

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA CLÁUSULA PENAL COMO CONVENCIÓN ACCESORIA ESTIPULADA AL
NEGOCIO OBLIGACIONAL PRINCIPAL EN LA SOCIEDAD GUATEMALTECA**

JOSÉ ISAURO RIVAS MARTÍNEZ

GUATEMALA, JULIO DE 2017

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA CLÁUSULA PENAL COMO CONVENCION ACCESORIA ESTIPULADA AL
NEGOCIO OBLIGACIONAL PRINCIPAL EN LA SOCIEDAD GUATEMALTECA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JOSÉ ISAURO RIVAS MARTÍNEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, julio de 2017

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 23 de marzo de 2015.

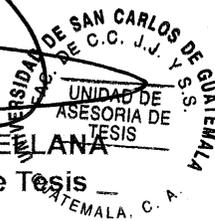
Atentamente pase al (a) Profesional, CARLOS DIONISIO ALVARADO GARCÍA
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
JOSÉ ISAURO RIVAS MARTÍNEZ, con carné 200515641,
 intitulado LA CLÁUSULA PENAL COMO CONVENCIÓN ACCESORIA ESTIPULADA AL NEGOCIO
OBLIGACIONAL PRINCIPAL EN LA SOCIEDAD GUATEMALTECA.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

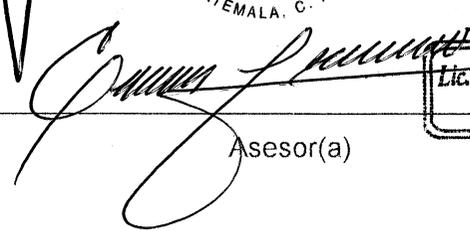
Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

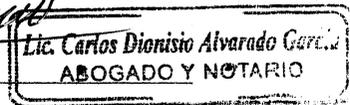

 DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 26 / 03 / 2015

f)

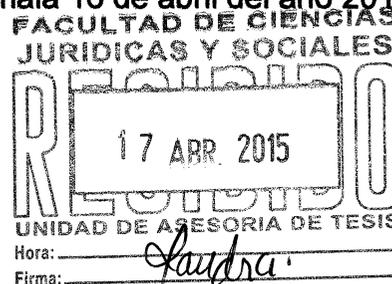

 Asesor(a)



Lic. Carlos Dionisio Alvarado García
Abogado y Notario



Guatemala 16 de abril del año 2015



Doctor
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Su Despacho.

Muy atentamente le informo que de acuerdo al nombramiento de fecha veintitrés de marzo del año dos mil quince, he procedido a la asesoría de tesis del bachiller JOSÉ ISAURO RIVAS MARTÍNEZ, la cual es referente al tema nombrado: "LA CLÁUSULA PENAL COMO CONVENCION ACCESORIA ESTIPULADA AL NEGOCIO OBLIGACIONAL PRINCIPAL EN LA SOCIEDAD GUATEMALTECA", y después de llevar a cabo las modificaciones correspondientes le doy a conocer:

1. Durante la investigación del trabajo de tesis, el bachiller estudia dogmática, jurídica y doctrinariamente la cláusula penal, demostrando dedicación y esmerándose en presentar un informe final fundamentado en la normativa vigente.
2. Me encargué de asesorar la tesis y estuve pendiente del desarrollo de la misma, así como de la redacción de su presentación, hipótesis, comprobación de la hipótesis y de la bibliografía utilizada.
3. Los objetivos se alcanzaron y dieron a conocer soluciones certeras a la problemática actual. La hipótesis comprobó la importancia del negocio obligacional principal en el país.
4. Durante el desarrollo de la misma se utiliza una ortografía correcta, la letra y márgenes adecuados, siendo la conclusión discursiva congruente con los capítulos que se desarrollaron y de importancia para indicar la promesa de llevar a cabo una prestación pecuniaria en relación a la obligación principal.
5. La tesis es un aporte bastante significativo y el trabajo consta de cuatro capítulos que abarcan los aspectos más importantes del tema, desarrollando técnicamente la bibliografía consultada. Se hace la aclaración que entre el sustentante y el asesor no existe parentesco alguno entre los grados de ley.
6. Se utilizaron los métodos de investigación y las técnicas necesarias para garantizar una investigación adecuada para el estudio de la cláusula penal como convención accesoria estipulada al negocio obligacional principal.

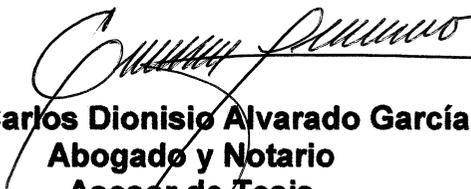
=====
6ª. Avenida 11-43 zona 1 Edificio Panam 2do nivel oficina 203
Tel: 55805431

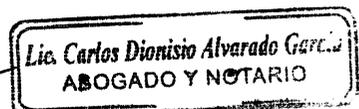
**Lic. Carlos Dionisio Alvarado García
Abogado y Notario**



Me permito opinar que el trabajo de tesis satisface correctamente y reúne los requisitos necesarios para su aprobación, tal y como lo establece el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por ende emito **DICTAMEN FAVORABLE** el cual a mi juicio llena los requisitos exigidos previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente.


**Lic. Carlos Dionisio Alvarado García
Abogado y Notario
Asesor de Tesis
Col. 9824**



=====

**6ª. Avenida 11-43 zona 1 Edificio Panam 2do nivel oficina 203
Tel: 55805431**



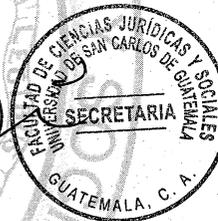
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 19 de mayo de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JOSÉ ISAURO RIVAS MARTÍNEZ, titulado LA CLÁUSULA PENAL COMO CONVENCIÓN ACCESORIA ESTIPULADA AL NEGOCIO OBLIGACIONAL PRINCIPAL EN LA SOCIEDAD GUATEMALTECA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs



Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO





DEDICATORIA

A DIOS:

Por darme la vida, la sabiduría y por ser mi guía en todo momento, por enseñarme que en las adversidades de la vida siempre hay una forma de salir adelante.

A MIS PADRES:

José Tobías Rivas Baires y Ana Milagro Martínez González, por traerme a este mundo, brindarme su apoyo incondicional en todo momento, y dejarme esta gran herencia, la educación y el estudio, Dios los bendiga siempre.

A MI HIJA:

Ana Sofía, por cambiarme la forma de ver este mundo y llenar mi vida de felicidad, te amo.

A MIS HERMANOS:

Keevin Noel, Mezeidy Raquel, Geovanny Tobias (+), Milagro Vicenta, Nieves Isela, Glenda Diamantina y Virgilio Isaias, por su amor sincero, apoyo y ayuda incondicional para poder cumplir este sueño, gracias por creer en mí los quiero.

A MIS SOBRINOS:

Por llenar de alegría la vida de toda la familia.



A MIS COMPAÑEROS DE ESTUDIO:

Por todo el tiempo compartido durante toda la carrera, gracias por su apoyo.

A MIS AMIGOS:

Por dejarme compartir los momentos de alegría y felicidad en sus vidas, gracias por su amistad.

A:

Todos aquellos que me rodearon en los momentos más duros de la vida y me brindaron su apoyo para salir adelante.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, por permitirme ser parte de ella, y en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por forjarme en sus gloriosas aulas.



PRESENTACIÓN

El aporte de la tesis, indica que la cláusula penal es un pacto que se une a una obligación principal siempre y cuando ésta sea de tracto sucesivo, en virtud de estipulaciones a una indemnización de daños y perjuicios que habrá de satisfacerse por uno, por varios o por todos los contratantes para los supuestos concretos que se determinen, de incumplimiento total o cumplimiento irregular, atendiendo al tipo de incumplimiento que se dé se hará una revisión judicial. Consiste, generalmente en una prestación pecuniaria, pero no hay inconveniente alguno en admitir, como contenido de la misma, cualquier otra prestación o cualquier otra modalidad de consecuencia frente al incumplimiento. Por ello, se escogió el tema de tesis que se intitula la cláusula penal como convención accesoria estipulada al negocio obligacional principal en la sociedad guatemalteca.

La investigación es cualitativa y con la misma se estableció que a las partes no les está prohibido pactar otra cosa distinta que la pretensión de un hecho. Su estudio abarca el territorio correspondiente a la ciudad capital durante los últimos tres años. Se estipula que la falta de pago de la obligación de entregar el inmueble vendido en el plazo fijado, se hará posible al vendedor de una pena consistente en determinada suma de dinero; vencido el plazo fijado para la principal, se torna exigible la cláusula penal; pero no existe ningún impedimento legal para que sea la propia cláusula la que esté sometida a una modalidad, en cuyo caso la exigibilidad de la principal no opera la de la cláusula hasta tanto se opere el hecho previsto para habilitar al acreedor a requerir la accesoria.



HIPÓTESIS

La hipótesis formulada del tema de tesis intitulado la cláusula penal como convención accesoria estipulada al negocio obligacional principal en la sociedad guatemalteca, señaló que se tiene que reducir la pena en proporción al perjuicio evitado por el cumplimiento parcial o irregular, a pesar de que la determinación de la cláusula penal entra dentro de la autonomía de la voluntad de las partes.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Se comprobó la hipótesis formulada del tema intitulado la cláusula penal como convención accesoria estipulada al negocio obligacional principal en la sociedad guatemalteca, y dio a conocer que como todo negocio jurídico, la cláusula penal puede estar sometida a modalidades, como son el plazo, la condición o el cargo. No existe impedimento en sostener que la falta de cumplimiento de la obligación principal provocará la obligación de entregar determinada suma de dinero, la que deberá hacerse efectiva en el término de un año, contado a partir de la interpelación que actúe al acreedor de la pena; o que esta suma se pagará bajo la condición de que en ese año el deudor sea productivo.

Lo expuesto, es de mucha importancia si se vincula al profundo problema de la exigibilidad de la cláusula penal, en efecto, si la pena no está sometida a ninguna modalidad, se considera que ella se hace exigible desde que se torna en tal la principal, por efecto de la accesoriidad.

