelve la del contrato."

### 2.6.2.- EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1936.-

Para los tratatistas como JORGE EUGENIO CASTAÑEDA, la cláusula penal tiene carácter accesorio que estipula penas y multas contra el deudor que dejare de cumplir con la prestación. Para JOSE LEON BARANDIARAN la cláusula penal tiene un carácter convencional, contiene una prestación determinada prometida por el deudor al acreedor, para el caso de incumplimiento.

Para el Dr. Angel Cornejo es una estipulación accesorio que se añade a un contrato y por la cual se asegura la ejecución de la prestación prometida, se somete al deudor a pagar una multa o a hacer una prestación, en caso de retardo o incumplimiento.

En el Artículo 1223 se prescribe "La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación, o por pacto posterior" con lo cual se establece claramente en qué momento pueden las partes en una obligación establecer dicha penalidad.

El artículo 1225 del C.C. de 1852 se establecen los fines que se persigue a través de la cláusula penal, cuando nuestro legislador señala "Cuando se estipula la cláusula pe-

nal para el caso de mora o en seguridad de algún pacto determinado, tendrá el acreedor derecho de exigir la satisfacción de la pena estipulada, juntamente con el cumplimiento de la obligación principal" (4).

**3.- DENOMINACIONES.-** En casi todas las legislaciones inspiradas en el Código Civil Francés se denomina a esta figura jurídica compulsiva, "Cláusula penal". En cambio en el Derecho Romano se le denominó "pena convencional" ("stipulatio poenae"), igual sucedió en el Derecho Germánico y hoy por hoy en el BGB alemán. Así algunos autores las consideran sinónimos, mientras que otros las distinguen.

PUIG PEÑA habla de "una convención accesorio, estipulada como cláusula o pacto de una obligación por la que se promete, realizar una prestación generalmente pecuniaria, para el caso de que una de las partes no cumpla regularmente lo prometido" (5). En cambio ENNECCERUS nos dice "Llámase pena convencional a una prestación generalmente de carácter pecuniario, que el deudor promete como pena al acreedor para el caso de que no cumpla su obligación, o no cumpla del modo pertinente" (6), si analizamos estas dos definiciones, como vemos ambas convergen en que la cláusula penal es una promesa del deudor para el caso de no cumplir lo prometido y que la función de la cláusula penal es eminentemente sancionadora, la misma que a su vez conlleva una función de garantía, ya que sirve como medio de presión.

GOMEZ CALERO considera que no es correcto considerar como equivalentes las expresiones "cláusula penal" (que es fuente de obligaciones) y "pena convencional" (que es objeto de la obligación) (7), consi-



Clotilde C. Vigil Curo

deramos que ambas denominaciones en el fondo persiguen lo mismo, nos preguntamos es que acaso llámese cláusula penal o pena convencional a ese acuerdo de voluntades, mediante el cual se persigue el aseguramiento de la obligación, ¿no tienen el mismo objeto?, creemos que sí, sin embargo valgan verdades si hablamos de cláusula penal, quizás pudiera pensarse que, estamos obligados a incluirla en cualquier contrato por imperio de la ley, sobre la voluntad de las partes, en cambio si hablamos de "pena convencional" sería mucho mejor y más entendible para cualquiera, su propia denominación, como que aclara la naturaleza jurídica de la misma, sin prestarse a confusiones.

**4.- CONCEPTO.-** Para PUIG BRUTEAU "La obligación con cláusula penal es la obligación principal, cuyo incumplimiento se sanciona con la pena." (8).

Para JORGE JOAQUIN LLAMBIAS La obligación con cláusula penal no configura una clase especial de las obligaciones como las obligaciones de dar, hacer o no hacer, alternativas, facultativas etc. sino que es un dispositivo que puede ser incorporado a cualquier obligación para acrecentar su eficacia" (9).

De acuerdo con Llambías la cláusula penal rige para todo tipo de obligaciones, y siendo convencional, nada hay que lo impida, que las partes de antemano fijen el quantum indemnizable por los daños y perjuicios que se ocasionen por incumplimiento de la prestación.

Este mismo autor refiriéndose a la cláusula penal nos dice "Se denomina cláusula penal a la estipulación accesoria a una obli-

gación principal por la cual el deudor deberá satisfacer cierta prestación, si no cumpliere lo debido, o si lo cumpliere tardíamente".

De igual manera, se ha señalado que la cláusula penal se produce cuando las partes prevén el incumplimiento de la obligación y ellas mismas fijan por adelantado el monto de la indemnización que deberá ser pagada llegado el caso. Se trata entonces "de una fijación que se hace mediante esta convención llamada cláusula penal, que habitualmente se inserta en el acto principal, pero que sería igualmente válida si fuera hecha posteriormente por acto separado" (10). Como puede apreciarse en este sentido nuestro legislador nacional ha tomado y reproducido de la doctrina esta posición cuando en el Artículo 1344 de nuestro Código Civil vigente expresa "La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior"

JORGE EUGENIO CASTAÑEDA, nos dice que la cláusula penal "Es un pacto accesorio en el que se estipulan penas o multas, contra el deudor que dejara de cumplir aquello que se obligó" y más adelante precisa: "La obligación con cláusula penal no es una sola, son dos obligaciones: una principal y otra sólo aplicable en caso de mora o de inexecución del principal" (11).

Lo rescatable de esta definición es que se distingue con claridad los elementos necesarios para que se de esta figura, que supone una manifestación de voluntad de los sujetos intervinientes en la obligación, esto es la convención (elementos subjetivo) y que por el principio de la pacta sunt servanda, eso será ley entre las partes, la penalidad que tiene un carácter objetivo, material, y las



consecuencias o efectos que genera dicha figura de darse los presupuestos de inejecución de la obligación principal o de mora, distinguiéndose dos obligaciones: la principal y la accesorio.

