

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



**NUEVAS PERSPECTIVAS SOBRE  
LA CLÁUSULA PENAL EN EL DERECHO  
GUATEMALTECO**

**ROSA MARIELA GUZMÁN PAIZ**

**GUATEMALA, JUNIO DE 2008**

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

**NUEVAS PERSPECTIVAS SOBRE LA CLÁUSULA PENAL  
EN EL DERECHO GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva  
de la  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**ROSA MARIELA GUZMÁN PAIZ**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, junio de 2008



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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana  
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López  
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla  
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez  
VOCAL IV: Br. Héctor Mauricio Ortega Pantoja  
VOCAL V: Br. Marco Vinicio Villatoro López  
SECRETARIO: Lic. Avidàn Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÒ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente: Lic. Saulo De León Estrada  
Vocal: Lic. Carlos Urbina Mejía  
Secretaria: Licda. Rosa María Ramírez Soto

**Segunda Fase:**

Presidente: Lic. Ronan Arnoldo Roca Méndez  
Vocal: Licda. Celia Lisette Ordoñez Rubio  
Secretaria: Licda. Dora René Cruz Navas

**RAZÓN:** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis.” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de la tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

# LIC. DAVID PIVARAL GONZALEZ

## Abogado y Notario


Guatemala, 17 de marzo de 2008



LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTIN  
COORDINADOR DE LA UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

En forma atenta me dirijo a usted para exponerle que en razón de la designación como asesor de la tesis de la estudiante ROSA MARIELA GUZMAN PAIZ titulada "NUEVAS PERSPECTIVAS SOBRE LA CLAUSULA PENAL EN EL DERECHO GUATEMALTECO", procedo a emitir el presente dictamen:

El trabajo aporta elementos de análisis doctrinarios y propios de la estudiante en relación al tema investigado, haciendo aportaciones que servirán para enriquecer la discusión sobre el mismo e incluso su aplicación apropiada en la contratación civil. Destaco que en el trabajo se utilizó la metodología y técnicas apropiadas para dar como resultado una interesante y novedosa investigación, por lo que habiendo cumplido con los requisitos contenidos en el artículo 32 normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen Público, resulta procedente aprobar el trabajo de tesis por lo que procedo a emitir dictamen favorable al mismo.

  
LIC. DAVID PIVARAL GONZALEZ

Lic. David Pivaral González  
Abogado y Notario  
Col 4365

UNIVERSIDAD DE SAN  
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

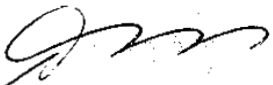
Ciudad Universitaria, Zona 12  
GUATEMALA, C. A.



**UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, veintisiete de marzo de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) VLADIMIR OSMAN AGUILAR GUERRA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **ROSA MARIELA GUZMAN PAIZ**, Intitulado: **"NUEVAS PERSPECTIVAS SOBRE LA CLÁUSULA PENAL EN EL DERECHO GUATEMALTECO"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, 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, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

  
**LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS**

cc. Unidad de Tesis  
MTCL/slth



*Dr. Vladimir Osman Aguilar Guerra*

Abogado y Notario

Guatemala, 2 de abril del 2008

Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Su Despacho.

Licenciado Castillo Lutín:

De acuerdo a mi nombramiento de fecha 27 de marzo del 2008 le informo que procedí a revisar el trabajo de tesis titulado "NUEVAS PERSPECTIVAS SOBRE LA CLÁUSULA PENAL EN EL DERECHO GUATEMALTECO", escrito por la bachiller Rosa Mariela Guzmán Paiz.

El tema objeto de la presente investigación es de suma importancia tanto en sede teórica como en sede práctica, pues constituye una figura que se utiliza con frecuencia en el tráfico jurídico, con el objeto de garantizar el cumplimiento de una obligación.

Esta tesis se traduce en un valioso aporte a la bibliografía nacional, pues llena un vacío respecto a una temática no abordada en Guatemala, como lo es el estudio de la reglamentación de la cláusula penal o pena convencional en nuestro Código Civil y el análisis dogmático de la misma. También en la presente investigación se recurre de forma constante al análisis de la regulación de esta institución en el derecho comparado. Finalmente es de resaltar que la autora realiza en su trabajo aportes personales de gran valor científico sobre este tema, los cuales son de utilidad para tomar en consideración en el futuro para alguna reforma legislativa sobre la materia.

El contenido del presente trabajo de tesis, se ajusta sobradamente a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva, metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones con que se concluye y la bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, resulta procedente aprobar el trabajo de tesis revisado, razón por la cual, otorgo dictamen en sentido favorable.

Atentamente,



VLADIMIR OSMAN AGUILAR GUERRA  
ABOGADO Y NOTARIO

Dr. Vladimir Aguilar Guerra  
Colegiado 4143

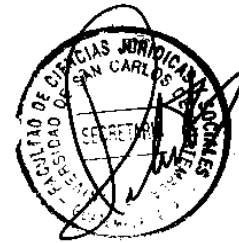


UNIVERSIDAD DE SAN  
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12  
GUATEMALA, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

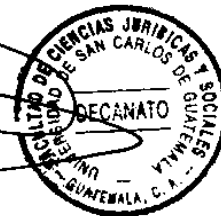
Guatemala, dieciséis de abril del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del  
(de la) estudiante ROSA MARIELA GUZMÁN PAIZ, Titulado "NUEVAS  
PERSPECTIVAS SOBRE LA CLAUSULA PENAL EN EL DERECHO  
GUATEMALTECO" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de  
Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/ragm

12/04/08

*[Firma manuscrita]*



*[Firma manuscrita]*





## DEDICATORIA

A DIOS:

Infinitamente gracias por no desampararme nunca y siempre poner ángeles en mi camino, que han ayudado a culminar esta etapa de mi vida.

A MIS PADRES  
GUILLERMO GUZMÁN Y  
ROSA PAIZ DE GUZMÁN:

Flores sobre sus tumbas, siempre están en mi memoria, esperando que este logro los enorgullezca.

A MI ABUELITA MARIA ESTER:

Gracias por los valores inculcados.

A MI HERMANA MAYRA:

Que el haber llegado a esta meta, sea muestra de agradecimiento por el ejemplo, por el amor y comprensión que me ha dedicado.

A MI HERMANA ALBA:

Gracias, por el amor, ejemplo y dedicación, que a lo largo de la vida me ha brindado.

A MI HERMANA GLORIA:

Por el ejemplo, dedicación y amor brindados; muchas gracias.

A ERNESTO:

Con amor, gracias por estar conmigo; apoyarme siempre y ser mi estrella.

A MI CUÑADO EMIL SPRAGGS:

Gracias por siempre apoyarme y ser mi segundo papá.

A LIGIA PAIZ DE CORADO  
Y WALTER CORADO:

Por su apoyo a lo largo de mi vida, y haberme hecho parte de su familia; muchas gracias.

A MIS SOBRINOS:

Rubí, Ligia, Andrea, André, Abril, Gabriela, Carlos Fernando, María José y Joshua, para que esta meta les muestre que si perseguimos los sueños se logran. Los quiero mucho.

A MI TÍA ELENA Y ALEJANDRO:

Con cariño.





AL DR. VLADIMIR AGUILAR GUERRA:

Paradigma de jurista, con cariño, respeto y admiración; gracias por el ejemplo, apoyo incondicional y por contribuir a mi crecimiento como profesional.

A MIS AMIGOS:

Por compartir conmigo esta alegría; especialmente a Nadia, Sergio, Guillermo, Gladys, Georgina, Aura Elena, Mauricio Luna y Mickey.

A LOS PROFESIONALES:

David Pivaral, Sergio Pineda y Jorge Reyes; gracias por su apoyo y consejos en mi preparación profesional.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:

Es un orgullo egresar de tan magna casa de estudios.

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES:

Gracias por albergarme y otorgarme las herramientas necesarias para ejercer la profesión con ética y conciencia social.

A USTED:

Por alegrarse y compartir conmigo este momento tan especial.



## ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

### CAPÍTULO I

1.	Las garantías de la obligación.....	1
1.1	Consideraciones generales.....	1
1.2	Los tipos de garantías.....	2
1.2.1	Garantías personales.....	3
1.2.2	Garantías reales.....	4
1.3	Las características generales de los derechos de garantía.....	5
1.4	Reseña histórica de la cláusula penal.....	6
1.5	Origen.....	7
1.6	Naturaleza.....	8
1.7	Otras particularidades de la cláusula penal en El derecho romano.....	9

### CAPÍTULO II

2.	La cláusula penal o pena convencional.....	11
2.1	Definición.....	12
2.2	La expresión de voluntad.....	14
2.3	Fuentes de la cláusula penal.....	15
2.4	Caracteres de la penal convencional.....	15
2.4.1	Es accesorio.....	16
2.4.2	Es condicional.....	16
2.4.3	Es preventiva.....	17
2.4.4	Es subsidiaria.....	17
2.4.5	Es de inmutabilidad relativa.....	18



Pàg.

2.5	Los sujetos (capacidad).....	19
2.6	Obligados al pago.....	20
2.7	El objeto.....	21
2.8	La forma.....	22
2.9	Los elementos accidentales.....	22
2.10	Licitud.....	23
2.11	Cláusulas que tienen por objeto dar.....	24
2.12	Actos jurídicos unilaterales.....	24
2.13	La gestión de negocios no puede ser fuente de una cláusula Penal.....	25
2.14	La cláusula penal en el pago indebido.....	25
2.15	La ley.....	26
2.16	La cláusula penal es un contrato accesorio.....	27
2.19	Autonomía privada y funciones de la pena convencional.....	31
2.19.1	Función Disuasoria.....	31
2.19.2	Función Indemnizatoria.....	33
2.19.3	Función de Garantía.....	33
2.19.4	Función Liquidadora.....	34
2.20	Cláusulas de dudosa clasificación.....	34
2.20.1	Cláusulas de limitación de la responsabilidad.....	35
2.20.2	Pagarés y obligaciones de pago abstractas.....	36
2.20.3	Las cláusulas de pago a forfait.....	36
2.21	Cláusulas de pérdida de derechos y comisorias.....	38
2.22	Cláusulas de vencimiento anticipado.....	38
2.23	Cláusulas de indemnización preventiva.....	39
2.24	Obligación facultativa.....	40



### CAPÍTULO III

3.	Clasificación de la cláusula penal.....	43
3.1	Pautas para la determinación.....	44
3.2	Pena estipulada en previsión de un “resultado” determinado.....	45
3.3	Pena estipulada en previsión de una “conducta” determinada....	46
3.4	Pena estipulada en previsión del incumplimiento de “una obligación” o de la ejecución “global” de todas las prestaciones contenidas en lo principal.....	47

### CAPÍTULO IV

4.	Requisitos para la exigibilidad de la cláusula penal.....	49
4.1	Incumplimiento total o cumplimiento parcial, defectuoso, fuera de tiempo o fuera de lugar.....	49
4.2	Imputabilidad.....	49
4.3	Incumplimiento producido por un hecho imprevisible que tornó excesivamente oneroso el cumplimiento de la principal.....	50
4.4	Incumplimiento producido por hechos imprevisibles cuando existe mora del deudor o pacto de garantía.....	51
4.5	Incumplimiento debido a culpa del acreedor.....	51
4.6	Incumplimiento de la obligación asegurada debido a culpa de ambos contratantes.....	52
4.7	Incumplimiento de las obligaciones a cargo del acreedor.....	53
4.8	Constitución en mora.....	53
4.8.1	Antecedentes históricos.....	54
4.9	El daño causado.....	55



Pàg.