Se acudió al método de enseñanza didáctico y casuístico para propiciar con ello un análisis crítico y constructivo tanto de la doctrina como de la jurisprudencia adecuándola a la particularidad de cada institución, buscando una redacción clara, concisa y pedagógicamente útil. Se llevó por ende un estudio jurídico del tema, para enriquecer el panorama doctrinal recurriendo de forma constante al análisis del derecho, empleando la técnica documental y los métodos: deductivo y analítico.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Negocio obligacional.....	1
1.1. Definición de negocio jurídico.....	2
1.2. Hechos jurídicos.....	3
1.3. Clasificación de los hechos jurídicos.....	5
1.4. Actos jurídicos.....	6
1.5. Origen y vicisitudes.....	8
1.6. Teoría de la voluntad.....	10
1.7. Teoría de la declaración.....	11
1.8. Proceso de transición.....	12
1.9. Declaración de voluntad.....	13
1.10. Categoría del negocio jurídico.....	14
CAPÍTULO II	
2. La contratación.....	17
2.1. Conceptualización.....	18
2.2. Regulación legal.....	19
2.3. Significado institucional.....	21
2.4. Principios.....	22



2.5. Funciones de la autonomía de la voluntad..... 26

CAPÍTULO III

3. La cláusula penal..... 29

3.1. Definición..... 29

3.2. Expresión de voluntad..... 30

3.3. Fuentes de la cláusula penal..... 31

3.4. Caracteres de la pena convencional..... 31

3.5. Sujetos..... 34

3.6. Obligados al pago..... 35

3.7. Objeto..... 36

3.8. Forma..... 36

CAPÍTULO IV

4. La cláusula penal como convención accesoria estipulada al negocio
obligacional principal..... 39

4.1. Contrato accesorio obligacional..... 39

4.2. Funciones de la pena convencional..... 42

4.3. Cláusulas de dudosa clasificación..... 45

4.4. Extinción de la cláusula penal..... 45

4.5. Relación de la cláusula penal con figuras afines..... 54

4.6. Estudio de la cláusula penal como convención accesoria estipulada al negocio obligacional principal en la sociedad guatemalteca.....	61
---	----

CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	65
-----------------------------------	-----------

BIBLIOGRAFÍA.....	67
--------------------------	-----------



INTRODUCCIÓN

Se seleccionó el tema de la tesis, para así estudiar la figura de la cláusula penal, la cual es una institución de los contratos celebrados, siendo importante señalar que los términos cláusula penal, pena convencional y cláusula de indemnización son sinónimos. Con el presente trabajo, se pretende de manera sencilla aportar algunos aspectos importantes respecto a ésta figura, como su relación y diferencias con otras figuras afines, características y su modalidad como convención accesoria estipulada al negocio obligacional principal. Cuando las relaciones jurídicas no son de ejecución inmediata, surge para los contratantes un período de incertidumbre, que las partes tratan de cubrir mediante el establecimiento de garantías. Hoy en día, en que desafortunadamente se ha debilitado el valor de los modos de garantía, se han multiplicado no únicamente en el medio actual, sino en otros países. Los objetivos de la tesis, dieron a conocer que existe, entre los contratantes una manifiesta desconfianza, lo que motiva que aparezcan cláusulas asegurativas estipuladas en los contratos.

Con la hipótesis que se formuló, se comprobó que interesa el estudio de la cláusula penal, por cuanto es una figura de gran importancia que evita que las partes de un contrato al momento de tener una controversia al respecto del mismo, se vean en la necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para determinar los mismos, que al haber fijado una cláusula penal en caso de incumplimiento, la parte que se haya visto afectada por éste, sin más trámite podrá reclamarla o en caso de acudir a un tribunal, lo hará únicamente para exigir el cumplimiento de la cláusula y no para fijar los daños y perjuicios causados, es más no tendrá que probarlos.



La división de los capítulos fue la siguiente: el primer capítulo, se refiere al negocio obligacional, definición de negocio jurídico, hechos jurídicos, clasificación, actos jurídicos, origen y vicisitudes, teoría de la voluntad, teoría de la declaración, proceso de transición, declaración de voluntad y categorías del negocio jurídico; el segundo capítulo, indica la contratación, conceptualización, regulación legal, significado institucional, principios y funciones de la autonomía de la voluntad; el tercer capítulo, analiza la cláusula penal, definición, expresión de voluntad, fuentes de la cláusula penal, caracteres de la pena convencional, sujetos, objeto y forma; y el cuarto capítulo, estudia la cláusula penal como convención accesoria estipulada al negocio obligacional principal en la sociedad guatemalteca. La técnica utilizada fue la documental y los métodos empleados fueron el analítico y deductivo.

En un contrato lo realmente importante es su contenido y no su denominación, también por supuesto, para determinar la naturaleza de las cláusulas que puedan acompañar una obligación, lo verdaderamente trascendental radicarán en desentrañar la función que cada una de ellas haya de cumplir con el tráfico jurídico- económico, según la voluntad de quienes las hicieron nacer, de tal manera que puede suceder, y sucede en la práctica aunque en el país no sea tan común, que una cláusula que llaman penal los contratantes, no lo sea; y en cambio, una prestación accesoria a la que sus creadores dan cualquier otro nombre o aparezca como innominada, cosa muy frecuente, sea real y exactamente una cláusula penal, teniendo en cuenta que su esencia radica en constituir un sustantivo de los daños y perjuicios en los casos de incumplimiento, añadiéndose o no otro factor sancionador a la no realización de lo convenido.



CAPÍTULO I

1. Negocio obligacional

La doctrina o categoría del negocio jurídico obligacional es fundamental para la elaboración y ordenación sistemática del derecho, con grados de refinamiento difícilmente alcanzables.

El uso de la doctrina generalizado en el derecho, ha sido esencial y ello ha creado que la construcción de la teoría del negocio jurídico, haya venido a ser común para los privatistas, de quienes no prescinde.

Dentro de la categoría del negocio jurídico, existe un asunto de interés en sede teórica, desde el punto de vista práctico. De esa manera, lo acredita la abundancia doctrinaria y la jurisprudencia que se ha ocupado sobre el tema relacionado. Es también, un elevado índice de su trascendencia práctica el alto número de investigaciones sobre el negocio jurídico, debido a que no existen motivos serios para imaginar que el mercado de las ideas jurídicas se comporta de manera distinta a cualquier otro mercado.

Es fundamental la profunda y seria investigación sobre la teoría del negocio jurídico, que tiene por contenido la exposición sistemática de las reglas esenciales de la autonomía de la voluntad en el derecho guatemalteco vigente y, ello no únicamente es fuente de información teórica, crítica y práctica, sino a la vez un medio de información de buenos juristas.



1.1. Definición de negocio jurídico

"El negocio jurídico consiste en uno de los grandes descubrimientos de la ciencia jurídica. Es la declaración de voluntad creadora de efectos jurídicos, y del acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros, y al que el derecho enlaza los efectos de la función económico-social que caracteriza su tipo".¹

La autonomía privada es el poder de autorregulación de los propios intereses, que reconoce el derecho de constituir, modificar o extinguir las relaciones jurídicas de las privadas.

El negocio jurídico es un acto de autorregulación de intereses privados, el cual cuenta con naturaleza perceptiva y se manifiesta mediante una declaración de un comportamiento, en relación a las normas y no a las manifestaciones del querer interno.

Es notorio que se construye un nuevo concepto de negocio jurídico, que coloca en segundo plano a la voluntad y otorga relevancia preeminente al comportamiento como dato objetivo.

El negocio jurídico consiste en un acto de autonomía privada, que reglamenta para sus autores determinada relación o una determinada situación jurídica. El efecto inmediato de todo negocio jurídico, es relativo a la constitución, modificación o extinción entre las partes de una relación o una situación jurídica y del establecimiento de la norma de

¹ Cerezo González, Manuel Alejandro. **Derecho de obligaciones**. Pág. 33.



conducta o del precepto por el cual tienen que regirse los derechos recíprocos, o sea, los derechos y obligaciones que en virtud de esta relación recaen sobre las partes.

Existen dos elementos cuya integración resulta la noción de negocio jurídico a conocer: la manifestación de voluntad, que puede ser una o más personas; y el objetivo específico a que dicha voluntad de la producción produzca efectos jurídicos.

"El negocio jurídico es un acto jurídico de declaración de voluntad, que tiende a la consecución de una finalidad práctica, efecto que se produce justamente como consecuencia de la expresión de voluntad y en virtud de la tutela que le brinda el ordenamiento jurídico".²

Por ende, se destacan los tres aspectos esenciales de su misma configuración operativa y dogmática que deciden con cual se lleva a cabo el negocio, y que son referentes a la exteriorización de esa voluntad, para que trascienda socialmente y a la determinación de la misma en cuanto a las consecuencias deseadas por el agente.

1.2. Hechos jurídicos

Existen sucesos que no tienen relación alguna con las normas jurídicas y que originalmente son intrascendentes para las mismas. Los hechos a los cuales el derecho atribuye consecuencias jurídicas, son los denominados por la doctrina hechos jurídicos.

² **Ibid.** Pág. 35.

La conceptualización de hechos jurídicos es esencial para el derecho. En términos generales, se acostumbra definirle como cualquier acontecimiento natural o humano a cuya verificación el ordenamiento jurídico une cualquier efecto jurídico que sea constitutivo, modificativo o extintivo de relaciones jurídicas.

En dicho orden de ideas, se puede señalar que el hecho jurídico, consiste en el conjunto de las circunstancias que producidas tienen que determinar ciertos efectos de conformidad con la ley.

Por ende, el hecho jurídico se debe materializar en aquellas situaciones a las cuales el ordenamiento jurídico le atribuye un efecto con fundamento a una relación de imputación.

El esquema lógico del hecho jurídico, se encuentra reducido a su expresión mayormente sencilla y ello se obtiene mostrándolo como un hecho que está dotado de determinados requisitos, los cuales son los presupuestos de la norma jurídica, que es incidente de una situación preexistente y la transforma en una nueva situación, de manera que contribuye, modifica o extingue los poderes y vínculos o calificaciones y posiciones jurídicas.

"Hechos jurídicos son aquellos a los cuales el ordenamiento jurídico atribuye trascendencia jurídica, lesionando situaciones preexistentes a ellos y configurando situaciones nuevas a las que corresponden nuevas calificaciones jurídicas".³

³ Fernández Armas, Juan Roberto. **Derecho contractual de hoy**. Pág. 50.



De esa forma, se indica que la combinación de la situación a modificar y el acontecimiento que sobre ella es incidente, conforma el supuesto de hecho del efecto jurídico que se genera.

1.3. Clasificación de los hechos jurídicos

Existe la posibilidad de establecer desde el punto de vista ontológico, distintas clasificaciones de los hechos jurídicos, como las que los distinguen en atención a su modo, en positivos o negativos, de acuerdo a que consistan en una acción o en una omisión, en lícitos e ilícitos, y en instantáneos o permanentes, así como también, aunque de forma mayormente equívoca, en acontecimientos o estados, de acuerdo a que sean relativos a sucesos o situaciones que permanezcan en el tiempo.

Pero, la principal clasificación que puede llevarse a cabo es la que toma como fundamento un criterio apriorístico, que se distingue de los hechos naturales y hechos voluntarios o humanos, en atención al origen del hecho que se toma en consideración.

- a) Hecho natural: los hechos jurídicos pueden consistir en acontecimientos naturales, que son completamente independientes de la voluntad del ser humano, el cual se encuentra caracterizado por la relación de causalidad, que rige los diversos fenómenos de la naturaleza.

La legislación se limita a contemplar el hecho tal y como se presenta en la naturaleza, atribuyéndole eficacia jurídica.

- b) Hecho humano: puede suceder que concurra la intervención del ser humano, pero que la voluntariedad de esa intervención sea jurídicamente irrelevante. Aquí se presentan los hechos dolosos y culposos.

1.4. Actos jurídicos

Son una categoría de gran importancia dentro del campo de lo normativo. Consisten en el medio con que cuentan los sujetos de derecho, para el establecimiento entre ellos del complejo de sus relaciones jurídicas. La inmensa masa de actos jurídicos, comprende hechos de diversa importancia y naturaleza.

El ser humano se desenvuelve en la vida de relaciones, llevando a cabo de forma continua actos y desplegando conductas que son fruto de su voluntad.

Todas esas actuaciones tienen en común, el carácter de dicho producto de la voluntad de la persona.

Dicho único rasgo ha sido suficiente para la doctrina y para las denominaciones genéricas de actos jurídicos, que es uno de los conceptos técnicos más extendidos y arraigados de la ciencia del derecho.

El acto, en sentido jurídico supone un hecho humano producido por voluntad consciente y exteriorizada. En el momento que el acto se produce, de acuerdo a las disposiciones del derecho objetivo, un efecto jurídico, es denominado acto jurídico.