JOSÉ LEÓN BARANDIARAN: "La pena convencional es una prestación determinada, prometida por el deudor al acreedor para el caso de incumplimiento de su obligación, o por caso de cumplimiento no regular" (12). Es decir que la cláusula penal está destinada a disuadir al acreedor de proceder contrariamente a lo prometido.

EUGENIO MARIA RAMIREZ la define como "La estipulación o disposición puesta en la relación obligacional, a través las partes fijan la reparación(sanción) para el caso de incumplimiento" (13), es decir que su propósito es resarcir los daños anteladamente valorizados.

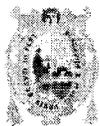
La cláusula penal llamada también cláusula convencional, es pues una promesa accesorio añadida a la relación obligacional (contrato), por la cual el deudor se allana a pagar una multa y a efectuar una prestación para el caso de incumplimiento o retardo injustificado de la obligación que nace de un contrato y dado que la cláusula es convencional, la pena es independiente de la efectividad y de la prueba del daño, lo libera al acreedor de tener que probar los daños, facilitando y agilizando la recuperación de su crédito y de los daños y perjuicios irrogados, operando tanto en los casos de incumplimiento total o de incumplimiento, parcial o defectuoso de la obligación.

La legislación peruana, califica a la cláusula penal, como una de las garantías de la obligación, entendidas éstas como cualquier

medida o modo especial de asegurar la efectividad del crédito. La garantía puede originarse de una norma, o ser producto de la voluntad de las partes, en cualquier caso siempre viene a añadir el crédito, algo que por sí mismo tiene, de modo que es un plus, que mejora la posesión jurídica del acreedor, dándole seguridad de que el interés será satisfecho. En estricto sentido la garantía es un nuevo derecho subjetivo, que amplía el ámbito del poder jurídico, concediéndole con seguridad el resarcimiento fijado de antemano, en caso de retardo o de no ejecución de la prestación principal.

Para ALBALADEJO. "Se llama pena convencional a la prestación, generalmente de entregar una suma de dinero que como pena se establece que ha de realizar el deudor en el caso de que no cumpla debidamente la obligación" (14).

**5.- NATURALEZA JURÍDICA.-** Debido a la estructura del sistema obligatorio imperante y que estaba exento de la conminación pública, la penalidad civil, surge como una categoría ius-filosófica y no dogmática, aparecida en el Derecho Romano y que mucho tiene que ver con la buena fe de las partes al contratar, que es la base de todo negocio jurídico, y por la cual por el imperio categórico de sus conciencias los sujetos intervinientes en una obligación, conscientes del deber que asumen el uno frente al otro con respecto a los principios de integridad, oportunidad e identidad del pago, requisitos básicos para que se de por satisfecha la obligación, deciden previamente el quantum del resarcimiento económico a que tendrá derecho, quien no cumpla ya se trate de una obligación unilateral o bilateral con la prestación prometida que es la razón de ser de la misma.



Según el maestro PEIRANO, la cláusula penal nació en el primitivo derecho Romano, con una finalidad conminatoria, impuesta en aquel derecho, por la especial estructura del sistema obligacional del mismo, que no acordaba la protección y el resguardo de la coacción pública, sino a muy pocas relaciones de carácter obligatorio, derivó, luego, poco a poco hacia el concepto de reparación, viendo sustituir así su primitiva naturaleza penal, por otro carácter más bien indemnizatorio. Según JORGE PEIRANO "Lo que se traduce en un desplazamiento del concepto de pena y en sustitución por la idea de reparación o indemnización" (15), de esta manera queda explicitada la razón de ser de su denominación en la mayoría de legislaciones.

La penalidad fijada de antemano juega un carácter persuasivo, dado a que desde el momento de la celebración de contrato y por tanto creada la obligación el deudor queda constreñido a cumplir, porque de antemano conoce y sabe con exactitud, las consecuencias que de no actuar con el diligenciamiento necesario acarreará su no cumplimiento, una pena de carácter pecuniario, por lo cual no podrá sustraerse de su obligación.

Teniendo en cuenta lo expuesto podríamos afirmar que puede ser considerada sea cual fuere el punto de vista desde el cual se le mire, como una indemnización y como una pena, tiene un doble aspecto: uno reparador o resarcitorio y otro punitivo, porque supone una sanción, un castigo.

**6.- FINALIDAD.-** La cláusula penal tiene por finalidad asegurar la ejecución de las obligaciones, estipulando o fijando penas o multas de carácter pecuniario, para el caso

de que quede la obligación principal incumplida o se retarde su cumplimiento.

La finalidad es el cumplimiento de la obligación principal y facilitar el ejercicio de los derechos del acreedor, en cuanto exime a éste de la prueba del daño, liberándolo así del arbitrio judicial a cerca de la apreciación del daño, por el solo acuerdo de las partes, el sólo incumplimiento de la obligación origina un daño, que no hay necesidad de probar y da derecho a percibir el monto previamente ya fijado.

## **7.- CARACTERÍSTICAS.**

**7.1.- ES CONVENCIONAL.-** Siendo la cláusula penal un pacto, por el que se acuerda al momento de contraer la obligación o por acto posterior, que en caso de incumplimiento uno de los contratantes, queda obligado al pago de una penalidad, cuyo efecto es el resarcimiento de la prestación y a que se devuelva la contraprestación si la hubiere, salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior, en cuyo caso el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, conmutándose ésta como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores, de acuerdo con lo prescrito en el Artículo 1341 de nuestro C.C. vigente, decimos que la cláusula penal es convencional, porque para que se de previamente tiene que haber existido una concertación entre dos o más personas naturales o jurídicas, es decir una coincidencia y conformidad de voluntades en lo que se supone es parte de los riesgos a los que quedan expuestas las partes cuando por culpa o dolo de uno de los contratantes, el otro resultara perjudicado en sus derechos. De modo tal que de darse el caso, pueda basado en este compromiso o convención, exigir el cumplimiento de la penalidad pre-



vista, sin necesidad de tener que probar que sufrió el daño, sólo que se dio el caso de incumplimiento previsto, por lo que burlada la buena fe del otro, cabe un resarcimiento económico, que a la vez supone una sanción o castigo para el culpable, no siendo de aplicación la penalidad, cuando se trate de hechos o acontecimientos naturales o humanos imprevisible (caso fortuito o fuerza mayor), en que no existiendo, ni culpa, ni dolo, frente a la responsabilidad asumida para cumplir con una determinada prestación, no es de aplicación la cláusula penal.