## CAPÍTULO V

5.	Efectos de la cláusula penal y su extinción.....	57
5.1	Derechos del acreedor.....	57
5.1.1	A exigir el cumplimiento de la obligación principal.....	57
5.1.2	El derecho a exigir la obligación principal en las obligaciones de hacer.....	57
5.1.3	El cúmulo en la cláusula penal moratoria.....	58
5.1.4	La opción y el cúmulo en la cláusula compensatoria.....	58
5.1.5	Oportunidad en que debe formularse la opción.....	58
5.1.6	Derecho a exigir el cumplimiento de la pena.....	59
5.2	Derechos del deudor.....	59
5.3	Extinción de la cláusula penal. Principio general.....	60
5.3.1	Extinción de la cláusula penal por vía de consecuencia...	60
5.4	Pago.....	60
5.5	Pago por consignación.....	62
5.6	Pago por subrogación.....	62
5.7	La imputación del pago.....	63
5.8	Dación en pago (datio in solutum).....	64
5.9	Novación.....	65
5.10	Compensación.....	66
5.11	Transacción.....	66
5.12	Confusión.....	67
5.13	Renuncia y remisión.....	67
5.14	Imposibilidad del pago .....	68
5.15	Mutuo disenso.....	68
5.16	Cumplimiento de la condición resolutoria.....	69
5.17	Cumplimiento del plazo resolutorio.....	69
5.18	Prescripción.....	70



Pàg.

5.19	Extinción de la cláusula penal por vía principal.....	71
5.19.1	Renuncia.....	71
5.19.2	Imposibilidad de pago.....	72
5.19.3	Compensación.....	73
5.19.4	Muerte del deudor.....	73

## CAPÍTULO VI

6.	La cláusula penal en el derecho comparado y su relación con otras figuras afines.....	75
6.1	La cláusula penal en el derecho comparado.....	75
6.1.1	Francia.....	75
6.1.2	Italia.....	77
6.1.3	Alemania.....	78
6.1.4	Portugal.....	79
6.1.5	Inglaterra.....	80
6.2	Relación de la cláusula penal con figuras afines.....	82
6.2.1	Diferencia con las obligaciones alternativas.....	82
6.2.2	Diferencia con las obligaciones facultativas.....	84
6.2.3	Diferencias con las obligaciones condicionales.....	85
6.2.4	Diferencia con la Novación condicional.....	86
6.2.5	Diferencia con la fianza.....	87
6.2.6	Diferencia con el seguro.....	88
6.2.7	Diferencia con la prenda.....	89
6.2.8	Diferencia con la multa penitencial .....	90
6.2.9	Diferencia con las arras.....	91
6.2.10	Diferencia con la indemnización ordinaria de daños y perjuicios fijados judicialmente.....	94
6.2.11	Diferencia con las sanciones conminatorias o astreintes.....	95



## CAPÍTULO VII

7.	Cláusulas abusivas.....	97
7.1	Definición.....	97
7.2	Topología.....	97
7.3	La moderación de la pena por los tribunales.....	99
7.4	La exigibilidad de la pena.....	99
7.5	Subsistencia de la obligación principal. El carácter accesorio de la cláusula penal.....	100
7.6	Subsistencia de los supuestos para los que se pactó.....	100
7.7	Incumplimiento imputable al deudor.....	101
7.8	Demanda: para exigir el cumplimiento de la cláusula penal.....	102
7.9	Vía procesal.....	103
7.10	El contenido de la sentencia.....	103
7.11	Competencia en razón de la cuantía.....	104
7.12	Competencia en razón del lugar.....	106
7.13	Competencia en razón de la materia.....	107
7.14	La cláusula penal en los tratados internacionales.....	107
7.14.1	Tratado.....	108
7.14.2	Tratados-Normativos o Tratados—Leyes.....	109
7.14.3	La viabilidad del pacto de una cláusula penal.....	110
7.14.4	El pacta sunt servanda.....	110
7.14.5	Los medios compulsivos en general.....	111
7.15	Licitud del objeto pactado.....	111
	CONCLUSIONES.....	115
	RECOMENDACIONES.....	117
	BIBLIOGRAFÍA.....	119







## INTRODUCCIÓN

La figura de la cláusula penal, si bien es cierto no es nueva en nuestro ordenamiento, pues se encuentra regulada en el Artículo 1436 del Código Civil, aunque no con ese nombre precisamente, sigue siendo una institución poco recurrida en los contratos celebrados; razón por la cual, la presente tesis pretende, de manera sencilla, aportar algunos aspectos importantes respecto de ésta, como su relación y diferencias con otras figuras afines, la vía procesal que debe seguirse para su reclamación, su reglamentación y estudio en el derecho comparado, características y reseña histórica, entre otros.

Sin embargo, conforme ahondamos en el tema, advertimos que es complejo y de enorme actualidad. Cuando las relaciones jurídicas no son de ejecución inmediata, surge para los contratantes un periodo de interinidad e incertidumbre que las partes tratan de cubrir mediante el establecimiento de garantías. Hoy en día, en que desafortunadamente se ha debilitado el valor de la palabra empeñada, los modos de garantía se han multiplicado no sólo en nuestro medio sino en otros países. Existe entre los contratantes una manifiesta desconfianza, lo que motiva que rara vez no aparezcan cláusulas asegurativas estipuladas en los contratos.

Nos interesa el estudio de la cláusula penal, por cuanto es una figura de gran importancia, pues evita que las partes de un contrato al momento de tener



una controversia al respecto, se vean en la necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para determinar los mismos, pues 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, y 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.

El contenido de la presente monografía, está integrado por siete capítulos, de la siguiente forma: En el primero, las garantías de la obligación; en el segundo, la cláusula penal, en el tercero clasificación de la cláusula penal; en el cuarto capítulo requisitos para la exigibilidad de la cláusula penal; en el quinto capítulo se contempla lo relativo a los efectos de la cláusula penal y su extinción; y para concluir en el capítulo sexto se estudia lo relativo a la cláusula penal en el derecho comparado y su relación con otras figuras afines.

Relativo a la hipótesis que sustenta la presente investigación, se tomaron en consideración, los factores que han generado conflicto en torno al control de la cláusula penal en Guatemala que son: la falta de doctrina en nuestro país que aborde el estudio de la misma así como su escasa y deficiente regulación en el Código Civil

Los objetivos de la tesis son: a) Generales: i. Distinguir el carácter accesorio de la cláusula penal en los contratos mercantiles y civiles de tracto sucesivo en nuestro ordenamiento jurídico. ii) establecer las diferencias entre



nuestra legislación y el derecho comparado con respecto a la cláusula penal en lo referente a la forma y moderación. Ya que la cláusula penal es producto de una declaración de voluntad establecer cómo será interpretada por la hermenéutica contractual. Y los objetivos específicos son :b) Específicos: i) establecer el nexo de dependencia y accesoriedad entre la cláusula penal y el objeto principal de la obligación. ii) resulta imprescindible clarificar y explicar la naturaleza jurídica, funciones y efectos de la cláusula penal en el actual ordenamiento jurídico guatemalteco.

En cuanto al método utilizado fue el inductivo; toda vez que, como se deriva de la lectura del presente trabajo, partimos del conocimiento particular y ya conocido, para encontrar incidencias y diferencias con nuestro medio respecto del estudio de la cláusula penal; es por ello que la presente tesis cuenta con una importante comparación de la figura mencionada con otros países; y la técnica fue constituida por la recolección, procesamiento y análisis de datos esenciales para llevar a cabo la investigación.





## CAPÍTULO I

### 1. Las garantías de la obligación

#### 1.1 Consideraciones generales

En cuanto una relación jurídica nace y no se extingue en un instante, surge para uno, o para los varios posibles contratantes, un período de interinidad y de incertidumbre que pretenden cubrir mediante el establecimiento de determinadas garantías. Estas pueden ser múltiples y también múltiples pueden ser sus objetivos, unas son de naturaleza real y otras obligacional y dentro de éstas cabe que uno de los contratantes, o los dos, se obliguen, a través de un nuevo vínculo, de carácter accesorio, a satisfacer una prestación en caso de incumplirse la obligación principal. A ésta garantía es a la que se le denomina cláusula penal o pena convencional.

La garantía técnicamente es una facultad o un derecho que se yuxtapone o se añade al crédito para asegurar su satisfacción. Sería por ello más exacto, como señala DIEZ-PICAZO<sup>1</sup>, hablar de derecho o facultad en función de garantía. Ese nuevo derecho o esa nueva facultad queda subordinado al crédito, que funciona como derecho principal, en una relación de *accesoriedad*. Se dice por ello que la garantía consiste en un *derecho accesorio*. El que se trate de un verdadero *derecho*, esto es, una situación de poder típica, autónoma, o bien de una *facultad*, es decir, una

---

<sup>1</sup> Díez Picazo, Luis, **Estudios de jurisprudencia civil**, tomo I, pàg. 165.



posibilidad de actuación protegida, no puede resolverse en general, sino atendiendo a la composición de intereses en cada uno de los casos.

## 1.2 Los tipos de garantías

Las garantías suelen clasificarse en *reales y personales*, en función de la naturaleza del poder jurídico o derecho subjetivo que se concede al acreedor para refuerzo de la seguridad del crédito. No coincide, sin embargo, esta distinción con la ya conocida separación entre *derechos reales y derechos de crédito*. En cuanto a garantías, cabe mencionar que las garantías “reales”, no conceden un verdadero derecho real, sino que consiste en la atribución de facultades posesorias o en la justificación de una situación posesoria.

De este modo, entendiendo como garantía real la que se traduce en la concesión de un poder jurídico sobre cosa determinada del deudor o de un tercero, se podría verificar una subdistinción, dentro de las garantías reales, entre las que son propiamente de tal carácter, porque operan a través de un verdadero derecho real, y las impropiedades reales porque, aún concediendo una facultad o un derecho de naturaleza personal u obligacional, se refieren a cosas determinadas.

Y así, en el sentido indicado, habría: garantías personales, garantías reales en sentido propio, y garantías que, recayendo sobre cosas determinadas, confieren meramente un derecho personal.



En todo caso, se trata siempre de derechos accesorios, y al respecto de las garantías estrictamente reales, de derechos tipificados, pues responden a situaciones legalmente predeterminadas que las partes pueden modular, pero no crear a su arbitrio. Y aún en tema de garantías personales pueden utilizarse en función de garantía otros derechos, pero la función de seguridad o de garantía tiende a interpretarse y a aplicarse en el tráfico a partir de los modelos o esquemas tipificados.

### 1.2.1 Garantías personales

Son las que atribuyen al acreedor una facultad o derecho personal que no se dirige hacia una cosa concreta o determinada, sino hacia el patrimonio del deudor, cuya responsabilidad de este modo se amplía, hacia el patrimonio de un tercero.

El patrimonio de un tercero puede quedar afecto o sujeto a las consecuencias del incumplimiento por parte del deudor, con lo que la posibilidad de satisfacción del acreedor se amplía, al sumar los activos del patrimonio del tercero a la posibilidad de agresión en caso de incumplimiento. Se procede así, con arreglo a diversos mecanismos preestablecidos, en los supuestos tradicionales de fianza, aval cambiario y solidaridad en función de garantía. Sin embargo, junto a estos supuestos, aparecen otras nuevas formas de garantía, como por ejemplo las denominadas garantías a primer requerimiento o a primera demanda, las cuales, pueden ser reconducidas a cierta modalidad de anticipación de la fianza. También aparecen ciertas figuras asegurativas, como el seguro de caución y el seguro de crédito, donde la problemática en torno a su



consideración como verdaderas fianzas o como seguros privados propiamente dichos, no es nada fácil de solucionar.

Se puede dar, también, una facultad adicional contra el patrimonio del mismo deudor, como ocurre en el supuesto de la pena convencional o cláusula penal.