El mismo, es estrictamente el resultado de la conducta del ser humano, pero no de cualquier conducta sino de aquellas que de manera intencional ha querido y buscado la realización de consecuencias jurídicas que se presenten.

"El acto jurídico consiste en la forma a través de la cual la voluntad individual despliega su actividad creadora en las limitaciones asignadas a través del derecho. Sobre el fundamento de lo expuesto, se pueden afirmar los actos jurídicos que son constitutivos de declaraciones de voluntad relativos a la formación, modificación o extinción de una relación jurídica. No se liga a una misma voluntariedad del comportamiento humano, sino al posterior requisito de la llamada voluntad de los efectos".⁴

No es suficiente, como para el hecho humano en general, que el sujeto haya querido el hecho, debido a que para el efecto jurídico sea producido, es necesario que el sujeto haya querido también el efecto. Ello, sucede en el caso interpretado como un acuerdo de voluntades entre dos o más personas para la creación, modificación o extinción de una obligación.

En los actos jurídicos intervienen la voluntad humana, la cual produciendo ambas consecuencias en el mundo del derecho, únicamente consiste en el resultado de la voluntad del ser humano.

Dicho orden de ideas, consiste en el hecho jurídico que es ajeno a la voluntad, en donde el acto en sentido jurídico es referente al que de una manera u otra el

⁴ *Ibid.* Pág. 353.

ordenamiento plantea la eficacia jurídica de la voluntad de los particulares. El acto jurídico consiste en un concepto suficiente, para englobar tanto el acto jurídico en sentido estricto o el acto negocial y el negocio jurídico.

1.5. Origen y vicisitudes

"El término negocio jurídico se debe como lo esencial de su dogmática a la doctrina del siglo XIX, siendo especialmente significativa, y sus líneas de pensamiento consisten en las coordenadas de la construcción de todos los pandectistas".⁵

Dentro de una vía de sucesiva abstracción y generalización, se han caracterizado los caracteres comunes a los contratos y otras actuaciones del sujeto de derecho, en todas las cuales se puede claramente apreciar la existencia de una declaración de voluntad, con la finalidad de engendrar o destruir una relación jurídica.

El vocablo negotium, se encontraba en los textos romanos y en los del antiguo derecho, pero era utilizado con tanta variedad de sentidos que parecía no ser útil, para el lenguaje técnico jurídico.

Por ende, no se tiene que introducir de forma directa en la ciencia jurídica, sino posteriormente de haberse dado especial relevancia al término de acto jurídico, empleando para el efecto el negocio jurídico, para nombrar un tipo especial de actos jurídicos.

⁵ López Díaz, Claudia Lorena. **Introducción a la imputación objetiva obligacional**. Pág. 60.

La consagración del negocio jurídico como término técnico y figura esencial de la dogmática del derecho privado, se tiene en el esfuerzo de los pandectistas para la sistematización de la ciencia jurídica que emplea como sinónimos los términos de declaración de voluntad y negocio jurídico, estudiando para el efecto de manera unitaria y detallada la problemática del negocio jurídico, cuya distinción respecto del concepto de acto jurídico resulta evidente.

"De manera que la primera mitad del siglo XIX, es la relativa a que el concepto de negocio jurídico pueda tomarse en consideración como un negocio jurídico cuando la acción de la voluntad se dirige, de conformidad con las normas jurídicas, a constituir, extinguir o cambiar una relación jurídica".⁶

La más íntima esencia de la categoría del negocio jurídico, se encuentra en el hecho de ser una categoría que está elaborada dentro de la teoría del hecho jurídico, sin embargo, la misma es tomada en consideración como una función de una teoría del sujeto de derecho.

El proceso de abstracción se ha detenido con la codificación de la categoría general del contrato, prosiguiendo con ello el contrato. Cuando el contrato evoca al menos de la imagen de duplicidad de sujetos y como referente económico del acto de intercambio, el negocio jurídico es pensable como un acto de un mismo individuo y alcanza de forma más compleja la unidad del sujeto de derecho, eliminando para el efecto con su mayor grado de abstracción, cualquier posible referencia a la relación económica.

⁶ *Ibid.* Pág. 67.



La coordinación de los intereses diversos o que son contrapuestos tiene que ser de manera operada a través de una categoría jurídica unitaria, en cuyo interior se tienen que disolver las distinciones sociales y una categoría abstracta hasta el punto de llevar a cabo el sistema actual.

También, en la categoría del negocio jurídico se eliminan las situaciones de derecho desigual, como el privilegio de la responsabilidad limitada, debido a que sujetos que gocen de privilegio de la responsabilidad limitada y sujetos excluidos de tal privilegio, tienen una responsabilidad ilimitada, tanto para las personas físicas como para las personas jurídicas.

El concepto de negocio jurídico es construido sobre una voluntad necesaria y suficiente para producir efectos jurídicos, satisfaciendo simultáneamente y lleva a cabo, con dicha simultaneidad, la igualdad formal del derecho.

1.6. Teoría de la voluntad

El negocio jurídico consiste en una declaración de voluntad que se exterioriza y que va dirigida a la creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas. Por ello, la declaración de voluntad constituye un acto por el que se exterioriza un determinado contenido.

Cuando se habla de consentimiento contractual se tienen que mantener los siguientes fenómenos: a) La voluntad interna e individual de cada contratante, en la que puede

valorarse el simple querer y el propósito empírico que la guía; b) La declaración que el contratante emite y mediante la cual su voluntad es conocida, aquella zona donde las dos declaraciones coinciden, pues es evidente que el contrato supone esa zona de coincidencia. Cuando las declaraciones no se cruzasen habría disenso o desacuerdo, pero no contrato.

La formulación de la teoría de la voluntad es de gran sencillez y la voluntad consiste en el elemento primordial del negocio jurídico, lo que el derecho recibe y dota de consecuencias jurídicas es el querer del individuo, mediante el cual manifiesta su propia autonomía en el orden social.

Ciertamente la voluntad, como movimiento psíquico interno, necesita una exteriorización o manifestación, pero la declaración es sólo un elemento instrumental, ya que lo esencial sigue siendo la voluntad interna, por ello, en el conflicto entre lo esencial y lo accidental, voluntad y declaración, prevalece siempre lo primero.

La teoría de la voluntad interna trae consigo una inexorable inseguridad jurídica, debido a lo cual, sin abdicar el principio, es necesario el establecimiento de correctivos de importancia.

1.7. Teoría de la declaración

A consecuencia de las críticas formuladas contra la teoría voluntarista, adquiere mayor relevancia la de la declaración, que eleva a elemento esencial el negocio y no la

voluntad interna, sino la exteriorización manifestada, la declaración, no es, en consecuencia un elemento de prueba de la voluntad, con la cual necesariamente tiene que coincidir, ya que es su mera exposición y declaración consiste en un elemento decisivo y determinante de la vinculación.

1.8. Proceso de transición

Como una nueva manera de enfocar y resolver el problema, se ha defendido que lo característico de la declaración, se encuentra en que la misma origina un deber ser en el cual se establece aquello que tendrá validez, o sea, que por la declaración se origina una norma concreta para los particulares, que el negocio contiene en donde los particulares regulan entre sí sus mismas relaciones.

Se le defiende, como la solución de la polémica sobre la primacía de la voluntad y declaración, así como también de acuerdo a la teoría de la voluntad, o por ser considerada como la mejor expresión de la teoría declaracionista.

Dicha dirección teórica, puede claramente observarse en dirección teórica y resulta trasunto el valor normativo que tradicionalmente se le ha venido atribuyendo al contrato en mención.

En dicho proceso, la categoría del negocio jurídico se introduce con una precisa función, reconduciendo las desigualdades formales, introducidas por la codificación a un principio de igualdad.

Dicha categoría, en cuanto categoría abstracta, puede dominar ambos sistemas de derecho privado y sirve como elemento unificador más allá de su duplicidad. Se convierte en una categoría en cuyo interior se coordinan los intereses de clase.

Pero, en la medida que se engloba en sí, en dicha perspectiva unificadora existe más allá de una duplicidad. Ello, se convierte en una categoría en cuyo interior se coordinan los intereses de la clase empresarial con aquellos de las otras clases sociales.

"Con la teoría de la globalización inicia un proceso de objetivación del intercambio, el cual tiende a perder parte de sus caracteres originarios de voluntariedad. Los casos en los cuales aparece oportuno el reconocimiento de la preponderancia de la declaración de la voluntad, son tomados en consideración como desviaciones respecto de la norma, que tiene que reafirmarse".⁷

1.9. Declaración de voluntad

La brillante y poderosa elaboración de la teoría general del negocio jurídico aprovecha la codificación, tomando en consideración la regulación legal del negocio jurídico.

Ello, con la excepción legislativa de la teoría general del negocio jurídico, que experimentó un cambio radical en el país, en donde el negocio no es ya una categoría intelectual, sino una misma normativa que se tiene que aplicar y concepto legal que se debe investigar en la misma ley.

⁷ **Ibid.** Pág. 76.

En el caso del dolo, la confianza sin culpa del destinatario de la declaración o la buena fe del tercer adquirente influyen en la validez legal del negocio. La declaración puede ser anulada únicamente si el destinatario de buena fe ha conocido el dolo.

"En sede de interpretación del negocio jurídico, se introduce el principio en virtud del cual, para la interpretación de una declaración de voluntad, es necesaria la búsqueda de la voluntad real y no limitarse al sentido de la expresión".⁸

En beneficio de la celebración del negocio y, por ende, para la circulación de los bienes, es acogido en contraposición al principio de la libertad de forma, estableciendo para el efecto que en la duda la falta de norma, comporta la nulidad, recogiendo el principio de conservación del negocio, tanto en lo que respecta a la nulidad parcial, como en lo concerniente a la conversión del negocio jurídico nulo. Las exigencias de libre circulación de los bienes se satisfacen atribuyendo una eficacia obligatoria al pacto de no enajenar.

1.10. Categoría del negocio jurídico

Todas las utilidades y los innegables progresos científicos que han acompañado al estudio y construcción del negocio jurídico, no se puede ocultar que consisten en una categoría innecesaria y perturbadora para la explicación de la autonomía de la voluntad, desde el instante en que plantea un tratamiento unitario de los actos de dicha

⁸ Pansini López, Gustavo Adolfo. **Tendencias actuales del derecho público y privado**. Pág. 66.

autonomía que el ordenamiento jurídico no consiente, porque, dichos actos gozan de estructuras y caracteres técnicos muy diferenciados entre sí.

La elaboración de categorías abstractas tiene sentido cuando sirven para explicar de manera onmicomprensiva el régimen jurídico de las figuras de la concreta experiencia jurídica y por ende han servido para la construcción y abstracción, y desde dicho punto de vista, partiendo del común concepto abstracto denominado negocio jurídico, no pueden encargarse de explicar la regulación concreta de un acto.

Es evidente, que la teoría de la declaración de la voluntad inspira la estructura de dicho concepto en la sistemática jurídica, ello de acuerdo con la tradición romana. Lo que se justifica, ya que el negocio jurídico, como instrumento de la libertad humana, tiene su raíz en la voluntad.



CAPÍTULO II

2. La contratación

La conceptualización de contrato, es, el fruto y el punto de arribo de una larga evolución histórica del pensamiento jurídico. Consiste, en una noción arraigada en la conciencia jurídica y que parece corresponder al orden lógico de las ideas y al el orden natural de las cosas, y no se piensa que es el cambio de un fruto de un proceso histórico, que fatigosamente los historiadores han ido poco a poco aclarando.