De igual manera es necesario aclarar que si en la estipulación de la cláusula penal se previó únicamente para el caso de incumplimiento total de la obligación o cumplimiento defectuoso de la misma y no para el de mora, no puede por extensión, pretenderse valer de ésta, para cobrar la mora basada en dicha penalidad, porque eso no fue lo convenido, lo cual no quiere decir que independientemente de ello y por imperio de la ley y en cumplimiento a normas de orden público el acreedor no pueda exigir el pago de la mora.

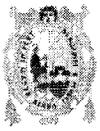
**7.2.- ES ACCESORIA.-** Porque su estipulación obedece al propósito de penalizar el incumplimiento y persuadir al deudor, con una amenaza de carácter patrimonial, de incumplir lo prometido, constriéndolo. De ahí que el obligado sabe que si no cumple con lo prometido, se somete a cumplirlo con creces, no encontrando escapatória, porque de todas maneras tendrá que responder con su patrimonio. Siendo así es que tenemos que entender que la penalidad civil depende de la validez de la obligación principal, en virtud del principio de accesoriedad, de ahí que si la obligación principal es nula, la cláusula penal que es accesoria también es

nula, porque lo accesorio sigue el destino del principal, no ocurriendo lo contrario, es decir que si la cláusula penal es nula, lo sea la principal, la cual conserva su validez. Así lo prescribe el Artículo 1345 de nuestro Código Civil cuando expresa “la nulidad de la cláusula penal, no origina la de la obligación principal”.

La accesoriedad de la cláusula penal, debe su carácter de tal, a que no tiene otra finalidad que la de procurar el cumplimiento de la obligación a la que se refiere y que revisite la calidad de principal.

**7.3.- ES PERSUASIVA.-** Porque al revestir una forma de amenaza o sanción pecuniaria, ya sabe el deudor a lo que se atiene; pendiente sobre él dicha penalidad futura como una espada de Damocles, de darse la situación prevista en dicha estipulación, constriéndolo y compiliendo a cumplir con lo prometido.

**7.4.- ES SUBSIDIARIA.-** Es sustitutoria de la principal, en caso de incumplirse ésta, es decir es una especie de gravamen que pesa sobre el deudor incumplido, aplicándose la penalidad sólo cuando el deudor no cumpla con lo prometido, en que el acreedor recién podrá exigir la ejecución de dicha penalidad civil convenida, reemplaza a la prestación principal no cumplida, con la que no es acumulable, este carácter subsidiario sólo prevalece cuando la cláusula penal tiene por objeto garantizar el cumplimiento de la obligación, es decir no para su exigencia en conjunto, sino como respaldo de otra, la principal; salvo en los casos de mora o de seguridad de un pacto determinado en que el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad el cumplimiento de la obligación, esto último acorde



con lo preceptuado por el artículo 1342 de nuestro Código Civil.

**7.5.- ES CONDICIONAL.-** Porque para que se exija requiere que el deudor no cumpla con la obligación o la ejecute tardíamente. Diríase que estamos frente a un hecho futuro e incierto del que dependerá la exigibilidad de la cláusula penal y ese hecho futuro e incierto lo constituye la circunstancia de que el deudor no cumpla la obligación principal. Es decir que la cláusula penal, está sujeta a una condición suspensiva, que sólo se ejecutará, entrará en vigencia cuando se produzca ese hecho o evento futuro e incierto.

**7.6.- ES DEFINITIVA.-** Se cumple y es exigible al deudor, quien deberá cumplirla inexorablemente, porque producido su incumplimiento la cláusula penal queda expedita para que el acreedor la exija, no pudiendo el deudor negarse a ello salvo que pruebe que su incumplimiento se debió a causas no imputables a él.

**7.7.-ES RELATIVAMENTE INMUTABLE.-** El valor, la cantidad o la prestación estipulada por las partes para el cumplimiento, no pueden en principio, ser modificadas ya sea para aumentarlas o disminuirlas; pero excepcionalmente puede haber una modificación discrecional por el juez, cuando la penalidad sea manifiestamente excesivamente onerosa y abusiva y la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor si el acreedor la hubiese aceptado previamente. El artículo 1346 del Código Civil vigente establece que el juez a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena, cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en par-

te o irregularmente incumplida.

La inmutabilidad fue concebida pues para favorecer tanto al deudor como al acreedor. Aprovecha al deudor, dado a que no es permitido al acreedor pretender una cantidad mayor, ni siquiera probando que la pena estipulada es insuficiente para reparar el daño sufrido; aprovecha al acreedor, porque tampoco le es permitido al deudor liberarse de la prueba, ni aún probando que el acreedor no sufrió daño alguno, sin embargo no obstante que en nuestro ordenamiento jurídico aparece el carácter inmutable de la pena, nadie duda que la inmutabilidad no es absoluta, sino relativa, como es en el caso de cumplimiento parcial de la obligación principal y cuando hay necesidad de cambiar la penalidad por resultar excesivamente onerosa.

**7.8.- ES DE INTERPRETACION RESTRICTIVA.-** Es decir hay que estar a lo expresamente estipulado en la cláusula penal, teniendo en cuenta si es compensatoria o moratoria, por lo que si una cláusula penal es compensatoria, no puede aplicarse para el caso de un retraso imputable en el cumplimiento de la obligación o viceversa, porque se desnaturalizaría, la finalidad de la cláusula y atentaría contra el principio de la pacta sunt servanda, creando una inseguridad jurídica. La restricción interpretativa, obliga a la estrictez de la cláusula penal, puesto que crea un derecho excepcional en el acreedor de la obligación principal, que no puede alterar el texto de lo expresamente establecido.