A través de un derecho de naturaleza obligacional, pero referido a cosas determinadas, cabría considerar garantías personales la concesión de facultades posesorias que se dan en los supuestos de *derecho de retención y arras*.

#### 1.2.2 Garantías reales

Son aquellas en las cuales se concede al acreedor un poder jurídico que recae sobre cosas concretas y determinadas es decir cosas definidas.

La seguridad se obtiene a través de la concesión al acreedor de un poder jurídico, un derecho subjetivo sobre una determinada y concreta cosa del deudor o de un tercero. Se trata de un poder que goza de la protección específica de los derechos reales: inmediatividad y, sobre todo, oponibilidad *erga omnes*.

Este poder consiste, ya en la posibilidad de aprehensión de la cosa, a través de los órganos del Estado, para enajenarla forzosamente y dedicar el producto obtenido a verificar el pago al acreedor, como ocurre en los supuestos de derechos reales de realización de valor (prenda e hipoteca), ya en la reserva de la propiedad de una cosa o





de la titularidad de un derecho que no se transmitirá al deudor hasta que ~~no~~ <sup>haya</sup> verificado el pago (reserva de dominio, *fiducia cum creditore*), de modo que ~~no~~ <sup>haya</sup> habiendo satisfecho el interés del acreedor, éste conserva su titularidad real, y recupera con facilidad la plenitud de su derecho.

En cierto sentido, como se ha expuesto, pueden ser también llamadas garantías reales las que consisten en una facultad de retener en posesión una cosa determinada (*derecho de retención*) o una suma de dinero (*arras*).

Las garantías reales específicas suelen ser estudiadas en el tema de los Derechos Reales. A ese lugar nos remitimos.

La seguridad se obtiene a través de la concesión al acreedor de un poder jurídico, un derecho subjetivo sobre una determinada y concreta cosa del deudor o de un tercero que lo ha prestado a favor del crédito o la prestación otorgada a éste.

### 1.3 Las características generales de los derechos de garantía

Las garantías constituyen un derecho subjetivo adicional o una facultad adicional que se une al derecho de crédito. Debe considerarse, por ello, que existe una relación de subordinación entre uno y otro, de tal manera que puede, en rigor, hablarse de un derecho principal para referirse al derecho de crédito y de un derecho accesorio para referirse al derecho de garantía. La accesoriedad significa que el derecho subordinado depende en cuanto a su existencia y a su subsistencia del derecho principal.



Aunque la presente investigación gira en torno a la cláusula penal, cabe mencionar que no es la única medida de garantía adoptada por los contratantes para asegurar el cumplimiento de una obligación determinada, sino también están: las arras, la fianza; figuras que veremos más adelante, concretamente en el capítulo III; sin embargo son otra figura las cartas de patrocinio<sup>2</sup> que en nuestro medio no son tan utilizadas.

#### 1.4 Reseña histórica de la cláusula penal

Los orígenes remotos de las legislaciones modernas en lo relativo a la institución de la cláusula penal, se encuentran en las disposiciones del derecho romano, en cuyo ordenamiento es preciso, por tanto, buscar las primeras raíces de nuestro instituto, que nació a la vida jurídica con el nombre de *stipulatio poenae*.

Los romanos denominaban *stipulatio poenae* a toda estipulación que tuviera por fin imponer al promitente de una promesa de prestación a favor del estipulante para el caso de que un determinado acontecimiento previsto por las parte tuviera lugar o no lo tuviera<sup>3</sup> la *stipulatio poenae* por su propia naturaleza era, según esto, solo una especie dentro de las obligaciones condicionales; y como tal no merecería tener una configuración jurídica propia. Sin embargo, las modalidades especiales con que se

---

<sup>2</sup> Son declaraciones de voluntad fideiusorias. No son las declaraciones de un hecho propio (es garantía contractual pero no fianza), las comunicaciones de conocimiento de un hecho, las comunicaciones de hechos relevantes y las meras intenciones. Admite el carácter contractual.

<sup>3</sup> Maynz, **Tours de droit Romaní**, pàg. 414.



presentó la *stipulatio poenae* y las circunstancias que acompañaron su surgimiento e iniciales desenvolvimientos, hicieron que ya desde los primeros tiempos romanos ella tomara, al menos en ciertos casos, aspectos y características que desbordaron el linde de las obligaciones condicionales y que la erigieron, respecto de estas, en un instituto jurídico autónomo.

### 1.5 Origen

El primitivo derecho romano no acordaba la protección de la ley a todo compromiso convencional, en el sentido de no contar las partes o el juez con los medios necesarios para imponerla deudor omiso, coactivamente si fuera necesario, el cumplimiento de su deber. “Así, en Roma, al menos en el antiguo derecho el juez no podía obligar a ningún ciudadano a hacer o a no hacer alguna cosa, y carecía asimismo, de facultades para fijar el valor los perjuicios que podían derivarse de la conducta antijurídica del deudor”<sup>4</sup>. El requerimiento judicial a esos efectos, indican algunos autores, cosa hoy común y natural, era extraño a la potestad judicial romana que, según la mente de la época, no había sido establecida como instrumento compulsivo de los ciudadanos a los efectos de obligar a estos, contra su voluntad, a cumplir un hecho o a abstenerse de él.

“Esta contextura del antiguo derecho romano, fue precisamente la que determinó el nacimiento de la *stipulatio poenae*, en efecto, dicha estipulación tuvo por progenitores dos necesidades fundamentales: i) por un lado, la necesidad de hallar un medio que

---

<sup>4</sup> Díez Picazo, Luis, **Estudios de jurisprudencia civil**, pàg. 19



compeliera al deudor al cumplimiento de aquellas convenciones que propiamente no dan lugar al nacimiento de un vínculo jurídico”<sup>5</sup>. Sometiendo la provisor al pago de una pena para el caso de que no ejecute aquello a que se ha comprometido, se garantiza el cumplimiento, por vía indirecta, de la obligación principal; b) por otro lado, con la stipulatio poenae se lograba el resultado de que en caso de inejecución de la misma obligación principal, el acreedor se indemnizara mediante la percepción de cierta cantidad por vía de reparación de daños y perjuicios, cantidad que llegaba a sus manos al pagarse la pena por el deudor. En virtud de esta última circunstancia, la cláusula penal tenía por objeto generalmente una suma de dinero (pecunia certa), cuyo pago podía ser perseguido de la manera más expedita mediante la contictio certi<sup>6</sup>. Esto presentaba para el acreedor la ventaja de permitirle exigir la pena pactada sin necesidad de cumplir requisito alguno, es decir, sin necesidad de probar la existencia del daño que el incumplimiento de la obligación le irrogaba, y el monto de ese mismo daño, prueba por lo general muy difícil.

## 1.6 Naturaleza

De acuerdo con los lineamientos del instituto se comprende que en su origen la cláusula penal tuviera un acento más penal que indemnizatorio, por cuanto tendía especial y principalísimamente a castigar al infractor y no a reparar el daño producido

---

<sup>5</sup> Se trata de aquellas convenciones de derecho de gentes de las cuales decía Ulpiano, Digesto, libro II, título XIV, ley 7, fragmento 4 (en la edición del Cuerpo del derecho civil romano, de García Del Corral, tomo I, pag. 276, segunda columna).

<sup>6</sup> Maynz, Carlos, **Curso de derecho romano**, pag. 415. en el mismo lugar dice este romanista, corroborando lo que se ha expresado en el texto, que no se encuentra un solo ejemplo de stipulatio poenae que tenga otro objeto que una suma de dinero, a pesar de que en las fuentes se habla de esto como una eventualidad posible.



en el patrimonio de la víctima de la infracción. Este criterio se reafirma si se tiene presente que de acuerdo a las ideas muy simples de las organizaciones jurídicas primitivas, el infractor del derecho establecido era, antes que nada, un delincuente a cuyo castigo debía propenderse por medio de la pena. La propia palabra pena, dicen algunos autores, es vestigio de un estadio primitivo de la civilización, en el cual toda injusticia (en el sentido de actual *contra derecho*) es un delito, y suscita un sentimiento de venganza que solo se sacia mediante el castigo adecuado del criminal.<sup>7</sup>

### 1.7 Otras particularidades de la cláusula penal en el derecho romano

En cuanto a la exposición del régimen a que se hallaba sometida la *stipulatio poenae* en el derecho romano, corresponde mencionar que la inexistencia de una regulación sistemática del instituto por parte de aquel ordenamiento jurídico, excluye las soluciones generales y definitivas, del tipo de las que luego serán frecuentes en las legislaciones posteriores. Sin embargo, hilvanando las fragmentarias disposiciones de las fuentes justinianeas es posible llegar a la formulación de ciertos principios rectores de eficacia casi general, cuyos fundamentos serán expuestos a continuación refiriéndolos a dos situaciones básicas:

- ¿Desde cuándo se debe la pena estipulada en la cláusula penal? La pena prometida es debida (*stipulatio committitur*) a partir del momento en que existe inejecución de la obligación principal. Para comprender el alcance práctico de esta

---

<sup>7</sup> Otolan, **Explication historique des Institutes de l'Empereur Justicien**, pàg. 808.



proposición es necesario distinguir según que la obligación principal tenga existencia actual, o según que se haya estipulado un plazo para su cumplimiento. En el primer caso, el acreedor tiene el derecho de perseguir el pago de la pena *statim*, es decir, tan pronto como la obligación principal, habiendo podido ser satisfecha no lo ha sido. Sin embargo, el deudor puede evitar el pago de la pena cumpliendo con lo principalmente debido antes de que se proceda a la *litis contestatio*, pues mediando dicho cumplimiento, la circunstancia principal de la que pendía el pago de la pena, no existe más. Cuando se ha fijado término para la ejecución de la obligación principal el acreedor no puede exigir la pena antes del cumplimiento del plazo, pero si el plazo ya ha vencido sin que la ejecución haya tenido lugar, a partir de este momento la pena es debida de un modo irrevocable<sup>8</sup>. Esta consecuencia deriva, según la mente de los romanos, de la naturaleza de las cosas; sin embargo, algunos jurisconsultos de la época clásica habían tratado de debilitar esta regla exigiendo previamente el requisito de la interpelación (*mora*) del deudor.

---

<sup>8</sup> Véase a ULPiano, **Comentario al edicto**, pàg. 145.



## CAPÍTULO II

### 2. La cláusula penal o pena convencional

La cláusula penal, si bien constituye un pacto añadido con carácter accesorio a una obligación principal, como elementos accidental del negocio jurídico, tendrá como límites la imaginación de sus creadores, lo que se refiere a las amplísimas fronteras de la autonomía de la voluntad y por supuesto la moderación judicial en los casos en que deba intervenir el estado para poder resolver de manera equitativa para ambas partes de un litigio.

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 radicaré en desentrañar la función que cada una de ellas haya de cumplir en 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 nuestro país no sea tan común, que una cláusula que llaman penal los contratantes, no lo sea, y en cambio, una prestación accesorio 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 sustitutivo de los daños y perjuicios en los casos de incumplimiento, añadiéndose o no otro factor sancionador a la no realización de lo convenido. En este sentido, el Artículo 1436 de nuestro Código Civil preceptúa: “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.”

La cláusula penal consistirá 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. Dicho de otra forma, a las partes no les está prohibido pactar otra cosa distinta del dinero, o la pretensión de un hecho. Sin embargo, no se puede negar que es más conveniente y más seguro establecerla en dinero pues se presta mejor a la exacta liquidación e impide más fácilmente las controversias.