"De manera originaria, la voz contractus no parece haber poseído un preciso significado genéricamente de lo contraído. Ello, es un negocio o más exactamente y una obligación contractum, obligatio contracta. Contractus, es debido a aquella situación que se origina especialmente del vinculum iuris en que la obligatio consiste".⁹

Se tiene que llevar a cabo un esbozo histórico, que sirva para el esclarecimiento de cuál ha sido la respuesta a un problema que, como problema jurídico que es, se plantea en términos empíricos y no en términos metafísicos.

El contrato como categoría consiste en una manifestación del consentimiento y así pasa al resto de los códigos civiles, los cuales, como es sabido, no son sólo tributarios del ideario iusnaturalista, debido a que lo son también de la ideología liberal o liberal individualista.

⁹ Folgar Ramos, Mario Ernesto. **Derecho contractual**. Pág. 80.

2.1. Conceptualización

El contrato consiste en el negocio jurídico por excelencia, o sea, el contrato es el negocio por antonomasia, hasta el punto de haberse pensado la construcción de dicha categoría tomando el contrato como modelo.

El mismo encierra un equívoco, debido a que se refiere tanto al acto que los contratos llevan a cabo como el resultado normativo o reglamentario que con ese acto se produce. Desde el primer punto de vista, el contrato aparece como un acto jurídico, ello es, como una acción de los interesados a la que el ordenamiento atribuye determinados efectos jurídicos.

El contrato es el acuerdo de voluntades generador de obligaciones entre las partes, o sea, el contrato aparece por la conjunción de los consentimientos de dos o más personas, con la finalidad de ser fuente de obligaciones entre ellas.

La mera voluntad de las partes, no genera por sí sola obligaciones jurídicamente exigibles. Contrato, es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan. El contrato así concebido, se convierte en una institución central, no únicamente en el derecho civil, sino de todo el ordenamiento jurídico.

El mismo, es contemplado desde esta perspectiva como una forma de certidumbre de contratos que los particulares celebran. El derecho consiste en el reino del contrato, de forma que donde acaba el contrato, comienza con ello la arbitrariedad y la fuerza. Las

limitaciones a la libertad de contratar, son consideradas como atentados a la libertad de la persona.

"El contrato es un supraconcepto, que es aplicable a todos los campos jurídicos y por ende, tanto el derecho privado como al derecho público e incluso el derecho de familia existen".¹⁰

2.2. Regulación legal

Las realidades e ideas consisten en las que penetran en las codificaciones y se ven resplandecer en la voluntad que vincula no en la pura y misma voluntad, sino en la voluntad causada y sin finalidades ilícitas.

Voluntad a la que, cuando intenta un empobrecimiento patrimonial sin correlativo enriquecimiento, se le somete a forma solemne en sus casos mayormente significativos.

Es referente a una exigencia de requisitos más allá de la exclusiva voluntad, y a un control de licitud de lo buscado.

Por ende, se justifica la afirmación del contrato como creador de obligaciones. El Código Civil Decreto Ley 106 regula en el Artículo 1517: "Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación".

¹⁰ **Ibid.** Pág. 90.

"El contrato es esencialmente la forma jurídica de una operación económica consistente en un intercambio de bienes o servicios. El requisito de patrimonialidad, delimita el ámbito del contrato".¹¹

De dicho concepto legislativo, se presentan dos notas esenciales: a) en el contrato existe siempre un consentimiento común de dos o más personas y el contrato existe desde que varias personas consienten; b) el contrato tiene siempre como consecuencia la creación de una obligación que tiene fuerza de ley entre las partes contratantes.

De dichas ideas, es procedente la configuración que puede llamarse tradicional y clásica, que considera al contrato como un acuerdo de voluntades de dos o más personas, dirigido a la creación de obligaciones entre ellas. Sin lugar a dudas, el Código Civil pone énfasis en la autonomía privada contractual. Todo el régimen del contrato, se ha inferido de dicho axioma jurídico relacionado con el tema.

De esa manera, se indican la libertad estipulatoria, el consensualismo y el poco formalismo, la fuerza obligatoria a forma de ley, el principio de relatividad, la extensión vinculante a los usos y a la buena fe, la consideración de los límites a la autonomía de la voluntad, vicios de la voluntad y reglas de ineficacia.

En dicha línea de pensamiento, el contrato es la fuente de obligaciones o medio de su alteración, transmisión o extinción. En todo caso, el mismo es el que convierte a sus protagonistas en acreedores y deudores.

¹¹ Córdova Sánchez, Miguel Roberto. **El principio negocial**. Pág. 21.

2.3. Significado institucional

Una institución, como lo es el contrato, que es capaz de implicar los atributos esenciales del ser humano, consiste en una institución que es capaz también de afectar a lo más denso y extenso del ordenamiento jurídico.

"El significado institucional esencial del contrato, es referente a ser un acto de autonomía, por ende es un acto de autorregulación de los intereses de los particulares, es decir, la autonomía privada contractual es igual a la autolegislación o autodisciplina de los propios intereses, cuyas referencias constitucionales también son conocidas".¹²

El contrato es, una pieza clave de la iniciativa económica privada. El fenómeno de la intervención estatal en las relaciones contractuales, no puede ser explicado como algo separado, sino como una manifestación más de la diversa función del derecho en la sociedad moderna.

Ello, como consecuencia de la producción en masa se ha convertido el derecho en un factor esencial, para la mediación de conflictos entre clases y categorías de individuos, y para hacer frente a la crisis del sistema económico capitalista.

Lo anotado, termina confluyendo en un papel cada vez mayormente acusado de la mano pública, que tiene repercusiones sobre la reglamentación contractual, con variadas finalidades como los controles de actividad, los regímenes de autorización y

¹² **Ibid.** Pág. 16.



concesión, la disciplina de precios, disciplina de fabricación y circulación de bienes, concesión de incentivos, ordenamientos sectoriales de determinación de actividades, todo lo cual aboca a la presencia de numerosas normas imperativas, dentro de la reglamentación contractual.

Al lado del fenómeno de la intervención estatal de disciplina económica, se coloca el de imposición de contenidos contractuales por una de las partes, que a su vez alimenta también aquella intervención, buscando con ello la protección del contratante más débil singularmente, o de interés de clases o categorías, como es el caso de las normas jurídicas.

Tanto un fenómeno como el otro, abocan lo que se denomina predisposición del contenido del contrato, a cuyos mecanismos de formulación se debe dedicar la debida atención.

Ello, significa que los límites tradicionales de la autonomía privada, permanecen y deben entenderse dentro de dicho contexto intervencionista.

2.4. Principios

La autonomía contractual es un principio jurídico, que supera por completo las fronteras del derecho civil para incardinarse en las constituciones, especialmente las promulgadas después de la Segunda Guerra Mundial, y figurar por último en textos internacionales.

"La idea de contrato y de obligatoriedad del contrato encuentran su fundamento en la idea misma de persona y en el respeto de la dignidad que se le debe a la persona. Ello, quiere decir el reconocimiento de un poder de autogobierno de los principios, fines e intereses o de un poder de reglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas, al que la doctrina le denomina privada o autonomía de la voluntad".¹³

Por ende, el principio de autonomía de la voluntad, es sencillamente una sintética expresión con la cual los juristas buscan resaltar que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares en un amplio poder de sus relaciones patrimoniales. La manifestación suprema de dicha autonomía es el contrato. La misma, consiste en una verdadera realidad y también en un tópico equivocado. Con todo, un análisis general del contrato no se puede llevar a cabo sin la existencia de dicho principio.

Tampoco, se puede dejar de resaltar el papel conformado del mismo principio en el mundo contractual, en el cual evidentemente la voluntad de los particulares desempeña un papel protagonista, de acuerdo al instrumento jurídico en relación con las necesidades e intereses de las partes.

La noción jurídica y legal de la autonomía de la voluntad, consiste en la creación de la doctrina civilista. El sentido de la expresión autonomía en el ámbito del derecho contractual, tiene relación con los presupuestos del individualismo jurídico.

¹³ **Ibid.** Pág. 133.

La correlación entre la idea de libertad contractual y la de autonomía de la voluntad, surge en el punto de partida de los estudios, que dentro de la dogmática del negocio jurídico, se han dedicado al tema de la autonomía de la voluntad y en los que, dentro del marco de la doctrina general del derecho de obligaciones, se refieren a la libertad contractual. Las nociones de la autonomía de la voluntad y libertad contractual, se encuentran estrechamente relacionadas entre sí.

La noción de autonomía de la voluntad abarca, como una de sus manifestaciones más genuinas, la libertad contractual. La noción más específica, de libertad contractual presupone la de la autonomía de la voluntad.

La autonomía de la voluntad consiste en el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, en donde el poder de gobernarse uno a sí mismo. Desde dicha perspectiva, la autonomía de la voluntad es interpretada como libertad de crear, modificar o extinguir relaciones contractuales, estipular o pactar sin más límites que los fijados legalmente, y ha sido la regla fundamental de los particulares en sus intercambios de bienes y servicios.

Pero, su significación y exaltación de voluntad libre es referente al poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto y el poder de gobernarse uno a sí mismo. Desde dicha perspectiva de la autonomía de la voluntad, es interpretada como la libertad de crear, modificar o extinguir las relaciones contractuales, estipular o pactar sin más límites que los fijados por la ley, y ha sido la regla básica de los particulares en sus intercambios de bienes y servicios.

El contrato reposa casi de forma exclusiva en el principio de la autonomía de la voluntad, elevado a rango de fuente creadora de reglas jurídicas, de ello que la manifestación suprema de esta autonomía es el contrato.

En el momento de llevarse a cabo la codificación civil, bajo los impulsos del liberalismo económico se vivió un momento de encendida defensa de este principio.

"La libertad de contratación se traduce en la libertad de las convenciones y se denomina teoría de la autonomía de la voluntad, consistente en afirmar la voluntad individual, permitiendo con ello al sujeto de derecho, la participación de las relaciones contractuales que libremente pueda decidir".¹⁴

Por ende, es de importancia indicar un contenido positivo de la autonomía de la voluntad o privada en materia de contrato, y que se puede resolver en:

- a) Libertad de elección del tipo de contrato: de acuerdo a las finalidades que los particulares hayan prefijado conseguir, dentro de los tipos de contratos que se encuentren previstos legalmente.
- b) Libertad de poder celebrar los denominados contratos atípicos: o sea no relativos a tipos contractuales previstos por las leyes, pero practicados en el mundo de los negocios, y aceptados socialmente como lícitos y dignos de tutela.

¹⁴ Folgar. **Ob.Cit.** Pág. 102.

- c) Libertad de determinación del contenido del contrato: a excepción de aquellos casos, en los cuales existe una legítima predisposición.

En cualquier caso, este contenido positivo se encuentra precedido por una libertad fundamental, sin la cual no existe la posibilidad de hablar ni siquiera de la existencia del contrato, que consiste en la de su celebración o no. La adhesión forzosa a una reglamentación creadora de obligaciones, no es en lo absoluto un contrato.

Lo que ocurre es que en la mayoría de los casos, aunque la adhesión no es obligatoria en términos de exigencia jurídica, resulta necesario en términos prácticos, dando lugar con ello a una problemática especial. La autonomía de la voluntad, no puede perecer y en tanto habrá contrato en relación a que la misma perviva.