**7.9.- ES ESTIPULABLE A FAVOR DE TERCEROS.-** Nada impide que pueda darse tanto en un contrato como en un testamento a favor de tercero, es decir que la pres-



tación penal se realice a favor de una persona distinta al acreedor y aún cuando nuestra Legislación Civil, no lo establezca expresamente en el Capítulo Tercero dedicado a la inejecución de las Obligaciones en el Libro VI del Código Civil. Nada impide que se pueda pactar en este sentido, bastando sólo para ello de acuerdo por ejemplo con lo prescrito en el artículo 1458 del Código Civil que el tercero haya hecho conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso del derecho establecido en el contrato para que sea exigible cualquier tipo de obligación nacida de aquel, que puede ser la principal o la accesoria resultante de la cláusula penal establecida, para el aseguramiento en el cumplimiento de la obligación principal, pudiendo ser hecha valer no sólo por el propio tercero beneficiario; sino hasta por los herederos de éste, salvo que exista un pacto distinto (Artículo 1459 del C.C.).

De igual modo, nada impide que la exigibilidad de la cláusula penal pueda transmitirse también a los herederos del acreedor -aún cuando expresamente en el contrato que origina la prestación principal y por ende la accesoria, como es el caso de la cláusula penal- no se hubiere especificado ni previsto la muerte de dicho acreedor, pues de acuerdo con lo prescrito en el Artículo 660 del Código Civil, referido a la transmisión sucesoria, "desde el momento de la muerte de una persona, los bienes derechos, y obligaciones que constituyen la herencia, se transmiten a sus sucesores" que son los que tendrían el derecho a exigir el cumplimiento de la obligación principal y de no haberla satisfecho el deudor por culpa o dolo en vida de su causante el acreedor, producido el deceso de éste estando prevista la aplicación de una cláusula penal,

tendrían derecho los herederos del acreedor a exigirla.

**7.10.- ES LEGAL .-** La cláusula penal se encuentra respaldada y protegida por la ley y nadie puede pretender sustraerse de su cumplimiento, pues el acreedor puede hacer valer todos los apremios legales pertinentes destinados al logro del derecho que le asiste. Nuestra Legislación Civil le dedica diez artículos que van del 1341 al 1350 del Código Civil.

**7.11 .- ES COERCITIVA.-** Porque conmina o constriñe al deudor con la inminencia de una sanción a satisfacer lo convenido, evitando así tener que discutir el monto indemnizatorio, resarcitorio o sustitutorio de la obligación principal no cumplida.

**8.- TEORIAS SOBRE CÓMO SE PACTA LA CLÁUSULA PENAL.-** Con respecto a la forma cómo puede pactarse la cláusula penal, existen dos tesis: una amplia y otra restringida, que dividen actualmente a la doctrina civilista.

**8.1.- TESISAMPLIA.-** A decir de PEIRANO, "la mayoría de autores contemporáneos se inclinan a favor de la tesis amplia" (16), según la cual, la cláusula penal, no sólo es posible mediante los contratos, ya que ella puede figurar mediante otra clase de actos jurídicos distintos a los contratos, como es en el caso de que el testador, disponga que en caso de que el heredero encargado de cumplir con entregar el legado, no satisfaga de un modo propio su ejecución, asuma el pago de la cláusula penal establecida a favor del legatario, siendo del mismo criterio nos dice DE RUGGIERO para quien "no solamente en los contratos, sino también en los testamentos: las disposiciones testamen-



tarias 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” (17), manifestando que son del mismo criterio STOLFI, FERREIRA y otros autores.

Desde este punto de vista, Peirano repitiendo lo que dice en su obra “Principios de Derecho Civil Francés” transcribe “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, aún 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 que son verdaderas cláusulas penales”; y aún más añade que este criterio ha sido defendido en el Río de la Plata por COLMO, quien manifiesta en su obra Derecho de Obligaciones: “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 vez”. Posición que considero extremada, porque si es verdad que pueden imponerse sanciones económicas previstas por la ley para los casos de incumplimiento y el juez, que por el principio de la iura novit curia (el juez conoce el derecho) y el poder discrecional que tiene para analizar las cosas que se le someten en busca de la tutela jurisdiccional efectiva por parte del peticionante, aplica sanciones, multas, pago de intereses moratorios, no podemos confundir esto con lo que en esencia supone la cláusula penal basada en la libertad de contratar y por tanto el respeto al principio de la pacta sunt servanda, que siempre que lo acordado no atente contra normas de orden público es válida, no se pueden confundir,

son instituciones distintas, las imposiciones del testador son de carácter unilateral, dispositivo e igual las decisiones judiciales que en nombre del Estado por el Ius imperium del que está investido las impone.

**8.2.- TESIS RESTRINGIDA.-** En contra de la tesis amplia, que se transplanta del régimen de la cláusula penal a otras zonas ajenas al derecho de las obligaciones, se encuentra esta tesis denominada Tesis Restringida o contractualista de la cláusula penal y según la cual, ésta no puede tener su origen sino en una convención.

Esta definición es defendida por GIORGI en su obra Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno, que al estudiar los medios jurídicos de que dispone el derecho moderno para impedir el incumplimiento de las obligaciones, cita entre éstos a la cláusula penal que sólo es posible pactarse en los contratos de los cuales derivan las obligaciones.

Para nuestro legislador nacional, de acuerdo con lo expresado en los artículos que tratan sobre la cláusula penal, podemos decir que se acoge a la tesis restringida cuando define a la cláusula penal como un pacto, por el que se acuerda, que en caso de incumplimiento uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, que tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación, es decir a la acordada entre las partes y a que se devuelva la contraprestación si la hubiere, salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior, quedando en este caso el abligado, a pagar el íntegro de la penalidad, computándose ésta como parte de los daños y perjuicios si éstos fueran mayores.