## 2.1 Definición

“La pena convencional, cláusula penal, o bien denominada **cláusula de indemnización**, por nuestro Código Civil, consiste en una convención accesorio 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.”<sup>9</sup>

La cláusula penal es un pacto que se une a una obligación principal siempre y cuando ésta sea de tracto sucesivo, en virtud del cual se estipula una indemnización de daños y perjuicios que habrá de satisfacerse por uno, por varios o por todos los

---

<sup>9</sup> Aguilar Guerra, Vladimir, **Derecho de Obligaciones**, pág. 377.





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.

En el Código Civil italiano de 1942 se estipula en su Artículo 1383: que si la cláusula penal ha sido estipulada para un simple retraso, el acreedor puede solicitar el cumplimiento simultáneo de la obligación principal y la cláusula penal. Pero en el Artículo 1384 introduce la posibilidad de la reducción equitativa de la pena cuando ésta se revele excesiva y haya existido un cumplimiento parcial de la obligación, teniendo siempre en cuenta el interés del acreedor en cuanto al cumplimiento de la obligación.

El Código Civil español instituye en su Artículo 1152: “En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente código”. En el Artículo 1154 del mismo cuerpo legal se indica: “El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.”

En este orden de ideas, el Artículo 1437 de nuestro Código Civil 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 e simple retardo o por el cumplimiento imperfecto.” En cuanto a la intervención de los órganos jurisdiccionales en la modificación de la pena, nuestro Código Civil en su Artículo 1438 indica: “Si la



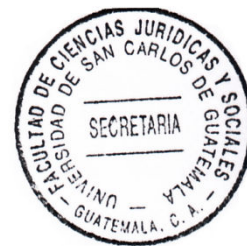
obligación hubiere sido cumplida en parte, imperfectamente o con retardo, procederá la reducción proporcional de la cantidad indemnizatoria, y si las partes no se pusieren de acuerdo, la fijará el juez.”

## 2.2 La expresión de voluntad

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

Los sujetos intervinientes deben expresar su voluntad mediante una manifestación que no requiere términos sacramentales. 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. 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. Ya decían los romanos: *“sermo rei et non rea sermón subjicitur”*.

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 –como lo hace alguna jurisprudencia chilena- la posibilidad de expresión tácita de la voluntad, porque ella no es sinónimo de equívoca. Lo que exigimos es expresión inequívoca, pudiendo derivarse de una manifestación tácita.



### 2.3 Fuentes de la cláusula penal

Todos los autores coinciden en que la cláusula penal puede tener su origen en la convención, pero disienten en si ésta es la única fuente o si, al contrario, puede nacer de la voluntad unilateral, de la ley y de la sentencia judicial. La propia palabra “cláusula” motiva gramaticalmente a sostener que la convención es su única fuente, porque la cláusula es la unidad elemental del contenido de la voluntad negocial<sup>10</sup>.

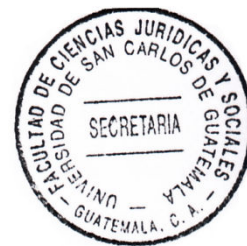
En el Código Civil guatemalteco, la cláusula de indemnización se encuentra en el título VIII del libro V del Derecho de Obligaciones, de ahí que en nuestro derecho, la fuente de la pena será el contrato. En otros Derechos como el italiano o el alemán, se encuentra regulada en las normas relativas a contratos también.

### 2.4 Caracteres de la penal 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.

---

<sup>10</sup> Pugliati, **Introducción al estudio del derecho civil**, pag. 163.



#### 2.4.1 Es accesoria

Nos 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 cuando son contraídas para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, ejemplificando, precisamente, con la cláusula penal (Artículo 1436 del código civil).

En el derecho moderno el carácter accesorio es esencial y por ello, las obligaciones concertadas bajo la primera de las formulas deben ser reguladas entre las obligaciones condicionales.

Para algunos autores el carácter de accesoriedad se deriva directamente de su función indemnizatoria. En tal sentido, Colmet de Santerre<sup>11</sup> ha dicho que 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 (la que se incumplió) y otra accesoria (la de pagar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento).

#### 2.4.2 Es condicional

La doctrina nos enseña que la obligación de pagar la cláusula penal esta subordinada al acontecimiento futuro e incierto que no se cumpla o se cumpla

---

<sup>11</sup> Colmet de Santerre, **Tours Analytique de Code Civil de A.M, Demante**, pag. 433 y sigs.



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 como afirma el maestro Diez Picazo,<sup>12</sup> de una *conditio iuris* de aplicabilidad de la pena. Además supone una condición suspensiva en tanto la pena no se hace exigible sino por el cumplimiento del hecho condicionante (no cumplir, o hacerlo tardía o defectuosamente).

#### 2.4.3 Es preventiva

Algunos autores han afirmado este carácter es sobresaliente, teniendo en cuenta que la cláusula penal se pacta porque los sujetos intervinientes 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, las hipotecas, etc.

#### 2.4.4 Es subsidiaria

En la doctrina existe discrepancia en cuanto a qué 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

---

<sup>12</sup> Diez Picazo, Luis, **Fundamentos del derecho civil patrimonial**, pag. 210 y sigs.



cambio, es subsidiaria porque –excepto en el caso de la pena moratoria- el importe entra en sustitución de la principal, no pudiendo acumularse.

#### 2.4.5 Es de inmutabilidad relativa

Algunos códigos civiles latinos han consagrado en términos enfáticos la inmutabilidad de la cláusula penal, es decir, que la suma objeto pactado para compeler al deudor al cumplimiento o como prefijación de los daños y perjuicios a producirse, no puede ser variado con posterioridad a su estipulación, sino por acuerdo de ambas partes. Al respecto nuestro ordenamiento civil ha estipulado que la indemnización que las partes hayan convenido no puede exceder de la cuantía de la obligación.

En el antiguo derecho francés se admitía la facultad de los tribunales de reducir el importe de las estipulaciones penales insertas en los contratos, cuando fuesen desmesuradas. Pothier en su célebre tratado sobre las obligaciones, al exponer los principios jurídicos que deben regir las cláusulas penales, enseñaba: “5º principio –La pena estipulada en caso de inejecución de una obligación puede, si es excesiva, ser reducida y moderada por el juez”<sup>13</sup>

Pero el Código civil francés, que tanto siguió a Domat y a Pothier en la regulación de los contratos, sin embargo en este punto estableció, en el Artículo 1252, la norma opuesta a la que defendieron estos juristas. El *Code* instituyó la inmutabilidad absoluta

---

<sup>13</sup> Pothier, Joseph, **Obligaciones**, pàg. 211.



de la pena convencional. El mencionado Artículo fue votado después de largas discusiones, pues los espíritus estaban muy divididos al respecto. Jacques de Maleville nos testimonia que él había propuesto que el juez pudiese moderar la suma convenida, pero que la mayoría prefirió atenerse al respeto ciego de la convención. La Comisión encargada de redactar el Proyecto también había puesto la facultad de reducir el importe de la pena.

En la línea de la inmutabilidad, el criterio de nuestro código civil es claro, por cuanto estipula en el Artículo 1438 que sólo 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 sólo en caso de que la obligación haya sido incumplida completamente, y su reducción proporcional tendrá lugar en caso contrario.

## 2.5 Los sujetos (capacidad)

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 ¿cuál es la capacidad necesaria para estipular una cláusula penal? Piola<sup>14</sup> ha sostenido que debe diferenciarse la cláusula penal emanada de un contrato de aquella que reconoce una fuente distinta (recordemos que nuestro ordenamiento

---

<sup>14</sup> Piola Giuseppe, **voz Clausola penale**, pag. 366.



jurídico únicamente reconoce la cláusula penal que nace de un contrato). Para el primer caso, requiere la misma capacidad que para contraer la obligación principal; en el segundo, exige la capacidad necesaria para constituirse en deudor de actos que exceden la mera 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 traducción de los daños y perjuicios provenientes del incumplimiento que el deudor principal ha puesto sobre sus hombros, basta para contratarla la misma capacidad que se requiere para la principal. Algunos autores plantean: al ahondar en la cuestión se verá que puede ocurrir, en razón de la función compulsoria, que la cláusula penal signifique una prestación mucho más onerosa que la principal. Por ello los pandectistas alemanes hablan de “los efectos agravados del contrato”. En consecuencia, la capacidad requerida dependerá del objeto que sea el contenido de la prestación penal; normalmente, será necesaria la capacidad jurídica para disponer.

## 2.6 Obligados al pago

- ❖ Deudor: 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.
- ❖ Acreedor: Pero también el acreedor de la obligación principal puede ser el sujeto pasivo de la cláusula penal; recordemos que la vida en relación exige





inevitablemente la colaboración de ambas partes; el acreedor, que no ayuda a su deudor para hacer mas adecuado, fácil y menos oneroso su cumplimiento pudiéndolo hacer sin gravamen serio para él, está contraviniendo el deber general de buena fe impuesto por el ordenamiento. En el Derecho comparado es posible pactarse una cláusula penal para los casos de incumplimiento por el acreedor del deber de colaboración.

## 2.7 El objeto

Como toda prestación debe ser posible, patrimonialmente valorable, determinable y lícito. La posibilidad del objeto aparece claramente en los textos romanos. Se lee en el Digesto (D., 45.1, de *verborum obligationibus*, 97 pr., Celso): “si yo hubiera estipulado así, ¿comparecerás?; si no comparecieras, ¿darás un hipocentauro?; será igual que si hubiera estipulado sólo ¿comparecerás?”.

Nuestro Código Civil en el Artículo 1538 establece: “No sólo 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.”



## 2.8 La 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, evidentemente el problema 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, nuestro ordenamiento jurídico establece que la obligación accesorio debe seguir las formalidades de la obligación principal.

## 2.9 Los elementos accidentales

La cláusula penal, como todo negocio jurídico, puede estar sometida a modalidades, como son el plazo, la condición o el cargo. Por ejemplo 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 actué el acreedor de la pena; o que esta suma se pagará bajo la condición de que en ese año agrícola el deudor haya tenido cosecha abundante.

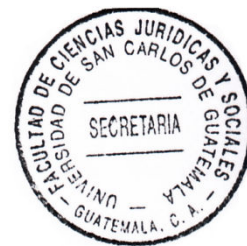
Lo expuesto, es de mucha importancia si se lo vincula al profundo problema de la exigibilidad de la cláusula penal, en efecto, si la pena no está sometida a ninguna modalidad, consideramos que ella se hace exigible desde que se torna en tal la principal, por efecto de la accesoriedad. Por ejemplo, se estipula que la falta de pago de



la obligación de entregar el inmueble vendido en el plazo fijado 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 tal como se ha dicho, ningún impedimento legal existe para que sea la propia cláusula la que este 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 accesoría.

## 2.10 Licitud

Teniendo en cuenta la finalidad conminatoria o compulsoria de la cláusula penal, nos interesa fundamentalmente el carácter del epígrafe. La doctrina es unánime en afirmar que siendo antijurídico que una persona sea coaccionada por medio ilícitos, la cláusula para ser válida, debe ser lícita en si misma. La solución reconoce honda raigambre en la tradición española que prohibía pactar como pena la propia persona o la propiedad de todos los bienes (Fuero Real, libro I, título XI, ley 5). Por esta razón no pueden pactarse cláusulas penales de tal naturaleza que interfiera en el campo relativo al derecho penal, del cual es 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 el delito de homicidio. Como consecuencia de lo expuesto, la cláusula penal tampoco puede ser el medio para evitar la aplicación de sanciones dispuestas por razones de orden público.



## 2.11 Cláusulas que tienen por objeto dar

Lo común es que se trate de sumas de dinero. En muchas definiciones. Recuerda Maynz que en el derecho romano la “*stipulatio poenae*” tenía regularmente por objeto una cantidad de dinero “*pecunia certa*” cuyo pacto era perseguido de manera expedita por medio de la “*condictio certi*”, no encontrándose ningún ejemplo en que tuviera por objeto una prestación distinta; no obstante ello, algunos textos lo colocan como una eventualidad posible.