2.5. Funciones de la autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad se diversifica y lleva a cabo funciones específicas, siendo las mismas las que a continuación se indican:

- a) Función creadora: la autonomía consiste en una facultad de la cual goza una persona, para poder gobernar y ordenar sus mismos intereses y con ello dar cumplimiento a sus satisfacciones.

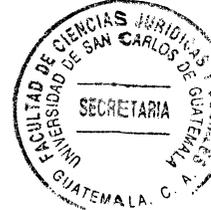
Esta posibilidad de creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas por medio del contrato determina y facilita el respeto y la propia proyección de la

personalidad individual, que tiene su manifestación normativa en la protección de los contratos por la coincidencia de las personas y que les obliga al cumplimiento de lo que hubiesen pactado.

- b) **Función reguladora:** la determinación específica de las reglas y de su contenido propio, también puede ser objeto de concreción de la voluntad. Debido a que la norma una vez creada, permite el establecimiento de las pautas de conducta y de las reglas específicas o condiciones a cumplir por los individuos obligados.
- c) **Función normativa:** la consideración de esta función, se especifica al identificarse con la noción de fuente de derecho. Pero, esta catalogación siendo verdad, no resulta del todo exacta. La noción de fuente de derecho, tiene que predicarse en la creación de una norma que tiene vigencia de carácter general, para que se aplique a la colectividad en su conjunto.

En dicho sentido, la autonomía de la voluntad no es fuente, pero en la medida en que constituye una regla de aplicación y cumplimiento específico para las personas intervinientes, puede ser tomada en consideración como norma o fuerza de ley.





CAPÍTULO III

3. La cláusula penal

Las partes pueden fijar anticipadamente una cantidad que deberá pagar el que deje de cumplir la obligación, o no la cumpla de la manera convenida o retarse su cumplimiento, la cual, en tales casos, compensa los daños y perjuicios y se denomina cláusula penal.

3.1. Definición

La pena convencional, cláusula penal, o bien denominada cláusula de indemnización, por el Código Civil, consiste en una convención accesoria estipulada como cláusula del negocio que contiene una obligación principal o convenida en negocio separado, por la que se promete realizar una prestación, generalmente pecuniaria, para el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso o irregular de la obligación principal.

En este orden de ideas, el Artículo 1437 del Código Civil Decreto Ley 106 estipula: "El acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación o el pago de la cantidad convenida, pero no las dos cosas, a no ser que ésta se exija por el simple retardo o por el cumplimiento imperfecto".

En cuanto a la intervención de los órganos jurisdiccionales en la modificación de la pena, el Código Civil Decreto Ley 106 en su Artículo 1438 indica: "Si la obligación hubiere sido cumplida en parte, imperfectamente o con retardo, procederá la reducción

proporcional de la cantidad indemnizatoria, y si las partes no se pusieren de acuerdo, la fijará el juez”.

3.2. Expresión de voluntad

Se habla de expresión de voluntad, y no de consentimiento, porque se admite que la cláusula penal surge de la manifestación unilateral de voluntad.

"Los sujetos intervinientes deben expresar su voluntad mediante una manifestación que no requiere mayores términos. Es decir, puede ocurrir que las partes hayan estipulado una cláusula penal denominándola de otra manera; o que bajo la denominación impropia se haya estipulado otro tipo de sanción o medio de garantía".¹⁵

Ello, no incide en la solución del conflicto que pudiera plantearse, porque la naturaleza intrínseca de una institución no depende de las expresiones que le hayan dado, acertada o erróneamente los participantes del negocio jurídico. Pero, como la cláusula penal es de interpretación estricta, la manifestación de voluntad debe ser clara e indubitable, no pudiendo aplicarse sobre la base de deducciones o inferida de voluntades presuntas.

Lo expuesto, no significa negar la posibilidad de expresión tácita de la voluntad, porque ella no es sinónimo de equívoca. Lo que se busca es una expresión inequívoca, pudiendo derivarse de una manifestación tácita.

¹⁵ Barrientos Monzón, Luis Adolfo. **La cláusula penal**. Pág. 20.

3.3. Fuentes de la cláusula penal

"La cláusula penal puede tener su origen en la convención, pero no existe uniformidad si ésta es la única fuente o al contrario, puede nacer de la voluntad unilateral, de la ley y de la sentencia judicial".¹⁶

La propia palabra cláusula motiva gramaticalmente a sostener que la convención es su único elemento, porque la cláusula es la unidad elemental del contenido de la voluntad negocial.

En el Código Civil guatemalteco, la cláusula de indemnización se encuentra en el Título VII del libro V del derecho de obligaciones, de ahí que en el derecho, la fuente de la pena será el contrato. En otros derechos, se encuentra regulada en las normas relativas a contratos también.

3.4. Caracteres de la pena convencional

La consideración de los caracteres de la cláusula penal, requiere determinar precisamente el punto de vista desde el cual esos caracteres serán examinados, ya que ellos tienen diferente enunciación y dimensiones según se estudien desde el punto de vista del derecho positivo de un país dado, desde el punto de vista del derecho comparado, o desde un punto de vista puramente doctrinario.

¹⁶ **Ibid.** Pág. 23.

- a) Es accesoria: enseña la doctrina que de dos obligaciones una es principal y la otra accesoria, cuando una es la razón de la existencia de la otra, y que las obligaciones son accesorias respecto del objeto.

Ello, cuando son contraídas para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, ejemplificando, precisamente, con la cláusula penal.

Para algunos autores el carácter de accesoriedad, se deriva directamente de su función indemnizatoria.

Si la cláusula penal es la estimación de los daños y perjuicios, ello significa que la estipulación supone una obligación preexistente cuya inejecución produce daños, derivándose de ello dos obligaciones: una principal y otra accesoria.

- b) Es condicional: la doctrina enseña que la obligación de pagar la cláusula penal, está subordinada al acontecimiento futuro e incierto que no se cumpla o se cumpla tardíamente con la prestación principal.

Lo condicional está en la eficacia de la cláusula penal, y no es la obligación a que ella accede, la cual será o no condicional según tenga o no elementos accidentales, o sea, si la principal es pura y simple seguirá siéndolo aunque a ella acceda una cláusula penal. Debe aclararse, además que no se trata de una condición stricto sensu, sino de una conditio, en tanto la pena no se hace exigible sino por el cumplimiento del hecho condicionante.

- c) Es preventiva: este carácter es sobresaliente teniendo en cuenta que la cláusula penal, se pacta porque los sujetos intervinientes que prevén de antemano la posibilidad del eventual incumplimiento.

Esta característica no es exclusiva de la cláusula penal, sino que aparece en todas las convenciones accesorias asegurativas, como pueden ser las fianzas o bien las hipotecas.

- d) Es subsidiaria: en la doctrina existe discrepancia en cuanto a que debe entenderse por subsidiariedad de la cláusula penal. Para algunos, es tal porque funciona cuando ya no se tiene acción para exigir el cumplimiento de la principal.

Para algunos autores en cambio, es subsidiaria porque el importe entra en sustitución de la principal, no pudiendo acumularse.

- e) Es de inmutabilidad relativa: algunos códigos civiles. han consagrado en términos enfáticos la inmutabilidad de la cláusula penal, es decir, que la suma del objeto pactado para compeler al deudor al cumplimiento o como prefijación de los daños y perjuicios a producirse, no puede ser variada con posterioridad a su estipulación, sino por acuerdo de ambas partes.

Al respecto, el ordenamiento civil ha estipulado que la indemnización que las partes hayan convenido, no puede exceder de la cuantía de la obligación. En la línea de inmutabilidad, el criterio del Código Civil es claro, por cuanto estipula en

el Artículo 1438 antes citado, que solo en caso de que la obligación hubiere sido cumplida en parte, imperfectamente o con retardo, procederá la reducción proporcional de la cantidad pactada como indemnización, y si las partes no se pusieren de acuerdo, la fijará el juez.

Es decir, la pena es inmutable solo en caso de que la obligación haya sido incumplida completamente, y su redacción proporcional tendrá lugar en caso contrario.

3.5. Sujetos

Al igual que en todas las obligaciones, se requiere que los sujetos sean distintos, que estén determinados o que sea posible su determinación y finalmente, que tengan capacidad.

"Pero, es fundamental la determinación de cuál es la capacidad necesaria para estipular una cláusula penal. La misma, es emanada de un contrato es aquello que se reconoce de una fuente distinta".¹⁷

Para ello, se requiere la misma capacidad que para contraer la obligación principal; y exigir la capacidad necesaria para constituirse en deudor de actos que exceden la administración. Esta posición se funda evidentemente, en el carácter accesorio de la obligación pactada y en su función indemnizatoria; si la cláusula no es más que la

¹⁷ Cuevas Monterroso, Sergio David. **Cláusula penal**. Pág. 77.

traducción de los daños y perjuicios provenientes del incumplimiento que el deudor principal ha puesto sobre sus hombros, basta que contratarla la misma capacidad que se requiere para la principal.

"Al ahondar en la cuestión, se ve que puede ocurrir, en razón de la función compulsora, que la cláusula penal signifique una prestación mucho más onerosa que la principal. Por ello, los pandectistas hablan de los efectos agravados del contrato".¹⁸

En consecuencia, la capacidad requerida dependerá del objeto que sea el contenido de la prestación penal; normalmente, será necesaria la capacidad jurídica para poder disponer.

3.6. Obligados al pago

Ninguna duda cabe sobre el hecho de que el mismo deudor de la obligación principal pueda someterse al pago de la pena en los casos de incumplimiento, cumplimiento irregular o tardío.

También, el acreedor de la obligación principal puede ser el sujeto pasivo de la cláusula penal; ya que la vida en relación exige inevitablemente la colaboración de ambas partes; el acreedor, que no ayuda a su deudor para hacer más adecuado, fácil y menos oneroso su cumplimiento pudiéndolo hacer sin gravamen serio para él, para señalar

¹⁸ Cerezo. **Ob.Cit.** Pág. 190.

que se encuentra contravenido el deber general de buena fe impreso por el ordenamiento.

En el derecho comparado, es posible pactar una cláusula penal para los casos de incumplimiento por el acreedor del deber de colaboración.

3.7. Objeto

Como toda prestación debe ser posible, patrimonialmente valorable, determinable y de carácter lícito. El Código Civil Decreto Ley 106 en el Artículo 1538 establece: “No solo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las que se espera que existan; pero es necesario que las unas y las otras estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla. Los hechos han de ser posibles, determinados y en su cumplimiento han de tener interés los contratantes.”

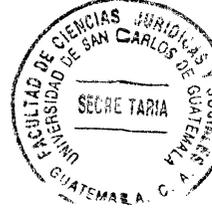
3.8. Forma

En el derecho comparado, aún se encuentra sujeto a discusión sobre si la cláusula penal debe estar sujeta las mismas formalidades previstas para la obligación principal establecida.

Ello, evidentemente para señalar el problema que se plantea cuando la pena se pacta en documento separado o cuando habiéndose estipulado en el mismo instrumento, la



pena exija, por su naturaleza, una forma más rigurosa que la de la principal, y para el ordenamiento jurídico guatemalteco se establece que la obligación accesoria debe seguir las formalidades de la obligación principal.





CAPÍTULO IV

4. La cláusula penal como convención accesoria estipulada al negocio obligacional principal

Teniendo en cuenta la finalidad conminatoria o compulsoria de la cláusula penal, interesa fundamentalmente la licitud de ésta. La doctrina es unánime, en afirmar que siendo antijurídico que una persona sea coaccionada por medios ilícitos, la cláusula para ser válida, debe ser lícita en sí misma.