## 9.- CLASES DE CLÁUSULA PENAL.

### 9.1.- CLÁUSULA PENAL CUMULATIVA (RATO MANENTE PACTO ).-

En virtud de la cual le permite al acreedor el poder exigir además de la prestación principal la penalidad. Es la prevista para el caso de retraso en el cumplimiento de la obligación principal por parte del deudor. Para ello es necesario haber constituido en mora al deudor.

El Art. 1342 C.C. establece: "Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora, o en seguridad de un pacto determinado el acreedor tiene derecho para exigir además de la penalidad el cumplimiento de la obligación."

La cláusula penal cumulativa no es otra que la cláusula penal moratoria y que ha sido prevista para el caso que el deudor retarde el cumplimiento de la obligación. Se trata de una multa para el cumplimiento de lo debido.

Es sustitutiva de los daños y perjuicios moratorios y se acumula con el beneficio que representa el cumplimiento de la prestación debida, que se llevó a cabo tardíamente. El acreedor no está obligado a probar la existencia, ni la cuantía del daño.

Según ATILIO ANIBAL ALTERINI, la cláusula penal moratoria "se da en el caso de inejecución temporaria" (18) , es decir no ejecuta lo prometido en la fecha señalada en el contrato, sino posteriormente.

Para LLAMBIAS se hablará de mora cuando el deudor no obra de manera diferente a la conducta que debía tener, según los términos de la obligación. Lo que se denomina como incumplimiento material de la obliga-

ción, porque aparece como una manera de conducta contraria a la exigida en una obligación " (19); es decir el deudor incurre en mora cuando no cumple en tiempo oportuno y por causa que le es imputable, la prestación debida, por tanto por el retraso que se tiene para su cumplimiento carece de interés para el acreedor. La mora agrava la responsabilidad del deudor cuando se trata de obligaciones que recaen sobre determinada cosa cierta , el deudor no se libera si la cosa perece después de la mora , aún cuando perezca por causas no imputables a aquel (caso fortuito, fuerza mayor), puesto que ya estaba en mora .

### 9.2.- CLÁUSULA PENAL SUSTITUTIVA O COMPENSATORIA.-

Para el caso de pérdida total de la obligación de dar o inejecución definitiva y total de la obligación, en que el deudor se obliga la penalidad en la que está contenida el precio de la cosa o lo percibido por la obra o servicio, además del resarcimiento por la inejecución de la misma, de modo tal que todo ello supla el monto total de los daños y perjuicios y que aún más si, sin perjuicio de ello se hubiere estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso el deudor deberá pagar la penalidad ; pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueron mayores. (Art. 1341 del C.C.).

Tiene el carácter de cláusula compensatoria aquella que ha sido prevista por las partes para el caso de incumplimiento absoluto, para el caso de que por razones sobrevinientes a la formación del vínculo , ya no sea posible o sea inútil por pérdida de interés del acreedor el cumplimiento de la obligación; por tanto el acreedor podrá exigir el pago de la pena , cumpliendo así su función indemnizatoria.



Planiol señala que la posibilidad de obtener una indemnización en lugar de la cosa debida, no convierte la obligación en alternativa a elección del acreedor y éste no podrá pretender, a su antojo la prestación en especie o en dinero. Se debe el hecho o la prestación designados como objeto de la obligación, y el deudor podrá liberarse en todo, cumpliéndolos. La sustitución del objeto real de la deuda, por una indemnización, más que un remedio supone que previamente se ha comprobado el hecho del incumplimiento definitivo imputable al deudor. Según PLANIOL “la indemnización por tanto, tendrá efectivamente el carácter compensatorio y no irá acumulada con el objeto especial de la obligación a que corresponde” (20).

#### **10.- REQUISITOS DE LA CLÁUSULA PENAL.**

- Transgresión de la obligación Incumplimiento absoluto (inejecución o por ejecución tardía o defectuosa).
- Quebrantamiento de la relación obligatoria: Por causa imputable al deudor por dolo o culpa.
- Interpelación al deudor: Para la objetivación y delimitación del incumplimiento.

**11.- MOMENTOS DE LA ESTIPULACIÓN.-** Puede darse, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1344 del Código Civil al momento de contraerse la obligación o posteriormente. El antecedente histórico de este artículo lo constituye el artículo 1223 del Código Civil de 1936, que fue tomado del artículo 916 del Código Brasileiro.

**11.1.- AL MOMENTO DE CONTRAER LA OBLIGACIÓN.-** De modo general la cláusula penal es pactada al momento de

contraerse la obligación principal que le da origen, pues ésta es la razón de ser de su existencia, no se le puede concebir independientemente de ella, la cláusula penal lo que hace es garantizar el cumplimiento de la obligación principal y es por ello que tienen que ser pactada antes de la ejecución de la obligación.

#### **11.2.- POR PACTO POSTERIOR.-**

Constituida la obligación principal, nada es obstáculo, para que las partes contratantes, si así lo desean, puedan pactar posteriormente la cláusula penal, pues su naturaleza accesoria debe igualmente cumplir con la misma formalidad de la principal, salvo si ésta fuera meramente consensual, la accesoria también lo será. Cabe anotar que el hecho de que se pacte posteriormente, de ninguna manera supone que se celebre luego de producido el incumplimiento, si este fuere el caso estaríamos frente a un pago, transacción, mas no a una cláusula penal, que lo que persigue es el aseguramiento del cumplimiento de la obligación principal, y por tanto debe pactarse antes de que se cumpla o venza el plazo de ésta.

**12.- UTILIDAD DE ESTA FIGURA.-** La cláusula penal es de suma utilidad porque:

- Permite preveer de antemano una utilidad pecuniaria en caso de incumplimiento de la obligación, evitando tener que discutir posteriormente a cuánto ascienden los daños y perjuicios irrogados.
- Es persuasiva, en cuanto a que las partes saben con certeza a lo que se atienen en caso de incumpliendo.