Nuestro Código Civil establece en el Artículo 1320: “La obligación de dar cosa determinada comprende su entrega y la de sus accesorios y pertenencias, así como los frutos que produzca desde que se perfecciona el convenio. El deudor es responsable, asimismo, de su conservación hasta que verifique la entrega.”

## 2.12 Actos jurídicos unilaterales

Gran parte de la doctrina extranjera coincide en que no hay ningún inconveniente en denominar cláusula penal a la estipulación por la cual el testador impone al heredero una obligación accesoria en el supuesto de no cumplir con los legados impuestos. Esta parece haber sido la solución en el derecho romano.

Sin embargo, in importante sector niega que en estos casos se esté en presencia de una cláusula penal típica, algunos consideran que son una modalidad de la institución hereditaria que se rige por reglas propias. En estos casos, existiría un cargo



subordinado a la condición negativa de que no se cumpla el legado. Para otros, solo cuando el heredero acepta la asignación que se le ofrece se configura la cláusula penal, por lo que esta no habría nacido por la sola voluntad del testador, sino por la concurrencia de dos voluntades (la del causante y la del heredero o legatario).

### 2.13 La gestión de negocios no puede ser fuente de una cláusula penal

Señala acertadamente Lobato de Blas que no cabe imaginar cláusulas penales nacidas de una gestión de negocios sin mandato. Si previendo la posibilidad de que una persona se encargue lícitamente de los negocios de otra, las partes pactaron una cláusula penal, en ese mismo pacto se esta dando tácitamente, o bien una autorización para la realización de tales gestiones, o una ratificación de ellas para el día que ocurran. Por tanto, no cabría aquí hablar de origen extracontractual, sino, al contrario, estrictamente convencional.<sup>15</sup>

### 2.14 La cláusula penal en el pago indebido

Los supuestos de cláusulas penales que aseguren la obligación de restituir fundada en el pago indebido son improbables en la práctica, pero conceptualmente pensables; existe un claro ejemplo otorgado por autores españoles: dos empresas de intensa relación comercial entre sí, pretendiendo evitar los errores provenientes de un deficiente control de facturas, pactan una cláusula penal para el supuesto de que se realizaran pagos correspondientes a partidas no debidas, pero reflejadas en facturas

---

<sup>15</sup> Lobato De Blas, Jesús María, **La cláusula penal en el derecho español**, pag. 150.



presentadas al cobro por la otra; aquí la pena es válida y la obligación principal de restituir no reconoce origen contractual, sino la “actio in rem verso” de génesis legal.

## 2.15 La ley

Para algunos autores no hay razón conceptual en negar carácter de cláusula penal a las sanciones fijadas por las leyes para los casos de incumplimiento de obligaciones de origen legal, ni tampoco a las indemnizaciones legalmente tarifadas, porque ellas entrañan, en el fondo una interpretación de la voluntad de las partes.

En cuanto a las sanciones fijadas por la legislación fiscal, algunos autores les niega el carácter de cláusula penal porque para ellos ésta sólo tiene función indemnizatoria; en cambio, aquellas tienen una finalidad disciplinaria punitiva. Reconoce, sin embargo, que en los casos en que se establezcan recargos proporcionales al tiempo de demora, puede asimilarse a una pena moratoria.

Es importante señalar que importante doctrina extranjera, señala que si bien el Estado es soberano para imponer sanciones civiles contra quienes incumplen obligaciones de origen legal, estas por su fuente y su carácter de necesidad en cuanto a la imposición no pueden asimilarse a las cláusulas penales, que se caracterizan por ser voluntarias. Según nuestra concepción, las cláusulas penales nacen de la voluntad, y en este sentido pueden ser catalogadas de arbitrarias o accidentales. Tal carácter de arbitrariedad o accidentalidad es señalado por romanistas contemporáneos.



## 2.16 La cláusula penal es un contrato accesorio

El carácter de accesoriedad 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.

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 principal, lógicamente se trata de un negocio con elementos estructurales propios. Se la estudia entonces con el mismo criterio con que se lo hace con otras convenciones accesorias que tienen 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<sup>16</sup>. Para la doctrina moderna, entonces, la cláusula penal, más que una obligación accesorio, 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.

---

<sup>16</sup> Ospina Fernández, Guillermo, **Régimen general de las obligaciones**, No. 199, pag. 78.



Ya se ha visto, en el derecho comparado, la pena civil en su esencia ~~no lleva~~ determinada de modo necesario la característica del origen contractual. La pena ~~civil~~ puede surgir también de la voluntad de la ley, o –según afirman algunos autores- de la voluntad unilateral de un determinado sujeto de derecho<sup>17</sup>. La ausencia de génesis contractual no quita a estas sanciones el carácter de penas civiles.<sup>18</sup>

Sin embargo, cuando se habla de cláusula penal en sentido específico, se supone siempre, y es de rigor que así sea, que dicha cláusula ha sido pactada libremente, por las partes y que tiene su origen en una convención. Y como no se trata simplemente de una convención cualquiera, sino de una de las que la ley considera susceptibles de acarrear como consecuencia el nacimiento de prestaciones coactivamente exigibles, resulta que la cláusula penal debe –siempre- encontrar su fuente en un contrato.

Se trata de una cláusula que origina una obligación, la de cumplir la pena, de carácter accesorio toda vez que presupone para nacer, un crédito principal válido, cuyo nacimiento depende del incumplimiento de la obligación principal que sea imputable al deudor según las reglas del contrato. Su extinción así mismo depende de la extinción de la obligación principal, así como su prorroga también depende de la del contrato principal, de manera que si ésta ha prescrito o si se ha perdido la cosa o se incumple la obligación por causas no imputables al deudor, queda extinguida la pena, porque se ha

---

<sup>17</sup> Dentro de esta corriente algunos tratadistas consideran que las penas que puede eventualmente imponer un testador por obra de su voluntad, son verdaderas cláusulas penales. Esta concepción no debe, sin embargo, ser aceptada de acuerdo a nuestro sistema de ideas.

<sup>18</sup> Según el conjunto de principios que orienta esta tesis, no puede aceptarse la existencia de cláusulas penales que no tengan origen contractual.





extinguido la obligación principal, o si se prorroga la obligación principal, esta también se verá prologada. Ahí radica la esencia de su carácter accesorio.

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 estos conceptos de accesorio y de principal no pueden ser definitivamente aclarados si establecemos 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 “accesoria” una obligación respecto de otra llamada “principal”, cuando esta segunda es la razón de ser (existencial) de la primera<sup>19</sup>, en el sentido de que la existencia de aquella se funda en la de esta. El Código civil oriental se encuentra sobre la línea de esta corriente doctrinaria, pero agrega una especificación más a su determinación de lo accesorio, diciendo que la obligación accesorio “tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal”, lo que sin embargo, no modifica sustancialmente el concepto antedicho.

- Es también una cláusula que sirve de refuerzo de la obligación, porque ejerce una presión sobre el deudor<sup>20</sup> que contribuye a disuadirle del incumplimiento, pero no

---

<sup>19</sup> Esta es la idea que refleja el Código Civil argentino en su Artículo 552 “De dos obligaciones, una es principal y la otra es accesorio, cuando la una es la razón de la existencia de la otra”.

<sup>20</sup> Mientras que para la escolástica medieval, una obligación de pago de cuantía superior al capital recibido era usura (y por lo tanto ilícita) a menos que haya sido impuesta para atemorizar al deudor del



constituye una garantía de la obligación es 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.

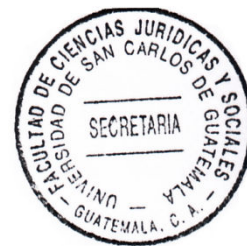
- Esta cláusula tiene el nombre de penal porque pretende agravar las consecuencias del incumplimiento imputable al deudor para éste, pero no siempre será más grave según los cambios de valor, las formulaciones y los cálculos realizados<sup>21</sup> al celebrar el contrato o negocio reforzado con la pena para fijar su cuantía. No es penal 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 “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.

---

incumplimiento, en los derechos anglosajones se fue imponiendo la idea de que las “penalties” eran rechazables, a diferencia de las cláusulas de preestimación de los daños, porque eran impuestas in terrorem de la parte que incumple. En todo caso, toda la doctrina moderna admite la pena como método legítimo de presión sobre el deudor.

<sup>21</sup> Históricamente se rechazaba la penal, entre otras razones, porque la pena era casi siempre considerablemente mayor que los daños previsibles, siendo sospechosa se usaba. Por el contrario, la tendencia actual es a considerar también la posibilidad de cláusulas irrisorias establecidas por un deudor, que goza de una posición fuerte en el contrato, normalmente de adhesión.



## 2.19 Autonomía privada y funciones de la pena convencional

### 2.19.1 Función disuasoria

La idea de refuerzo<sup>22</sup> 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 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 que se prevean al celebrar el contrato o estipular la pena, para que el deudor prefiera cumplir que afrontar la pena.
- ❖ 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, 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 (normalmente en una cantidad fija) o

---

<sup>22</sup> El Código francés en el Artículo 1226 define a la pena como la cláusula que se establece para asegurar el cumplimiento de un acuerdo, aunque el 1229 remarque su carácter de indemnización. El Código Civil italiano de 1865 en sus Artículos 1209 y 1212 adoptaba ésta definición ambivalente.



en función de criterios proporcionales al grado de incumplimiento (tiempo de retraso, parte de inejecución, cuantía incumplida).

En todos los casos la función disuasoria es eficaz en tanto el acreedor está exento de la prueba del daño y su cuantía.

- ❖ Imponer una sanción civil a los supuestos de incumplimiento, cumplimiento tardío, acumulando 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 es presumible que se vayan a producir, como cuando son inferiores o superiores, nos encontramos frente a una cláusula que desde el punto de vista objetivo cumple una finalidad liquidatoria porque la comparación entre las previsiones del pacto accesorio (pena convencional) y la realidad económica, está asociada inevitablemente a un cierto subjetivismo y con la sobrecarga actual de la galopante y notoria depreciación monetaria. Así si Juan se obliga en un contrato por medio de una cláusula penal a pagar cuatro mil dólares o su equivalente en quetzales a Pedro por cada día que demore la entrega de un avión. ¿Quién podrá decir, sobre todo si media un plazo largo desde la constitución de la obligación hasta su cumplimiento, si esos cuatro mil dólares van a representar el equivalente de los daños o perjuicios o van a ser una cantidad mayor o menor?.



### 2.19.2 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.

En nuestro derecho es digno tener en cuenta que:

- ❖ 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.

### 2.19.3 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 con el único presupuesto de que al momento en que ocurriere, hubiere estado en mora según el Artículo 1426 de nuestro Código Civil.



#### 2.19.4 Función liquidadora

En otros países 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 nuestro país de acuerdo al Artículo 1438 del Código Civil que 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.

#### 2.20 Cláusulas de dudosa clasificación

Al examinar el derecho comparado, la cuestión previa en los tratadistas es diferenciar los sistemas anglosajones, que, en general admiten las cláusulas de preestimación de daños (liquidated damages) y rechazan las penas o penalties, de los sistemas continentales que no establecen dicha distinción. 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 (adicional por supuesto) de una cantidad de dinero. Sólo en determinados momentos se plantea la pérdida de derechos.