"Por ello, no pueden pactarse cláusulas penales de tal naturaleza que interfieran en el campo relativo al derecho penal, del cual el Estado se ha reservado el monopolio. Por ejemplo, no puede pactarse que ante el incumplimiento de determinada prestación el deudor se someta a la misma pena prevista por el Código Penal, para un delito que lesione la integridad física".¹⁹

4.1. Contrato accesorio obligacional

El carácter de accesoriad de la cláusula penal, no impide considerarla un negocio jurídico en sí misma.

Es decir, no es simplemente una disposición o una cláusula de otro negocio, sino que tiene elementos estructurales propios.

¹⁹ Barrientos. **Ob.Cit.** Pág. 122.

Esta visión, que tiene como punto de partida la diferencia entre cláusula negocial y negocio jurídico, es fundamental para la comprensión del régimen jurídico general del tema en estudio; por eso la modernísima doctrina tiende al análisis de ella como negocio o figura conceptualmente autónoma.

Es decir, aunque jurídicamente depende de la obligación principal, lógicamente se trata de un negocio con elementos estructurales propios.

Se le estudia con el mismo criterio con que se lo hace con otras convenciones accesorias tienden a reforzar el cumplimiento de las obligaciones, como pueden ser, por ejemplo: la fianza, el acto constitutivo de una hipoteca o de una prenda, etc.

Estos negocios jurídicos, si bien son accesorios de otro principal, tienen sus propios elementos constitutivos: sujeto, objeto, vínculo jurídico, causa=fuente y causa=fin.

Para la doctrina moderna, entonces la cláusula penal, más que una obligación accesoria, es un negocio jurídico accesorio.

Esta autonomía conceptual surge, sobre todo, de tener una causa-fin propia, que puede o no coincidir con la del negocio principal.

El estudio de este carácter de accesoriedad que se asigna a la cláusula penal, impone, como precisión previa, distinguir entre los elementos accesorios y los elementos principales del negocio jurídico.

Naturalmente que los conceptos de accesorio y de principal, no pueden ser definitivamente aclarados si se establece prescindencia entre el uno y el otro, ya que ambos son nociones de aquellas que en lenguaje filosófico se denominan correlativas.

La noción básica para establecer la distinción entre ambos conceptos parte del supuesto de que se dice accesorio una obligación respecto de otra llamada principal, cuando esta segunda es la razón de ser de la primera, en el sentido de que la existencia de aquella se funda en la de esta.

Es también una cláusula que sirve de refuerzo de la obligación, porque ejerce una presión sobre el deudor que contribuye a disuadirle del incumplimiento, pero no constituye una garantía de la obligación en sentido propio, ni personal ni real, porque no garantiza la pena que el deudor vaya a cumplir, de la misma manera que la propia obligación penal es susceptible de ser garantizada por uno de los medios idóneos de derecho.

Esta cláusula tiene el nombre de penal porque pretende agravar las consecuencias del incumplimiento imputable al deudor para éste, pero no siempre será más grave según los cambios de valor, las formulaciones y los cálculos realizados al celebrar el contrato o negocio reforzado con la pena para fijar su cuantía.

No es pena porque tenga que ver con la jurisdicción penal ni con la libertad del deudor, procediendo el adjetivo empleado más bien de residuos históricos que enlazan con la

del stipulatio poenae del derecho romano y con las penas privadas de carácter pecuniario.

Busca facilitar la liquidación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, entendida esta expresión en un sentido laxo, a través de una evaluación anticipada. Esta es la regla general.

4.2. Funciones de la pena convencional

Siendo las mismas las que a continuación se indican:

- a) **Función disuasoria:** la idea de refuerzo de la obligación y el carácter punitivo de la multa convencional se ven manifestados en normas que, según los distintos tipos de penal, son aplicables.

"Si se sustituye a la indemnización de daños por el incumplimiento, lo normal es que se calcule superando la cuantía de daños derivados del incumplimiento de la obligación reforzada para celebrar el contrato o estipular la penal, y que el deudor prefiera cumplir que afrontar la pena".²⁰

Si se acumula a la indemnización, toda suma estipulada como pena, será un plus o un exceso de carácter punitivo del deudor, y no resarcitorio del acreedor,

²⁰ **ibid.**

aunque es verdad que el acreedor lesionado cargará con el costo de la prueba del daño acumulado a la pena exigida.

Si se puede acumular su petición a la pretensión de cumplimiento por el acreedor, su carácter punitivo será mayor o menor según que la pena esté calculada en función de criterios abstractos. En todos los casos la función disuasoria, es eficaz en tanto el acreedor está exento de la prueba del daño y su cuantía.

Se tiene que imponer una sanción civil a los supuestos de incumplimiento, cumplimiento tardío, acumulación de la pena pactada a los efectivos daños y perjuicios sufridos. Esta especial función, constituye la excepción.

Con ello, se pretende indicar que tanto cuando la evaluación anticipada de los daños y perjuicios coincida sustancialmente con los que de manera potencial existen, es presumible que se vayan a producir, como cuando son inferiores o superiores, con lo cual existe una cláusula que desde el punto de vista objetivo cumple una finalidad liquidatoria, porque la comparación entre las previsión del pacto accesorio y la realidad económica, están asociadas inevitablemente a un cierto subjetivismo, con la sobrecarga actual de la notoria depreciación monetaria.

- b) Función indemnizatoria: es posible detectar en la pena prevista en la cláusula, una función resarcitoria o liquidatoria, pero sobre todo tiene como finalidad

allanar al acreedor las dificultades procesales y sustantivas de calcular, valorar y probar los daños sufridos por el incumplimiento de la obligación reforzada.

El Código Civil parece abonar la función resarcitoria antes que la punitiva o sancionadora, es decir más allá de pretender constituir una sanción al incumplimiento, pretende resarcir de daños y perjuicios al afectado. La moderación por el juez en caso de cumplimiento parcial o defectuoso, hace pensar que debe adecuarse a la pena el daño producido que es menor que el previsto por la estipulación penal, que contemplaba normalmente el incumplimiento total.

- c) Función de garantía: llamada también función de aseguramiento del riesgo. Cuando la pena se estipula, incluso para incumplimientos no culpables del deudor, por caso fortuito o fuerza mayor es con el único presupuesto de que al momento en que ocurriere, hubiere estado en mora según el Artículo 1426 del Código Civil.

- d) Función liquidadora: ésta función establece que se puede exigir la pena, siendo indiferente que ésta sea mayor, igual o menor que los daños y perjuicios sufridos. Ésta no es aplicable en el país, de acuerdo al Artículo 1438 del Código Civil antes citado. El mismo, estipula que cuando la obligación haya sido cumplida defectuosamente entendiéndose el defecto como tardía o incompleta, procede la reducción proporcional de la cantidad indemnizatoria, y en el supuesto de que los contratantes no se pusieren de acuerdo será el juez competente quien lo fije.

4.3. Cláusulas de dudosa clasificación

"Al examinar el derecho comparado, la cuestión previa es diferenciar los sistemas que, en general admiten las cláusulas de estimación de daños y rechazan las penas, de los sistemas que no establecen dicha distinción".²¹

Dentro de éstos últimos, a su vez, se suele distinguir aquellos que estipulan cláusulas claramente gravosas para el deudor, de aquellos sistemas en que lo predominante es la función indemnizatoria de la llamada pena.

Pues bien, sea cual sea la función que cumplen, la mayoría de cláusulas penales consisten en el pago de una cantidad de dinero, ya que únicamente en determinados momentos se plantea la pérdida de derechos.

4.4. Extinción de la cláusula penal

La cláusula penal puede reconocer dos formas generales de extinción: por vía de consecuencia al extinguirse la principal, a la cual accede; y de forma independiente, por extinción de la pena misma.

- a) Extinción de la cláusula penal por vía de consecuencia: debido a su carácter accesorio, la cláusula penal se extingue toda vez que desaparece el vínculo al cual se halla subordinado, el principio es claro y responde a la propia razón de

²¹ Córdoba. **Ob.Cit.** Pág. 132.

ser de la cláusula penal, si ésta se pacta para constreñir al cumplimiento de un contrato principal, acabado este, la existencia de la cláusula carece de causa o fin.

- Pago: no hay duda de que cuando el deudor cumple con la prestación inherente al objeto de la obligación principal, extingue la cláusula penal. La regla ofrece dificultades cuando el pago se ha efectuado en forma absolutamente satisfactoria en cuanto al objeto debido, tiempo y lugar. Pero, cuando el pago ha sido insatisfactorio en ciertos aspectos, la cuestión se torna más dudosa.

Cuando la cláusula penal es moratoria, se discute su extinción si el deudor recibió tardíamente la principal sin hacer expresa reserva de su reclamo. La opinión jurisprudencial minoritaria se pronuncia por la negativa. Cuando la pena ha sido puesta como compensación en la mora, se acumula a la principal y el deudor no se libera cumpliendo extemporáneamente con la principal.

El acreedor no pierde el derecho de exigir el monto de la cláusula penal moratoria, aunque hubiera aceptado el cumplimiento de la principal.

Por otro lado, la tendencia mayoritaria resuelve que la recepción de la principal sin expresa reserva de reclamar la cláusula penal, extingue a esta última.

Si el acreedor acepta la ejecución parcial sin reservas y sin demandar la parte de la pena que corresponde, se entiende que renuncia a la pena; sin embargo se

crea que si acepta la ejecución parcial en la creencia de que se va a cumplir totalmente y después no se cumple, puede entonces pedir la pena.

Pero, la aceptación del pago parcial sin reservas de ningún modo puede hacer presumir la renuncia a percibir la cláusula in integrum. Cuando el acreedor acepta el cumplimiento parcial la pena debe reducirse, pero de ninguna manera se extingue.

En conclusión, el único pago que extingue la pena es el total; el parcial, aunque fuera hecho sin reservas, solamente faculta la reducción. Si la cuestión se plantea con obligaciones de tracto sucesivo, la aceptación de pagos tardíos significan una renuncia de exigir la pena correspondiente a las cuotas ya devengadas, pero no a las posteriores, y si se trata de pagos parciales, la reducción debe operarse también con relación a las cuotas devengadas, manteniéndose ileso el derecho del acreedor a reclamar la pena entera en las posteriores.

- Por consignación: para que el pago de la obligación principal extinga la pena, es menester que se hayan cumplido todos los requisitos concernientes a la integridad del pago.

- Pago por subrogación: si se paga por subrogación la obligación principal, se transmiten al solvens y las cláusulas penales que acceden a la prestación pagada.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco, el Artículo 1453 del Código Civil Decreto Ley 106 indica: “La subrogación tiene lugar cuando el acreedor sustituye en el tercero que paga, todos los derechos, acciones y garantías de la obligación.”

También, el Artículo 1454 del mismo cuerpo legal preceptúa: “El que subroga no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor sino hasta la concurrencia de la suma efectivamente pagada por él para la deliberación del deudor.”

- Dación en pago: podrá calificarse la dación en pago, como una operación transaccional pactada por el acreedor y deudor para dar solución a la deuda y que intervendrá ordinariamente en el mismo momento del vencimiento de la obligación. Por consiguiente, la dación en pago será siempre un acto de naturaleza negocial.

El cambio de la prestación en función de cumplimiento exige la concurrencia de voluntades de acreedor y deudor. Si el acreedor recibe voluntariamente algo distinto de lo que se le debe en cumplimiento de la obligación principal, también se extingue la cláusula penal.