**13.- FUNCIONES DE LA CLÁUSULA PENAL.-** La cláusula penal cumple dis-



tintas funciones, dependiendo de la voluntad de las partes y de acuerdo con lo permitido por la ley:

**13.1.- FUNCIÓN COMPULSIVA.-** Se estipula para asegurar el cumplimiento de la prestación principal, psicológicamente ejerce presión sobre el obligado, constriéndolo a cumplir, porque de antemano conoce cuáles serán las consecuencias pecuniarias a las que se sujeta., la misma que será superior a la obligación principal.

**13.2.- FUNCIÓN RESARCITORIA.-** La cláusula penal constituye una liquidación convencional anticipada de los daños que el incumplimiento de la obligación provoque al acreedor, haciendo posible su resarcimiento, aún cuando aquellos no se presentase al acreedor, que no tiene que probar que los sufrió.

**13.3.- FUNCIÓN RESOLUTORIA.-** Puesto que de darse la situación prevista en la cláusula penal y por tanto la inexecución de la obligación o el cumplimiento tardío de la misma, por causas imputables al deudor, prácticamente la obligación se da por resuelta, transformada en el pago de daños y perjuicios, fijados con antelación.

**13.4.- FUNCIÓN LIBERATORIA.-** Toda vez que producida el incumplimiento y satisfecha la penalidad de acuerdo a lo pactado en la cláusula penal, como resultado de ella, el deudor se libera de la obligación.

**13.5.- FUNCIÓN PUNITIVA.-** Constituye una verdadera pena, pero de carácter económico, pecuniario, equivalente a una sanción, que sólo purga el deudor cuando paga o cumple con penalidad.

**13.6.- FUNCIÓN CUMULATIVA.-** Porque el cumplimiento de la cláusula penal no libera al deudor de cumplir con la prestación principal en caso de mora.

**13.7.- FUNCIÓN DE SIMPLICACIÓN PROBATORIA DE DAÑOS.-** La cláusula penal, fija de antemano los daños y perjuicios irrogados, evitando tener que probarlos, ni discutirlos judicialmente.

**14.- REDUCCIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL.-** Procede:

- A) Cuando sea manifiestamente excesiva.
- B) Cuando la obligación sin haber sido totalmente e integralmente incumplida ha sido cumplida en parte o regularmente cumplida.

La reducción deberá ser equitativa, el juez no ha de atenerse a la tasa fija necesariamente, el juez deberá tener en cuenta que parte de la obligación ha sido cumplida y cuál no la ha sido y también si la parte cumplida resulta inútil para el acreedor (no cabría reducción).

Para determinar la ejecución de la pena por ejecución parcial o irregular, el juez deberá evaluar el grado de ventaja que el acreedor pueda haber obtenido con dicha ejecución.

El inconveniente de la fórmula adoptada por el artículo arriba mencionado radica en que el juez para poder reducir la pena pactada cuando resulta ser excesivamente onerosa deberá evaluar la existencia y cuantía de los daños y perjuicios, que viene a ser justamente lo que tratan de evitar las partes, cuando lo fijan de antemano en una cláusula penal, desnaturalizándose esta institución al so-



meterla al poder discrecional del juez quien hará la estimación respectiva reduciéndola, sin embargo valgan verdades, la ley no puede amparar el abuso del derecho, que aún cuando la cláusula penal es negociada y concertada por las partes contratantes respecto a la forma de asegurar el cumplimiento de la obligación, puede resultar manifiestamente excesiva y leonina.

Si las partes pactaran que la pena será igual para el caso de inexecución total o parcial de la obligación, el juez tendrá en cuenta la gravedad de la falta, el interés del acreedor y hasta qué punto sus intereses han sido lesionados con la inexecución total o parcial, situación económica de las partes, intención del deudor así como su solvencia moral.

Probar que la pena es excesiva corresponde al obligado ya que es él quien afirma y está dirigida contra el acreedor.

## **15.- DISTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS DEL DERECHO DE OBLIGACIONES:**

**15.1.- CON LAS OBLIGACIONES ALTERNATIVAS.-** En las obligaciones alternativas hay varias prestaciones que están en obligación, todas son principales y basta que el deudor cumpla con una de ellas para que la obligación se de por satisfecha o saldada; en cambio en las obligaciones con cláusula penal, la obligación principal es una y sólo se cumple con la prestación accesoria, cuando el deudor incurre en mora o sencillamente no cumple con la prestación principal o la cumple defectuosamente; agregado a ello de que la prestación accesoria reviste la calidad de una sanción cuyo monto es superior a la prestación principal, a la cual compren-

de, más los daños y perjuicios previamente establecidos. Además en las obligaciones alternativas si una de las prestaciones se pierde, el deudor o el acreedor según sea el caso podrá elegir de entre las otras prestaciones que quedan, lo que no ocurre con la cláusula penal en donde no hay posibilidad de elección.

**15.2.- CON LAS OBLIGACIONES FACULTATIVAS.-** En las obligaciones facultativas el deudor es el único que puede sustituir la prestación principal con una accesoria, que es de valor equivalente a la principal, en cambio en las obligaciones con cláusula penal quien exige la obligación accesoria que constituye la penalidad es el acreedor, que puede exigir el cumplimiento de la obligación principal, además del pago de la pena. Además en las obligaciones facultativa se busca favorecer al deudor. mientras que en la cláusula penal al acreedor.