Algunos tratadistas proponen una serie de casos dudosos que deben ser calificados o descartados como cláusulas penales:

#### 2.20.1 Cláusulas de limitación de la responsabilidad

Al determinar una pena por incumplimiento de una obligación, salvo moderación ulterior, el deudor que la incumpla por causa a él imputable, deberá pagar la suma determinada, sin que el acreedor pruebe el daño o aunque sea menor; por el contrario, si la responsabilidad está limitada a esa cuantía, el deudor deberá indemnizar aquellos daños probados por el acreedor hasta el máximo establecido.

Según algunos autores, habrá casos en que la cláusula penal opere como una cláusula limitativa de responsabilidad. Esto ocurre cuando el daño es superior a la cuantía de la pena, y ésta no es cumulativa a la pretensión de cumplimiento o indemnización,<sup>23</sup> siempre que la ley aplicable no permita elevar la pena irrisoria o indemnizar el daño ulterior.

Sin embargo, eso no quiere decir que sea la cláusula penal una cláusula de limitación de responsabilidad, porque, por definición pretende atribuir al deudor una responsabilidad agravada que supere los daños previsibles y sobre todo, porque exime al acreedor de probar la existencia y cuantía del daño.<sup>24</sup> Así es que a pesar de las semejanzas que puedan tener como la accesoriedad, presuponen la imputabilidad y

---

<sup>23</sup> García Amigo, **Cláusulas Limitativas**, Pág. 118.

<sup>24</sup> Jordano Fraga, **Modificaciones convencionales de las reglas de responsabilidad contractual**, pág. 625.



acuerdo preventivo anterior al cumplimiento, por lo que son mayores y decisivas las diferencias: mientras la cláusula penal protege al deudor, y mientras ésta última se refiere al daño, la de indemnización presupone el incumplimiento, independientemente del daño, con la consecuencia procesal de exigencia, en un caso, o de exención, en el otro de su prueba.

#### 2.20.2 Pagarés y obligaciones de pago abstractas

Los penal bonds, obligaciones de common law, pagarés por una suma superior a la recibida o a la prestación debida en caso de no cumplir a tiempo. Sin duda junto a esta figura se asocian dos tipos de problemas que recorrerán la presente investigación sobre la cláusula penal en los contratos: uno, la prevención de las leyes de represión de la usura; y dos la posible incidencia del *ius strictum* y de las obligaciones abstractas cualquiera que sea su causa, que es la base del mercado de títulos valores.

#### 2.20.3 Las cláusulas de pago a forfait

Contrato hecho a forfait: Es aquel hecho mediante el procedimiento de comprar o vender un conjunto de cosas o servicios conviniendo anticipadamente un precio global. La cláusula penal es en la mayoría de los casos una obligación pecuniaria. Configurada de esta manera, es probable que revista la condición de suma “forfaitaria”, o global. Se afirma que la suma “a forfait” puede determinarse, directamente refiriéndola por ejemplo al precio de venta, en una proporción como un 15% del precio de venta.





La idea de proporcionalidad tiene especial interés en las cláusulas penales moratorias, que penalizan el retraso en el incumplimiento: una suma por unidad de tiempo, normalmente días, es una fórmula frecuente de determinación de la pena. Sea a tanto alzado o proporcional, la cuantía de la obligación penal supone un cálculo forfaitario o global de la prestación, que no merma su liquidez, sino su exacta correspondencia con el daño causado. Por lo tanto la cláusula penal se diferencia de las cláusulas forfaitarias entre otras cosas en que en tanto que el forfait es una forma abreviada o simplificada de calcular globalmente la cuantía de una prestación con una cifra cerrada o con una fórmula más o menos sencilla, que exime de una comprobación detallada de la contraprestación, del daño originado, o del enriquecimiento restituido. Su finalidad es diferente, en el sentido de que el forfait pretende simplificar el cálculo de la cuantía una obligación, nacida de distintos títulos y con diferentes finalidades; la cláusula penal pretende disuadir al deudor de que incumpla y si a pesar de ello, incumple establece un cálculo forfaitario de su responsabilidad que exime de prueba al acreedor.

En cuanto a la obligación de prueba, nuestro Código Civil exime de ésta al deudor al estipular en el Artículo 1439: “En caso de exigirse la indemnización, el acreedor no está obligado a probar los daños y perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de pagarla pretendiendo probar que no los hubo.”



## 2.21 Cláusulas de pérdida de derechos y comisorias

Las cláusulas que extinguen derechos de la parte que incumple, las Verfallklauseln y Verwinrungsklauseln alemanas, que pueden comprender algunos o todos los derechos del deudor. Estas cláusulas que podríamos traducir como comisorias entendiendo en este concepto pérdida de derechos por el deudor, tienen especial incidencia en los contratos de compraventa a plazos. La pérdida de las cantidades entregadas, o de parte de ellas, o de las arras, con devolución, si hubo entrega, del objeto comprado o incluso, el vencimiento anticipado de la deuda. Por otro lado, la mayoría considera que cuando el deudor pierde alguno de sus derechos, estamos ante una penalización, a menos que se trate del vencimiento anticipado. En consecuencia pueden aplicarse las normas sobre cláusulas penales y de manera especial la reducción judicial de la pena.

## 2.22 Cláusulas de vencimiento anticipado

Ambas partes en contrato haciendo uso de la autonomía de la voluntad que los ampara para llevar a cabo un contrato lícito, al suscribirlo acuerdan que cualquiera de los dos podrá dar por vencido dicho contrato al haber cumplido con sus deberes, pero la contraparte ha incumplido, entonces habrá lugar para las reclamaciones por daños y perjuicios, por supuesto por la vía judicial correspondiente.

En Alemania hay opiniones encontradas, en el sentido de que hay quienes consideran que no son aplicables las normas de BGB sobre cláusula penal a los



supuestos de pacto de vencimiento anticipado, con apoyo en algunas sentencias. Y frente a estos, los que consideran el vencimiento anticipado uno de los supuestos de cláusulas de pérdida de algunos derechos del deudor, que por tanto, pueden ser regulados por las reglas del BGB sobre cláusulas penales. Existen no obstante opiniones más matizadas, que diferencian los casos en que la deuda que vence anticipadamente se debe con los intereses iniciales o sin ellos (calculados sólo hasta el momento de su reclamación anticipada y descontando los intereses de plazos futuros no devengados).

## 2.23 Cláusulas de indemnización preventiva

En la legislación guatemalteca no se contemplan dichas cláusulas, sino únicamente las arras, que se entregan en garantía del cumplimiento de una obligación y que constituyen el equivalente a los daños y perjuicios provenientes de la inejecución del contrato.

En algunos casos se utiliza el término forfaitario para referirse a ésta cláusula, con una pequeña imprecisión, pues el forfait se refiere al método de cálculo no la finalidad indemnizatoria.

Para el Tribunal Supremo alemán una cláusula debe considerarse penal cuando el pago de la cantidad prometida tiene como primera finalidad asegurar el cumplimiento del contrato principal y debe ejercer sobre el otro contratante la presión más eficaz posible, para que cumpla todas sus obligaciones contractuales. Por el contrario nos



encontramos en ésta cláusula ante un acuerdo de indemnización global cuando pretende simplificar la determinación una pretensión contractual presupuesta y ya existente.

## 2.24 Obligación facultativa

Estas obligaciones se encuentran reguladas en nuestro Código Civil del Artículo 1341 al 1346. El Artículo 1341 estipula: “Obligación facultativa es la que no teniendo por objeto sino una sola prestación, da al deudor el derecho de sustituir esa prestación por otra.” También nuestra legislación estipula que si existiere duda sobre si una obligación es alternativa o facultativa, se tendrá por facultativa, por supuesto en atención a que es más favorable para el deudor.

Además si la prestación principal resulta nula, también lo será la obligación facultativa aunque la prestación accesorio no tenga ningún vicio. Y si se pierde o deteriora la cosa que constituye la prestación accesorio, ésta no tiene ninguna influencia sobre la prestación substancial.

Las obligaciones facultativas, llamadas también obligaciones con cláusula facultativa o con facultad alternativa, es aquella en que una de las partes, deudor o acreedor, se reserva la facultad de modificar, en el momento solutorio de la obligación, la prestación prevista en el acto constitutivo de la obligación y realizar o exigir una prestación diversa.



Es decir esta figura se puede tener como la situación en que el deudor al verse imposibilitado para cumplir con la prestación prometida, en estado de buena fe opta por realizar una prestación distinta de la determinada anteriormente, nuestro Código civil no menciona si el consentimiento del acreedor es necesario por lo que se infiere que no lo es.





### CAPÍTULO III

#### 3. Clasificación de la cláusula penal

Tradicionalmente la doctrina distingue la cláusula penal en compensatoria y moratoria. Se dice que la primera es aquella que prevé el incumplimiento, en tanto que la segunda contempla el cumplimiento tardío.

La determinación del tipo pactado es de indudable trascendencia práctica por las siguientes razones:

- ❖ La pena estipulada para el caso de incumplimiento absoluto no es trasladable a los casos de mora y viceversa. Esta es una consecuencia del principio general conforme al cual toda pena debe ser interpretada restrictivamente.
- ❖ Las cláusulas compensatorias se agotan, por lo general, en una sola prestación. Las moratorias, en cambio, suponen prestaciones duraderas o reiteradas (se devengan por mes, por día, etc.). Ello implica resolver hasta cuando ellas son debidas; el tema se incluye en el más general de la “cesación del estado en mora”. En algunos casos la respuesta es sencilla: se devengan hasta el momento de producirse el cumplimiento o el incumplimiento definitivo, sin que al efecto tengan incidencias los cumplimientos parciales.



### 3.1 Pautas para la determinación

Atentos a las diferencias apuntadas, resulta imprescindible proporcionar algunos criterios rectores para analizar cual ha sido el tipo pactado cuando las previsiones contractuales no han sido claras.

En general, los autores argentinos, -siguiendo a los franceses- coinciden en que si la pena se estipula sin expresión particular, debe presumírsela compensatoria.<sup>25</sup>

Las eventuales previsiones de las partes pueden tener contenidos sumamente diversos. Analizaremos los más comunes:

- ❖ Pena estipulada en previsión de un “perjuicio” determinado o de todos los daños producidos

La cláusula puede pactarse previendo un solo tipo de daños, o bien en consideración a todas las lesiones que sean consecuencia de la falta de cumplimiento de la prestación principal.

A falta de estipulación expresa en contrario, debe entenderse que la pena tiene por finalidad proporcionar el resarcimiento de todos los perjuicios derivados del incumplimiento. La Suprema Corte de Mendoza en España, ha dicho que si se pretende accionar por otros daños a los previstos debe probarse que esos daños no proceden del hecho dañoso previsto por las partes. Aplicando este principio se ha resuelto que si

---

<sup>25</sup> Mosset Iturraspe, Gatica Pacheco, **Derecho de Obligaciones**, pàg 1248.





“por la mora de la constructora se derivaron los aumentos por mayores costos y por ende perjuicios a la dueña de la obra, los mismos están contemplados por la cláusula penal”.

También por eso –salvo estipulación en contrario- debe presumirse que cubre no solo el daño material sino también el moral: la indemnización establecida contractualmente no ampara únicamente el daño material sufrido sino todo el daño derivado del incumplimiento.

Obviamente, la cláusula penal no comprende las costas judiciales devengadas con motivo de la acción ejercida ante el incumplimiento. Pero nada obsta a que las partes así lo estipulen. Es decir, entre las partes es válido el pacto por el cual se acuerda que las multas fijadas cubrirán igualmente las sumas correspondientes a los honorarios de los abogados intervinientes y los otros gastos que motive la ejecución. Sin embargo, los abogados deben ser considerados *res inter alios acta*, y en consecuencia tendrán acción para ejercer sus derechos contra los obligados al pago de los honorarios por los montos regulados, sin estar limitados por las sumas pactadas.