Por ello, es que la cláusula penal, salvo pacto expreso en contrario, se extingue con la dación en pago, no reviviendo por el hecho de la evicción, por tanto, los daños y perjuicios deben ser liquidados de conformidad con las normas del derecho común.

- Novación: también la extinción de la obligación principal por novación produce la de la cláusula penal, la norma permite al acreedor evitar la muerte de la accesoria mediante pacto expreso. La novación extingue la obligación principal con sus obligaciones accesorias. El acreedor, sin embargo, puede por una reserva expresa, impedir la extinción de los privilegios e hipotecas del antiguo crédito que pasan entonces a la nueva. Esta reserva no exige la intervención de la persona respecto de la cual es hecha. En consecuencia, si la cláusula penal fue constituida por un tercero, la novación celebrada entre el acreedor y el deudor, extingue la cláusula, salvo que el deudor de la cláusula penal haya participado en la novación prestando consentimiento a la subsistencia de la accesoria.

Es imperativo citar el Artículo 1478 del Código Civil que especifica: “Hay novación cuando deudor y acreedor alteran sustancialmente la obligación sustituyéndola por otra. La novación no se presume; es necesario que la voluntad de efectuarla resulte claramente del nuevo convenio, o que la antigua y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles.”

- Compensación: el Artículo 1469 del Código Civil establece: “La compensación tiene lugar cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente por su propio derecho.”

Este modo tampoco ofrece dificultades. Si la obligación principal se extingue por compensación, también se extingue la accesoria. Si la compensación es parcial,

la cláusula se extinguirá también parcialmente, salvo que sea indivisible, en cuyo caso la pena se debe íntegramente.

En cuanto a los legitimados para oponer la compensación, se tiene que advertir que si la cláusula penal ha sido constituida por un tercero, éste podrá oponer al acreedor lo que el sujeto activo de la obligación principal debía al deudor principal.

- Renuncia y remisión: ninguno de estos dos medios da lugar a mayores dificultades cuando se trata de renuncia o remisión de la obligación principal.

En cambio, que si hay dificultad cuando se analiza la renuncia a la pena misma. Si el acreedor, haciendo uso de la facultad de disponer de su derecho, lo renuncia, se presume que también perdona el pago de los accesorios.

Por lo demás, no hay sino una aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, mientras no exista acuerdo expreso en contrario.

Al respecto de la remisión, el Código Civil establece en el Artículo 1489: “La remisión de la deuda hecha por el acreedor y aceptada por el deudor, extingue la obligación.”

- Imposibilidad del pago: la regla de aplicar es que si la obligación principal se extingue sin culpa del deudor queda también extinguida la cláusula penal.

Esta se aplica, a las obligaciones de prestación determinada sean estas de dar, hacer o no hacer, y su interpretación debe ser estrictísima.

- **Mutuo disenso:** si por acuerdo de las partes se ha resuelto dejar sin efecto el negocio principal, no hay duda de que se extingue la cláusula penal del negocio accesorio, la rescisión supone que el deudor y el acreedor han renunciado a sus derechos y obligaciones recíprocos.

Ninguna incidencia tienen las razones por las cuales las partes hayan acordado disolver el contrato principal.

En tal sentido, se ha resuelto en derecho comparado que si en un contrato se pacta una cláusula penal aplicable en caso de demora en el cumplimiento de una de las obligaciones que en él se establecen, el convenio se rescinde por tornarse dicha obligación de cumplimiento imposible, debe declararse la caducidad de cláusula penal.

Tampoco, se modifica la regla por el hecho de que el mutuo disenso se produzca cuando una de las partes ya estaba en mora, porque el acuerdo ha hecho volver las cosas al estado anterior a la celebración del contrato, salvo pacto expreso en contrario.

- **Prescripción:** en el ordenamiento jurídico, según el Artículo 1501 del Código Civil, la prescripción de la obligación principal produce la prescripción de la obligación

accesoria, es decir, la prescripción de la obligación principal también extingue la obligación accesoria.

En dicho sentido, la regla general es que si ha quedado enervado el derecho de accionar el cumplimiento de la obligación principal por efecto de la prescripción, tampoco podrá exigirse el cumplimiento de la cláusula penal.

La obligación de pagar la pena es también susceptible de prescripción. Si no existe pacto expreso en contrario y tratándose de un vínculo accesorio, deberá aplicarse a la acción para reclamar la pena el mismo plazo que rige para la principal a la cual accede.

- Extinción de la cláusula penal por vía principal: puede darse por renuncia, imposibilidad de pago y por muerte del deudor.
- 1) Renuncia: es evidente que atendiendo a la voluntad y libertad contractual, el acreedor puede renunciar a la cláusula penal.

El efecto propio de esta renuncia es despojar al crédito principal de la obligación accesoria, lo que no impide que éste quede vigente en toda su integridad.

"En las legislaciones que permiten al acreedor reclamar mayores daños operando la cláusula penal como indemnización mínima, es razonable sostener que la renuncia a la pena no priva al acreedor que la pena no resulta

indemnización suficiente para el real perjuicio producido, renuncia a la cláusula penal, y de este modo logra la indemnización integral".²²

En el derecho la renuncia a la cláusula penal produce como consecuencia inevitable la pérdida del ejercicio de la acción indemnizatoria por los daños producidos, cuyo monto hubiese sido convencionalmente fijado.

Por supuesto, ello es en referencia a que solamente puede darse con los daños pactados, porque siendo toda renuncia de interpretación restrictiva, de modo alguno puedo comprender la de exigir los otros daños que no hubiesen sido contemplados en la cláusula penal.

- 2) Imposibilidad de pago: puede suceder que el cumplimiento de la cláusula penal se torne imposible, por ejemplo, el deudor de la cláusula se ha obligado a entregar un objeto cierto y éste se destruye.

Aunque metodológicamente no corresponde su tratamiento, por no ser un caso de extinción, se prefiere incluir esta temática en este lugar por razones prácticas. Si la destrucción o pérdida se produce por un hecho imputable al deudor, no existen dudas de que el deudor no queda liberado de su obligación.

Si la pérdida se opera cuando el deudor ya estaba en mora en la obligación de pagar la cláusula penal, rigen iguales principios a los expuestos, que cuando la

²² Barrientos. **Ob.Cit.** Pág. 51.

cláusula penal no ha sido sometida a modalidades propias, se trasladan a ella las de la obligación principal. Y por eso, cuando se cae en mora en la obligación de pagar la obligación principal, si la cláusula no está sometida a plazo o condición, se incurre en mora en la obligación de pagar la pena. Pero si la cosa se pierde sin culpa del deudor antes de que éste incurra en mora, la cláusula penal se extingue y solo se deberán los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la principal por el régimen del derecho común. Situación que no aplica en el ordenamiento jurídico guatemalteco, pues en éste la cláusula penal constituye la compensación de daños y perjuicios.

- b) Muerte del deudor: salvo el caso de las obligaciones intuitu personae, es evidente que la muerte no produce ni la extinción de la obligación principal ni la de la cláusula penal, que se transmite a sus herederos, sin embargo, a veces la muerte del deudor produce una imposibilidad temporaria a cumplir con la obligación, por lo que tratándose de cláusulas penales moratorias, pareciera que su devenir debería suspenderse mientras opera tal imposibilidad.

4.5. Relación de la cláusula penal con figuras afines

"La cláusula penal es una figura con estructura, caracteres, funciones y efectos propios, por lo que teóricamente no cabe la posibilidad de confundirla con otro tipo de negocios jurídicos y obligaciones".²³

²³ **Ibid.**

Sin embargo, en la práctica suelen presentarse dificultades en la determinación del verdadero sentido y alcance de la estipulación, por lo que es conveniente resaltar las diferencias teóricas que separan a la cláusula penal de otros vínculos con los cuales puede llegar a confundirse por cierta similitud en su estructura y funcionamiento.

- a) Con la fianza: las semejanzas entre ambas figuras aparecen cuando la cláusula penal ha sido estipulada por un tercero que se obliga a una prestación, para el caso de que el deudor no cumpla o retarde la ejecución de la principal.

En el Código Civil Decreto Ley 106 el Artículo 2100 indica: “Por el contrato de fianza una persona se compromete a responder por las obligaciones de otra. El fiador puede estipular con el deudor una remuneración por el servicio que le presta”.

Además, en los artículos 1024 a 1032 del Código de Comercio de Guatemala se regula lo relativo a las fianzas, pero prestadas éstas por entidades afianzadoras autorizadas para funcionar en Guatemala. Para algunos autores, en este caso debe regir sin más las normas sobre la fianza.

Cuando se estipula una fianza, el tercero se obliga a la misma prestación que el deudor principal; es decir, su obligación consiste en cumplir la prestación que el deudor omitió; en cambio, el tercero que estipula una cláusula penal se obliga a una prestación distinta, cualitativa o cuantitativamente, de la prometida por el deudor.

La cláusula penal puede consistir en una obligación de dar, hacer o no hacer; esta prestación puede o no ser de la misma naturaleza que la principal. En cambio, la fianza no puede tener por objeto una prestación diferente de la que forma la materia de la obligación principal.

La cláusula penal compensatoria normalmente representa un valor superior a la prestación principal; solo así cumple perfectamente su función compulsoria; en cambio el Artículo 2102 del Código Civil dispone que el fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el deudor principal, y en caso de que lo haya hecho, su responsabilidad se verá reducida en cuanto al exceso.

- b) Con la prenda: la mayoría de la doctrina extranjera coincide en que también el dinero puede ser dado en prenda, presentando en tal caso un carácter particular, porque el acreedor pignoraticio se convierte en propietario de las monedas entregadas en garantía, obligándose en caso de pago a la restitución de una suma igual; por ello se ha propuesto designar a esta operación con el nombre de prenda irregular.

"La cláusula penal puede llegar a tener gran similitud con la prenda. Sin embargo, sus diferencias son notables debido a que el derecho otorgado es de diferente naturaleza y en un caso, solo un derecho personal o crediticio; en el otro, un derecho real de garantía".²⁴

²⁴ **Ibid.**

En la cláusula penal solo existe la promesa de entregar una suma de dinero, en la prenda irregular se exige la entrega efectiva. Sin embargo, no existe impedimento en que la cláusula penal consista en sumas de dinero que ya están en poder del acreedor.

Finalmente, debe señalarse que mientras la prenda es indivisible, la cláusula penal puede ser divisible o indivisible.

- c) Con la multa penitencial: este es un instituto que todavía cuando se suele dejar de lado por los tratadistas modernos, reviste considerable importancia práctica dado su frecuente empleo en las transacciones comerciales.

Se trata de la llamada por la antigua doctrina multa poenitentialis pactum displicentiae, multa de arrepentimiento, e impropriamente por algunos autores modernos en uso de una palabra francesa que en realidad debe emplearse para designar una situación distinta: dedit.

La característica esencial de la multa penitencial consiste en ser una estipulación por medio de la cual los contratantes convienen en fijar una suma que, en caso de desistimiento de contratar por parte de cualquiera de ellos, deber ser pagada por otro.

Es evidente, que se trata de una facultad concedida al deudor de la obligación principal, en virtud de la multa penitencial, ya que puede desistir libremente del

contrato ofreciendo para el efecto el pago de la multa que haya sido convenida, sin que la otra parte, es decir, el acreedor de la obligación principal, tenga derecho a insistir en la ejecución de la misma o a pretender cualquier otra a título de indemnización de daños y perjuicios.