**15.3.- CON LAS OBLIGACIONES CONDICIONADAS.-** En las obligaciones condicionadas no existe obligación alguna para el deudor, antes del cumplimiento real y efectivo de la condición; en cambio en las obligaciones con cláusula penal existe una obligación principal, cuya existencia antecede a la cláusula penal, que sólo se ejercerá cuando se produzca la culpa o el dolo que son causales o condición para hacer exigible la penalidad, que dista mucho de ser la obligación principal; puesto que la supera ostensiblemente. Además en las obligaciones condicionadas los derechos del acreedor son inciertos, dependen de un acontecimiento que puede ocurrir o no, pero que no tiene nada que ver con la culpa o el dolo, mientras que en las obligaciones con cláusula penal los derechos del acreedor son ciertos y están referidos a la prestación



principal que de cumplirse tardíamente o de no cumplirse totalmente o defectuosamente por causas imputables al deudor, dará lugar a exigirse la penalidad por el acreedor.

**15.4.- CON LAS OBLIGACIONES CONJUNTAS O CONJUNTIVAS.-** Estas tienen por objeto dos o más prestaciones, cuyo cumplimiento total, de cada una de ellas por parte del deudor da por satisfecha la obligación; mientras que en las obligaciones con cláusula penal el deudor sólo se obliga a cumplir con la prestación principal que de no satisfacerse en el tiempo y modo establecido, dará recién lugar al pago de la pena.

**16.- NULIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL.-** La nulidad de la cláusula penal, no origina la de la obligación principal, porque lo accesorio no determina lo principal; la cual se mantiene vigente y con plena validez. Ocurre lo contrario cuando siendo nula la obligación principal, la cláusula penal pactada con relación a la misma, resulta nula; puesto que lo accesorio sigue el destino de lo principal y no al revés. El artículo 1345 del Código Civil así lo establece.

**17.- EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL DIVISIBLE E INDIVISIBLE.**

Cabe anotar que de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1347 del Código Civil “Cada uno de los deudores o de los herederos del deudor está obligado a satisfacer la pena en proporción a su parte, siempre que la cláusula penal sea divisible, aunque la obligación sea indivisible” y de igual manera el artículo 1348 del Código Civil se establece “ Si la cláusula penal es indivisible, cada uno de los deudores y de sus here-

deros queda obligado a satisfacer íntegramente la pena”.

Lo expresado anteriormente por el legislador quiere decir que para los codeudores o herederos del deudor el principio de la divisibilidad o indivisibilidad queda fijado por la naturaleza jurídica de la prestación que conste en la cláusula penal y no por la obligación principal, que aunque puede haber dado origen a la accesorio, mantiene su independencia en cuanto a su existencia y nada la puede afectar.

**18.- EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL SOLIDARIA.-**

De acuerdo con el artículo 1349 del Código Civil “ Si la cláusula penal fuese solidaria, pero divisible, cada uno de los deudores queda obligado a satisfacerla íntegramente. En caso de muerte de un codeudor, la penalidad se divide entre sus herederos en proporción a las participaciones que les corresponda en la herencia.”

De acuerdo con este artículo tenemos que tener en cuenta que aquí se aplican las reglas de la solidaridad, en cuanto que tanto en un contrato como en un testamento a favor de terceros, es decir que la prestación penal se realice a favor de una la ley y nadie puede pretender sustraerse de su cumplimiento, pues el acreedor puede hacer valer todos los apremios legales en proporción a la parte que les correspondió en la herencia, con respecto al deudor que les transmitió dicha penalidad solidaria pero divisible.

En este sentido, dichos artículos guardan concordancia con lo prescrito en el artículo 661 del C. Civil que a la letra dice: “El heredero responde las deudas y cargas de



la herencia, sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta ...”; es decir, de morir el deudor que es el obligado a cumplir la obligación principal y de obrar con culpa o dolo al cumplir con la penalidad establecida en el contrato, el acreedor puede exigir el cumplimiento de la penalidad establecida en la cláusula a los herederos del deudor, pero cada uno en proporción a la parte que les correspondió en la herencia.

### **19.- DERECHO DE REINTEGRO DE LA CLÁUSULA PENAL.**

El artículo 1350 del Código Civil establece: “ Los codeudores que no fuesen culpables, tienen expedito su derecho para reclamar de aquel que dio lugar a la aplicación de la pena.”

Esta regla constituye una aplicación específica de las contenidas en los artículos 1180 y 1195 del Código Civil, en virtud de las cuales, los codeudores en una obligación indivisible o solidaria no culpables por el incumplimiento, no responden por los daños y perjuicios por el codeudor o codeudores que lo provocaron, por lo que de haber pagado la deuda, tiene derecho al reintegro por parte de los deudores culpables del incumplimiento de lo que hubieren pagado a título de penalidad.

### **20.- LA CLÁUSULA PENAL EN LA LEGISLACION COMPARADA.**

#### **C.C. ECUATORIANO.**

Artículo 1578.- Cláusula penal, es aquella en que una persona para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no cumplir la obligación principal, o de retardar su cumplimiento (21).

#### **C.C. CHILENO.**

Artículo 1535.- La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo, en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal (22).

#### **C.C. ARGENTINO.**

Artículo 652.-La cláusula penal es aquella en que 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 (23).

#### **C.C. VENEZUELA.**

Artículo 1257.- Hay obligación con cláusula penal cuando el deudor, para asegurar el cumplimiento de la obligación, se compromete a dar o a hacer alguna cosa, para el caso de inejecución o retardo en el cumplimiento (24).

### **21.- CONCLUSIONES:**

- El Código Civil vigente ha consignado las Obligaciones con Cláusula Penal al final del Libro VI del C. C. en el Capítulo Tercero, del Título IX referido a la Inejecución de las Obligaciones.
- La cláusula penal siempre ha sido considerada como una obligación con pluralidad objetiva, por existir una prestación principal y otra adicional que unas veces se desarrolla como accesoria y otras como subsidiaria.
- La finalidad de la cláusula penal es asegurar el cumplimiento de la obligación principal, manteniendo un carácter coercitivo.