### 3.2 Pena estipulada en previsión de un “resultado” determinado

Puede establecerse que la pena se deba sólo cuando el acto produzca los efectos que le son propios o que ella sea exigible cuando el acto tenga lugar, aun cuando todavía no haya llegado a producir sus efectos naturales. El problema fue estudiado por Pothier, quien aclaraba con el siguiente ejemplo reiterado por sus continuadores: se



realiza una partición o una transacción a la cual se agrega una cláusula penal para el supuesto de que las partes intervinientes accionen posteriormente por nulidad de ella.

Aunque en definitiva la acción de nulidad sea rechazada, procede la cláusula penal que fue prevista para el solo supuesto de accionar, aunque de hecho no se hayan producido resultados disvaliosos porque la transacción o la partición permaneció inalterada.

### 3.3 Pena estipulada en previsión de una “conducta” determinada

Ya se ha expuesto que la pena compensatoria no es trasladable a los casos de pago tardío, y viceversa. Más dudosa, en cambio, resulta la solución sobre si las otras modalidades que puede presentar la cláusula penal moratoria permiten su traslado de unas a otras.

Es discutible si la pena que prevé el incumplimiento absoluto es aplicable a los casos de cumplimiento defectuoso. Laurent recuerda un famoso caso resuelto por la Corte de Casación francesa en sentido negativo.<sup>26</sup> Se trataba de un contrato de suministro celebrado por el municipio de una ciudad belga y una compañía de gas, en virtud del cual esta última se obligaba a proporcionar el servicio de alumbrado público, sujeta al pago de una pena exigible por cada foco que no estuviese encendido durante todo el tiempo que señalaba el contrato. La municipalidad pretendió hacer valer la cláusula porque los focos alumbraban mal; la compañía de gas excepcionó diciendo que la estipulación preveía que los focos no estuviesen encendidos, y en el caso lo estaban aunque la iluminación fuera deficiente. La Corte de Casación resolvió diciendo

---

<sup>26</sup> Laurent, **Principes de droit civil français**, pàg. 131 y sigs.



que la compañía no podía dejar impunemente a la ciudad a media luz, y que como la mala iluminación era un caso no previsto en el contrato, el juez debía fijar la indemnización correspondiente a este perjuicio con sujeción a las normas sobre liquidación judicial, no estando limitado por la cláusula penal.

### 3.4 Pena estipulada en previsión del incumplimiento de “una obligación” o de la ejecución “global” de todas las prestaciones contenidas en lo principal

La cláusula puede establecerse para el caso de inejecución global de la obligación principal vista como una unidad o para el evento de incumplimiento de sólo alguna de las prestaciones. Por ejemplo: en un contrato de compraventa puede preverse una cláusula penal para el supuesto de no entregarse la posesión, de no escriturar o de no efectuarse las mejoras que se pactaron a cargo del vendedor previas a la entrega, etc.

Es decir, en las obligaciones emergentes de un mismo negocio jurídico pueden pactarse tantas cláusulas penales cuantas sean las prestaciones que nazcan del referido negocio. Salvo estipulación en contrario, la cláusula incluye todas las prestaciones a cargo del deudor. Esta es la solución más conforme con los principios generales, “pues si se entendiera que se puede exigir tantas veces la pena como obligaciones no prestadas existen, se agravaría la condición del deudor de modo notable, por aquello de que los hombres se presumen, en principio, no ligados por obligaciones.”<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Lòpez de Zaballa, Fernando, **Teoría de los contratos. Parte general**, pag. 280.





## CAPÍTULO IV

### 4. Requisitos para la exigibilidad de la cláusula penal

#### 4.1 Incumplimiento total o cumplimiento parcial, defectuoso, fuera de tiempo o fuera de lugar

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

#### 4.2 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.<sup>28</sup> Savigny y Maynz, en cambio, afirman que 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

---

<sup>28</sup> Jôrs-Kinkel, **Derecho privado romano**, Traducción por Pietro Castro, Labor, pag 259.



del contrato y por ende, a liberar al deudor cuando probaba que de hecho había realizado todo cuanto podía para evitar la imposibilidad.<sup>29</sup>

Notoriamente influidos por la doctrina francesa, 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.

#### 4.3 Incumplimiento producido por un hecho imprevisible que tornó excesivamente oneroso el cumplimiento de la principal

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 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.” Un estudio reciente, nos inclina a la solución: 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,

---

<sup>29</sup> Savigny, **Le droit des obligations**, Tomo II, No. 80, pagina 447 traducido por Geraldin y Jason, pàg 450.



el principio de la buena fe debe tener cabida aun cuando se haya pactado una cláusula penal.

#### 4.4 Incumplimiento producido por hechos imprevisibles cuando existe mora del deudor o pacto de garantía

Por aplicación de los principios generales, el deudor deberá la cláusula penal, no obstante la existencia del hecho imprevisible, si éste se produjo cuando ya estaba constituido en mora.

También será susceptible de la cláusula penal cuando asumió por pacto expreso el caso fortuito. Aunque la doctrina coincide en la validez de los pactos por los cuales el deudor asume los riesgos de la contratación, se disiente en cuanto a la naturaleza jurídica de ellos cuando se ha pactado una cláusula penal.

#### 4.5 Incumplimiento debido a culpa del acreedor

La cláusula penal no se debe si el incumplimiento del deudor debe imputársele al acreedor. Esta era la solución en el derecho romano (Digesto, Libro XLV, título I, fragmento 122), fue propiciada por Pothier 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 el punto. Hace excepción el Artículo 1847 del Código Civil de México que dispone: “No podrá hacerse



efectiva la pena cuando el obligado a ella no haya podido cumplir el contrato por el hecho del acreedor, el caso fortuito o fuerza insuperable.”

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 su propia torpeza.

Laurent<sup>30</sup> proporciona un ejemplo muy ilustrativo: “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.”

#### 4.6 Incumplimiento de la obligación asegurada debido a culpa de ambos contratantes

La jurisprudencia argentina tiene resuelto que “si la conducta de las partes autoriza a dudar en cierta medida de su recíproca buena fe en el cumplimiento de lo pactado y éste ha sido irregular, no obstante lo cual esas irregularidades fueron mutuamente aceptadas o se consintieron, queda excluida la aplicación de la cláusula penal prevista en el contrato.”

En otros casos, en cambio, la mutua culpabilidad sólo ha operado como *correctivo*, y no como factor de eliminación de la cláusula: “la multa diaria estipulada

---

<sup>30</sup> Laurent, **Principes de droit civil francais**, tomo XVII, No. 450, pàg. 138.





como cláusula penal para el caso de falta de escrituración en el plazo fijado, debe ser aplicada a la demandada con el correctivo que se funda en factores de demora atribuibles a la actora y que contribuyeron a dilatar la escrituración.” (Jurisprudencia argentina).

Sin pretender agotar el difícil tema de la concurrencia de culpas (mal llamada compensación de culpas), concluimos con la doctrina y jurisprudencia mayoritaria que los jueces están facultados para valorar ambas culpas y atribuir a cada uno, proporcionalmente, la parte que le corresponde en las consecuencias dañosas; en esta apreciación, los jueces están dotados de amplio poder.

#### 4.7 Incumplimiento de las obligaciones a cargo del acreedor

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: “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.”

#### 4.8 Constitución en mora

Según nuestro Código Civil el deudor se constituye en mora por interpelación del acreedor, y en este sentido estipula en el Artículo 1428 “El deudor de una obligación



exigible se constituye en mora por la interpelación del acreedor.” y además indica en el Artículo 1429, en contraposición que el acreedor también se constituirá en mora cuando sin motivo legal no acepte la prestación que se le ofrece o se rehúse a realizar los actos preparatorios que le incumben para que el deudor pueda cumplir con su obligación. La mora está regulada en los Artículos del 1428 al 1432.

#### 4.8.1 Antecedentes históricos

La regla general en el derecho romano era que la pena se debía desde que existía incumplimiento de la principal. Es decir, si la obligación era pura y simple, el acreedor tenía derecho a exigir la pena tan pronto como la obligación principal, habiendo podido ser ejecutada, no lo había sido. Pero el deudor podía evitar el pago de la pena cumpliendo con la principal *antes* de que se procediese a la *litis contestatio*. Si había plazo fijado, en cambio, la pena se debía irrevocablemente por el mero cumplimiento de él. Esta solución derivaba según la mente de los juristas romanos de la misma naturaleza de las cosas por lo que Justiniano, rechazando algunos intentos de la época clásica, estableció enfáticamente la innecesariedad de la previa interpelación. En tal sentido, la disposición contenida en el libro VIII, título XXVIII, fragmento 12, del Código dice: “Y si se hubiera añadido que si en el tiempo prefijado no se hubieran ejecutado estas cosas pagará cierta pena, sepa que de ninguna manera puede alegar para evitar esta pena que nadie le avisó. Sino que aun sin aviso quedará sujeto a la misma pena a tenor de la estipulación, porque él mismo debe conservar en su memoria lo que prometió, no pretender que por los demás se le manifieste.”



#### 4.9 El daño causado

Se ha afirmado 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 ha resuelto que el deudor no podrá eximirse de satisfacer la pena probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno.

La jurisprudencia argentina tiene reiteradamente dicho que la fijación de una cláusula penal releva al acreedor de la prueba del daño efectivamente sufrido, porque si el deudor pudiera eximirse de satisfacer la pena probando que el acreedor no ha sufrido daños, se habría hecho de la cláusula penal una estipulación completamente inútil. Es decir la característica más importante de la cláusula penal la constituye precisamente el hecho de que el acreedor no debe probar que existe el daño o su magnitud para cobrar la indemnización pactada previamente. En nuestro ordenamiento jurídico el Artículo 1439 del Código Civil, contiene esta estipulación.

Por eso debe afirmarse, que esta indemnización es ficticia y arbitraria, en tanto que no guarda relación alguna con los daños.





## CAPÍTULO V

### 5. Efectos de la cláusula penal y su extinción

#### 5.1 Derechos del acreedor

##### 5.1.1 A exigir el cumplimiento de la obligación principal

Es un principio indiscutible que la inserción de una cláusula penal no obsta a que el acreedor exija el cumplimiento de la obligación principal. El Código civil francés dispone en su Artículo 1228 que el acreedor, en lugar de pedir al deudor moroso la pena estipulada, puede exigir de él la ejecución de la obligación principal.

Negar este principio universalmente aceptado seria contradictorio, porque el acreedor de una obligación con cláusula penal se hallaría en peor situación que el de una simple obligación pecuniaria, cuando precisamente estas estipulaciones accesorias refuerzan o amplían los derechos del acreedor ensanchando el haz de facultades que ordinariamente le corresponden.

##### 5.1.2 El derecho a exigir la obligación principal en las obligaciones de hacer

El derecho en cuestión reviste algunas peculiaridades cuando la cláusula penal accede a obligaciones de hacer. Si se trata de obligaciones no fungibles (las que solo



pueden ser cumplidas por el deudor), y además la ejecución específica supone ejercer violencia sobre él, el acreedor no tendrá derecho a la obligación principal, sino sólo a la cláusula penal pactada.

#### 5.1.3 El cúmulo en la cláusula penal moratoria

El derecho a exigir el cumplimiento no ofrece dificultad alguna en las cláusulas penales moratorias, ya que estas son acumulables a la principal.

#### 5.1.4 La opción y el cúmulo en la cláusula compensatoria

En cambio, la cláusula compensatoria ofrece algunas dificultades. La regla general es que el acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas a su arbitrio. Esta prohibición reconoce antiguos precedentes: los juristas romanos clásicos estimaron que procedía la *exceptio doli* cuando se requería simultáneamente la principal y la pena. La no acumulación es también la regla consagrada en las Leyes de Partidas (Partida 5ª, ley XXXIII, título XI).