En efecto las diferencias entre cláusula penal y multa penitencial son bien claras. La primera, se establece en utilidad del acreedor con el fin de dispensarle la prueba de los daños y perjuicios, o con el de amparar las seguridades de cumplimiento de la obligación del deudor, o finalmente con ambas finalidades a la vez en la concepción híbrida de la doctrina contemporánea.

En cambio, la multa penitencial se encuentra siempre pactada en utilidad del deudor, debido a que tiene por finalidad la salvaguardia de sus intereses en caso de que se produzca su arrepentimiento, permitiéndole retractarse de lo pactado sin más trascendencia que la pérdida de la cantidad o de la cosa que se había establecido como multa. La cláusula penal no le otorga al deudor la facultad obligacional principal en tanto que la multa penitencial sí.

- d) Con las arras: otro noción bien afín a la cláusula penal y a la multa penitencial, y que tiene que ser diferenciada de estas, consiste en la llamada en el derecho y aquella que la doctrina.

Las arras dadas en garantía del cumplimiento de la obligación, constituyen el equivalente de los daños y perjuicios provenientes de la inejecución, siempre que

mediare culpa; y sin el incumplimiento procediere de quien las recibió, éste tendrá que restituir el doble de lo que hubiere recibido.

- e) Con la indemnización ordinaria de daños y perjuicios fijados judicialmente: en reiteradas ocasiones se ha señalado la función indemnizatoria de la cláusula penal. Es correspondiente la delimitación de sus diferencias con el régimen ordinario de fijación judicial de los daños y perjuicios. La cláusula penal se pacta siempre antes de producirse los perjuicios, siendo la indemnización judicial posterior al incumplimiento. Por el objeto, puede tenerse por finalidad una prestación de dar, hacer o no hacer.

La indemnización judicial de daños consiste en la reposición de las cosas a su estado anterior, a excepción de que ello fuera imposible o excesivamente oneroso, o bien que el acreedor optare por la indemnización pecuniaria.

Por el régimen de la prueba de los daños, en la indemnización fijada judicialmente el acreedor tiene que probar los daños que hayan sido producidos, siendo el mismo cumplimiento el que no presume los daños ocasionados, en cambio, los perjuicios se presumen en el momento de que se haya pactado una cláusula penal.

- f) Diferencia con la novación condicional: la cláusula penal de la novación condicional, existe en el caso en el que las partes, estipulando la pena han

entendido hacer novación, o sea, reemplazar la obligación primitiva por la obligación penal.

En dicho caso, la intención de las partes quiere que el deudor, una vez puesto en mora de cumplir con la obligación principal no deba más que la pena convenida. Tal estipulación es perfectamente lícita pero, en realidad, no es una cláusula penal ya que la pena en este una nueva obligación tiene que ser presentada.

En virtud de los principios propios de la novación, tiene que sentarse el criterio de que dicha estipulación tiene que ser formulada de una manera expresa, ya que ella no puede nunca ser presumida. Las diferencias prácticas entre una situación y otra se deducen de lo que ya se ha expresado en relación a la cláusula penal.

- g) Diferencia con la prenda: el dinero puede ser dado en prenda, presentando en dicho caso un carácter particular, debido a que el acreedor pignoraticio se convierte en propietario de las monedas que hayan sido entregadas en garantía, obligándose en caso de pago a la restitución de una suma igual.

El derecho otorgado es de diferente naturaleza: en un caso, únicamente un derecho personal o crediticio denominado cláusula penal, en el otro un derecho real de garantía denominado prenda.

En la cláusula penal solamente existe la entrega efectiva. Sin embargo, no existe impedimento en que la cláusula penal consista en sumas de dinero que ya se

encuentran en poder del acreedor, finalmente, tiene que señalarse que mientras la prenda es indivisible la cláusula penal puede ser divisible o indivisible.

4.6. Estudio de la cláusula penal como convención accesoria estipulada al negocio obligacional principal en la sociedad guatemalteca

El primer presupuesto es que exista un vínculo jurídico nacido con anterioridad al hecho que motiva la aplicación de la pena, es decir, se encuentra una obligación principal previa que el deudor incumplió o cumplió parcial o defectuosamente, fuera del tiempo, lugar o modo convenido. El incumplimiento debe afectar la esencia de la obligación provista por los contratantes.

En cuanto a la imputabilidad, es muy discutible si en el derecho romano era o no requisito para la procedencia de la pena que el incumplimiento le fuera imputable al deudor. Para algunos autores, era indiferente que el deudor fuera o no responsable del incumplimiento de la principal.

"De una combinación de las diversas decisiones, pareciera deducirse que el deudor podía invocar la imposibilidad fortuita: los principios lógicos y sobre todo el de la buena fe, llevaron a no aplicar la letra rigurosa del contrato y por ende, a liberar el deudor cuando probaba que de hecho había realizado todo cuanto podía evitar la imposibilidad".²⁵

²⁵ Cuevas. **Ob.Cit.** Pág. 145.

Notoriamente influidos por la doctrina, la mayoría de los autores sostienen que siendo la imputabilidad a título de culpa o dolo uno de los requisitos para la procedencia de la acción de daños y perjuicios del derecho común, lo es también para la aplicación de la cláusula penal.

Es una gran dificultad la que representa el hecho de resolver si el deudor puede liberarse de la cláusula penal invocando un acontecimiento imprevisible que si bien no hizo imposible el cumplimiento de la prestación la tornó excesivamente onerosa; es decir, si podría el deudor invocar la teoría de la imprevisión.

El Artículo 1330 del Código Civil Decreto Ley 106 indica: “Cuando las condiciones bajo las cuales fuere contraída la obligación cambiaren de manera notable, a consecuencia de hechos extraordinarios imposibles de prever y de evitar, haciendo su cumplimiento demasiado oneroso para el deudor, el convenio podrá ser revisado mediante declaración judicial.”

Es lógico sostener que la teoría de la imprevisión faculta al deudor a no cumplir con la deuda principal, pero lo obliga a prestar la accesoria; por lo demás, el principio de buena fe debe tener cabida aún cuando se haya pactado una cláusula penal.

La cláusula penal no se debe si el incumplimiento del deudor debe imputársele al acreedor. Esta era la solución en el derecho romano y actualmente es aceptada por la doctrina moderna, aun por aquellos que atienden exclusivamente a la función

compulsoria. Los códigos civiles generalmente no contienen una norma expresa sobre dicho punto.

El silencio de la ley se justifica en atención a que una norma expresa en tal sentido sería redundante, porque la solución no hace sino aplicación del principio de que nadie puede alegar sus propios errores.

Si un mandante se compromete a pagar una cláusula penal al mandatario si le revoca el poder, ésta no se debe si la revocación se efectúa por abuso de confianza del mandatario, porque evidentemente la cláusula se ha pactado para los casos de revocación arbitraria; lo contrario sería legitimar un robo o un delito.

Es claro que quien invoca la cláusula penal, debe a su vez haber cumplido las obligaciones a su cargo. Este principio ha sido reiteradamente aceptado por la jurisprudencia extranjera, debido a que habiendo faltado ambos contratantes a las obligaciones que les incumbían, ninguno de ellos puede exigir la aplicación de la cláusula penal convenida.

La aplicación de la pena prevista para el caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales por una de las partes, supone el cumplimiento de las suyas por la contraparte.

Una de las funciones fundamentales de la cláusula penal consiste en evaluar por anticipado los daños y perjuicios que habría de ocasionarse al acreedor en el caso de



incumplimiento o cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación por parte del deudor, lo cual es lo que se denomina función sustitutiva.

Se ha firmado reiteradamente que la cláusula penal no constituye una simple liquidación de los daños, pues presenta un carácter compulsorio que la aleja de estos. Siendo congruente con esta posición, el derecho comparado que ha resuelto que el deudor no podrá examinarse de satisfacer la pena probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El tema señala la importancia de la cláusula penal o de indemnización, al ser la misma una convención accesoria que debe ser acorde con la legislación penal guatemalteca, como cláusula del negocio que contiene una obligación principal o convenida en negocio separado.

Debido a lo anotado, se promete llevar a cabo una prestación, generalmente pecuniaria para el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso o irregular en relación a la obligación principal que haya sido establecida.

El acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación principal, el resarcimiento de los daños y perjuicios producido por el incumplimiento o por el cumplimiento parcial o defectuoso de la obligación principal y el pago de la pena, donde estaría englobado el resarcimiento de los daños y perjuicios.

Los sujetos intervinientes tienen que expresar su voluntad mediante una manifestación que no requiere una determinada terminología, o sea, puede ocurrir que bajo la denominación impropia se haya estipulado otro tipo de sanción o medio de garantía. En virtud de ello, se establece una indemnización de daños y perjuicios que tiene que satisfacerse por uno, por varios o bien por todos los contratantes para los supuestos concretos que se determinen, de falta total o de cumplimiento irregular, tomando en consideración el tipo de incumplimiento que se presente en una revisión judicial.





BIBLIOGRAFÍA

- BARRIENTOS MONZÓN, Luis Adolfo. **La cláusula penal.** Barcelona, España: Ed. Ariel, 1989.
- CASTELLANOS RAMÍREZ, José Fernando. **Lineamientos elementales de la convención accesoria.** México, D.F.: Ed. Porrúa, 1981.
- CEREZO GONZÁLEZ, Manuel Alejandro. **Derecho de obligaciones.** Madrid, España: Ed. UNED, 1998.
- CÓRDOBA SÁNCHEZ, Miguel Roberto. **El principio negocial.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Universitaria, 1993.
- CUEVAS DEL CID, Rafael. **Introducción al estudio del derecho penal.** Guatemala: Ed. Universitaria, 1954.
- CUEVAS MONTERROSO, Sergio David. **Cláusula penal.** Barcelona, España: Ed. Bosch, 1988.
- FERNÁNDEZ ARMAS, Juan Roberto. **Derecho contractual de hoy.** Madrid, España: Ed. Jurídicas, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teorías del garantismo.** Madrid, España: Ed. Trota, 1997.
- FOLGAR RAMOS, Mario Ernesto. **Derecho contractual.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Abellido Perrot, 1970.
- GUTIÉRREZ PAEZ, Estuardo Antonio. **La convención accesoria.** México, D.F.: Ed. Temis, 1989.
- LÓPEZ DÍAZ, Claudia Lorena. **Introducción a la imputación objetiva obligacional.** Bogotá, Colombia: Ed. Universitaria, 1996.



OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1981.

PANSINI LÓPEZ, Gustavo Adolfo. **Tendencias actuales del derecho y privado.** Bogotá, Colombia: Ed. Universitaria 1996.

REYES ALVARADO, Dina Yesenia. **Imputación objetiva principal del negocio jurídico.** Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 1997.

RUSTER MORIS, Stevens Max. **Estipulaciones del negocio jurídico contractual.** Madrid, España: Ed. Civitas, 1999.

SALAZAR MUÑOZ, Ana Estela. **De la convención accesoria al contrato.** Madrid, España: Ed. Universidad de Extermadura, 1995.

SANTOS PÉREZ, Julio Andrés. **La humanización contractual.** México, D.F.: Ed. Legis, 2003.

SINGAPUR GUZMÁN, José Midencey. **Estipulaciones jurídicas de la cláusula penal.** Madrid, España: Ed. Gustavo Ibañez, 1990.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Civil. Decreto Ley número 106 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1963.

Código Penal. Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1973.