- La cláusula penal es de naturaleza civil y convencional.
- La cláusula penal tienen carácter eminentemente pecuniario y de no cumplirse extrajudicialmente, puede ser exigida judicialmente.
- La cláusula penal tiene doble efecto: preventivo, por ser una advertencia una amenaza al deudor, haciéndole recordar el cumplimiento de lo debido; y represivo, porque equivale a una sanción o una pena de darse el incumplimiento.
- La cláusula penal puede ser pactada al momento de contraerse la obligación o posteriormente antes del vencimiento de la obligación.

#### NOTAS:

1. CAZEAUX, Pedro N., y TRIGO REPRESAS, Felipe A. Derecho de las Obligaciones. Segunda edición aumentada y actualizada. Librería Editora Platense S.A. Argentina. Pág. 392.
2. GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. Derecho Privado Romano. Edición abreviada. DYKUNSON. Madrid 1993. Pág. 351.
3. URIBE HOLGUIN, Ricardo. De las Obligaciones y de los Contratos en General. Editorial Temis. Colombia. Pág. 136.
4. BONILLA, F. Código Civil. Editorial Litográfica. La Confianza S.A. Lima- Perú. Pág. 225.
5. PUIG PEÑA. Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV – Vol. 3. Madrid 1951. Pág. 78.
6. ENNECCERUS-KIPP-WOLFF. Tratado de Derecho Civil. Trad. Esp. 2ª edición. Barcelona 1947. Pág. 185.
7. GOMEZ CALERO. Contratos Mercantiles. Editorial Temis. Bogotá 1983. Pág. 50.
8. PUIG BRUTAU. Compendio de Derecho Civil. Volumen II. Editorial BOSCH. Barcelona 1997. Pág. 1-9.
9. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Derecho Civil. Obligaciones. Tomo I. Abeledo Perrot. Buenos Aires –Argentina. 1946. Pág. 220.
10. RIPERT, Georges y BOULENGER, Jean. Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. La Ley. Buenos Aires 1984. Tomo IV Vol. I. Pág. 494.
11. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones. Tomo I. Teoría General de las Obligaciones. Lima 1957. Pág. 175.
12. LEÓN BARANDIARÁN, José Comentarios al Código Civil Peruano. Tomo II. Ediar. Buenos Aires 1956. Pág. 179.
13. RAMIREZ, Eugenio María. Curso de Obligaciones. Editorial San Marcos. 1997. Pág. 317.
14. ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. 4ta edición. Editorial PSCH. Barcelona 1977. Pág. 261.
15. PEIRANO FACIO, Jorge La Cláusula Penal. Segunda edición. Editorial Temis. Librería. Bogotá Colombia. 1982. Pág. 105.
16. PEIRANO FACIO, Jorge. La Cláusula Penal. Segunda edición. Editorial Remis. Librería. Bogotá Colombia. 1982. Pág. 168.
17. DE RUGGIERO. Instituciones de Derecho Civil. Tomo II. Madrid 1931. Pág. 159.
18. ALTERINI ATILIO, Anibal y otros. Derecho de Obligaciones. Abeledo Perrot 1996. Buenos Aires. Pág. 294.
19. LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho de las Obligaciones. Tomo I. 5ta edición. Abeledo Perrot 1994. Buenos Aires Pág. 121.
20. PLANIOL MarcelLY RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomos VI y VII Editorial Cultural La Habana 1940. Pág. 187.
21. Código Civil de la República del Ecuador. Año 2002. Pág. 236.
22. Código Civil de la República de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Edición Oficial. Año. 1992. Pág. 360.
23. Código Civil de la República de Argentina. Segunda Edición. Ediciones Acayú. Buenos Aires. 1953. Pág. 151.
24. Código Civil de la República de Venezuela. Edición Oficial. Caracas Imprenta Nacional. 1982. Pág. 312.



Clotilde C. Vigil Curo

## BIBLIOGRAFÍA:

- ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. 4ta edición. Barcelona. Editorial PSCH. 1977.
- ALTERINI ATILIO, Anibal y otros. Derecho de Obligaciones. Abeledo Perrot 1996. Buenos Aires.
- BONILLA, F. Código Civil. Editorial Litográfica. La Confianza. S.A. Lima- Perú.
- CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones. Tomo I. Teoría General de las Obligaciones. Lima 1957.
- CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Felipe A. Derecho de las Obligaciones. Segunda edición aumentada y actualizada. Librería Editora Platense S.A. Argentina.
- DE RUGGIERO. Instituciones de Derecho Civil. Tomo II. Madrid 1931.
- ENNECCERUS-KIPP-WOLFF. Tratado de Derecho Civil. 2º edición. Barcelona 1947.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. Derecho Privado Romano. Edición abreviada. DYKUNSON. Madrid 1993.
- GOMEZ CALERO. Contratos Mercantiles. Editorial Temis. Bogotá 1983.
- LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil Peruano. Tomo II. Ediar. Buenos Aires 1956.
- PEIRANO FACIO, Jorge. La Cláusula Penal. Segunda Edición. Editorial Temis - Librería. Bogotá Colombia. 1982.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomos VI y VII. Editorial Cultural. La Habana 1940.
- PUIG BRUTAU, José. Compendio de Derecho Civil. Volumen II. Editorial BOSCH. Barcelona 1997.
- PUIG PEÑA, Federico. Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV - Vól. 3. Madrid 1951.
- RAMIREZ, Eugenio María. Curso de Obligaciones. Editorial San Marcos 1997.
- RIPERT, Georges y BOULENGER, Jean. Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. La Ley. Buenos Aires 1984. Tomo IV Vol. I.
- URIBE HOLGUIN, Ricardo. De las Obligaciones y de los Contratos en General. Editorial Temis. Colombia. 1982.
- Código Civil de la República del Ecuador. Año 2002.
- Código Civil de la República de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Edición Oficial. Año 1992.
- Código Civil de la República de Argentina. Segunda Edición. Ediciones Acayú. Buenos Aires. 1953.
- Código Civil de la República de Venezuela. Edición Oficial. Caracas Imprenta Nacional. 1982.