#### 5.1.5 Oportunidad en que debe formularse la opción

Tal como se ha expuesto, la regla general es que el acreedor no puede acumular principal y pena, sino que debe optar por una de ellas. Pero ¿en que momento nace este derecho de opción? Coincidimos con la doctrina mayoritaria en que se produce



inmediatamente de operado el incumplimiento imputable, no siendo requisito indispensable que la prestación principal se haya tornado imposible.

#### 5.1.6 Derecho a exigir el cumplimiento de la pena

El derecho del acreedor a exigir el cumplimiento de la pena, nace en el momento del incumplimiento imputable moroso de la obligación principal. Resulta obvio señalar que si la obligación accesoria está sometida a alguna modalidad, su exigibilidad sólo se producirá cuando acaezcan los hechos previstos, con independencia del incumplimiento de la principal.

#### 5.2 Derechos del deudor

Los derechos del deudor están en relación directa con los referentes al acreedor. Entre otros se pueden enumerar, el derecho a liberarse de los mayores daños que pudieran producirse, porque su responsabilidad está limitada por la pena. Con especial referencia a las penas compensatorias pueden mencionarse: el derecho a liberarse mediante el pago de la obligación principal mientras no se haya producido el incumplimiento, porque la alternativa a favor del acreedor nace con el incumplimiento, y no antes; es decir, si el deudor cumple en el tiempo apropiado, el acreedor no podrá pedirle la pena, y de allí su derecho a liberarse mediante la principal.



Tiene también derecho a oponerse el reclamo conjunto de pena compensatoria y principal, salvo pacto expreso en contrario; igualmente podrá repeler las acciones del acreedor que pretenden acumulaciones indebidas.

### 5.3 Extinción de la cláusula penal. Principio general

Como norma rectora puede formularse el siguiente: la cláusula penal reconoce 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.

#### 5.3.1 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 subordinada; el principio es claro y responde a la propia razón de 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.

### 5.4 Pago

No hay duda de que cuando el deudor cumple con la prestación inherente al objeto de la obligación principal (sea esta una obligación de dar o de hacer), extingue la cláusula penal. La regla nos 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 que compartimos, resuelve que: la recepción de la principal sin expresa reserva de reclamar la cláusula penal, extingue a esta última.

Llerena<sup>31</sup> estima: “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 nosotros creemos 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, solo faculta la reducción.

---

<sup>31</sup> Llerena, Baldomero, **Concordancias y comentarios del código civil argentino**, pàg. 139.



Si la cuestión se plantea con obligaciones de tracto sucesivo, la aceptación de pagos tardíos significan una renuncia a exigir la pena correspondiente a las cuotas ya devengadas, pero no a las posteriores; y se si 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.

#### 5.5 Pago 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. La jurisprudencia argentina indica: “Cuando la consignación judicial de la suma adeudada no llena los requisitos legales, la multa pactada por el retardo en el pago no cesa de correr, aunque el acreedor hubiera podido disponer de los fondos sin perjuicio de mantener las demás cuestiones del litigio; pues si el acreedor no puede, con su actitud omisiva, agravar la situación del deudor, ello es así cuando la inacción de aquel no puede ser remediada por este y el mismo no formuló ningún requerimiento para que el acreedor retire los fondos.”

#### 5.6 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 nuestro ordenamiento jurídico, el Artículo 1453 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 liberación del deudor.”

## 5.7 La imputación del pago

El Artículo 1404 de nuestro Código Civil señala: “El deudor de diversas obligaciones a favor del mismo acreedor, tiene derecho a declarar al hacer el pago, a qué deuda debe aplicarse.” Además el Artículo 1406 del mismo cuerpo legal indica: “No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se entenderá aplicado el pago a la que sea de plazo vencido; si hay varias de plazo vencido a la que fuere más onerosa para el deudor; si son de igual naturaleza, a la más antigua; y si todas son iguales, el pago se imputara proporcionalmente.” Si un deudor tiene con su acreedor dos o mas deudas, el Código Civil da como pautas de imputación legal al pago, entre las de plazo vencido, la que sea más onerosa para el deudor, y teniendo en cuenta la finalidad punitiva de la cláusula, se deduce que esta mayor onerosidad puede derivar de la circunstancia de que a la obligación acceda una cláusula penal.

Pero el problema a resolver es cómo deben imputarse los pagos parciales cuando el deudor debe obligación principal y pena moratoria.

Para que se presente una cuestión de imputación de pago se requiere: 1) que existan varias obligaciones, a fin de que suscite la posibilidad de una elección entre ellas; 2) que esos vínculos obligatorios ligen al mismo deudor con el mismo acreedor, ocupando cada sujeto idéntica posición activa y pasiva en todas las relaciones (lo cual



distingue esta figura de la misma naturaleza; 3) que las prestaciones sena todas de la misma naturaleza; 4) que el pago efectuado no alcance a cubrir todas las deudas.

también requisito que las prestaciones de la misma naturaleza sean todas principales?

La respuesta es afirmativa, en virtud del principio de la integridad del pago y de la aplicación de la norma análoga.

### 5.8 Dación en pago (datio in solutum)

El Doctor Vladimir Aguilar Guerra en el texto Derecho de Obligaciones indica: “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.”<sup>32</sup>

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.

---

<sup>32</sup> Aguilar Guerra, Vladimir, **Derecho de obligaciones**, pàg. 244.



## 5.9 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 accesorios y las 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, concluimos que 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.

“La novación extintiva es la modificación o alteración de la obligación que determina la extinción de la relación obligatoria. El Artículo 1478 del Código Civil establece como criterios para la determinación de dicho carácter extintivo la voluntad de las partes, manifestada expresamente, y la total incompatibilidad objetiva entre la antigua y la nueva obligación. En caso de duda, se deberá estarse por la conservación de la antigua relación obligatoria.”<sup>33</sup>

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

---

<sup>33</sup> Aguilar Guerra, Vladimir, **Derecho de obligaciones**, pàg. 459.



claramente del nuevo convenio, o que la antigua y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles.”

#### 5.10 Compensación

El Artículo 1469 de nuestro 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 accesorio. 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, debemos 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.

#### 5.11 Transacción

La transacción sobre una principal ¿extingue también la cláusula penal? Como regla general puede afirmarse que si el acto por el cual las partes se hacen concesiones recíprocas o dudosas implica una extinción lisa y llana de la obligación principal, también se producirá la de la cláusula penal.



### 5.12 Confusión

El Código Civil indica en el Artículo 1495: “La reunión en una misma persona de la calidad de acreedor y deudor, extingue la obligación.” En este sentido, si se han reunido en una misma persona la calidad de acreedor y deudor de la obligación principal, no hay duda de que la extinción también se opera con relación a la cláusula penal. Sin embargo, el Artículo 1496 de nuestro Código Civil preceptúa: “Si por cualquier causa el acto que originó la confusión se anulare o rescindiere, se restablece la situación primitiva con todos sus privilegios, garantías o accesorios, sin perjuicio de tercer de buena fe.”; nos queda claro que en caso de que la confusión se realice, las garantías de la obligación principal permanecen.

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



#### 5.14 Imposibilidad del pago

La regla a 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 sea esta de dar, hacer o no hacer, y que su interpretación debe ser estrictísima.

#### 5.15 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 que 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 y el convenio se rescinde por tornarse dicha obligación de cumplimiento imposible, debe declararse la caducidad de la 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.





#### 5.16 Cumplimiento de la condición resolutoria

El cumplimiento de la condición resolutoria que extingue el negocio principal produce también la pérdida de la cláusula penal, así como también para otras figuras accesorias como la fianza, esta es también la solución que expresamente consagra nuestro código civil, en este sentido, el Artículo 1269 indica: “En los negocios jurídicos condicionales, la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependen del acontecimiento que constituye la condición.”

Ha sostenido Peirano Facio<sup>34</sup> que esta regla no se cumple en aquellos casos en que previamente a la resolución del contrato se ha procedido a constituir al deudor en mora, “ por que en el momento en que se debe proceder a la resolución la cláusula tiene vida propia, y por ende, el hecho de que se declare sin efecto la obligación principal no puede afectarla en nada”.

#### 5.17 Cumplimiento del plazo resolutorio

El cumplimiento del plazo resolutorio a que está sujeta la obligación principal también extingue la cláusula penal, salvo que previamente a la resolución del negocio principal el deudor estuviese en mora en su obligación de pagar la pena. En este caso rige el razonamiento que se formula para la condición resolutoria, en virtud del efecto ex

---

<sup>34</sup> Radresa, Emilio, **Sociedades irregulares**, pàg. 401.



nunc del cumplimiento del plazo.<sup>35</sup> Como el cumplimiento del plazo no opera retroactivamente, resulta evidente que la resolución de la obligación principal deja la cláusula penal, porque ésta ya tenía vida propia antes de procederse a la resolución.

### 5.18 Prescripción

En nuestro 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 este 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.

Sin embargo, en el Derecho comparado, concretamente en Argentina si la cláusula penal se constituyó por un tercero, cuando la acción para reclamar el cobro de la principal ya se halla prescrita, entonces, la cláusula penal tendrá plena eficacia. Esto es lo que surge del Artículo 518 del Código civil argentino que estipula: “Las fianzas,

---

<sup>35</sup> Ésa es justamente, una de las tantas diferencias que se marcan entre plazo y condición; mientras el cumplimiento del primero no tiene efectos retroactivos, si los tiene el de la segunda.



hipotecas, prendas y cláusulas penales constituidas por terceros para la seguridad de las obligaciones naturales, son válidas, pudiendo perderse el cumplimiento de estas obligaciones accesorias.”

## 5.19 Extinción de la cláusula penal por vía principal

### 5.19.1 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 accesorio, 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 del ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria. En efecto, advirtiéndolo el 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.

En nuestro derecho la renuncia a la cláusula penal produce como consecuencia inevitable la pérdida del ejercicio de la acción indemnizatoria por los daños producidos y cuyo monto hubiese sido convencionalmente fijado. Por supuesto que nos referimos sólo a 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.

#### 5.19.2 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.

Incumplimiento imputable: aclaramos que, aunque metodológicamente no corresponde aquí su tratamiento por no ser un caso de “extinción”, preferimos 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.

Incumplimiento imputable después de la mora: 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, hemos explicado, que cuando la 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.



Pérdida inimputable anterior a la mora: 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 nuestro ordenamiento, pues en éste la cláusula penal constituye la compensación de daños y perjuicios

#### 5.19.3 Compensación

No existe obstáculo en compensar lo adeudado en concepto de cláusula penal, con los créditos que el deudor de la cláusula tenga contra el acreedor de ella. Obviamente, para que opere la compensación legal, deberá cumplirse con que el monto de la pena y el precio adeudado sean compatibles.

#### 5.19.4 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 de cumplir con la obligación, por lo que tratándose de cláusulas penales moratorias, pareciera que su devengamiento debería suspenderse mientras opera tal imposibilidad.





## CAPÍTULO VI

### 6. La cláusula penal en el derecho comparado y su relación con otras figuras afines

#### 6.1 La cláusula penal en el derecho comparado

A continuación resumimos las líneas generales del régimen de la cláusula penal en los sistemas francés, italiano, alemán portugués y anglosajón. La finalidad de esta breve incursión en el derecho comparado tiene un carácter meramente instrumental con vistas a facilitar una mejor comprensión de la problemática guatemalteca, tema que nos interesa. Pero la instrumentalidad del recurso a fuentes comparadas no resta su importancia, pues es curioso observar cómo las cuestiones que hoy parecen afligir a nuestros Jueces ya fueron objeto de polémica en otros países.

##### 6.1.1 Francia

Por la redacción y ubicación de los Artículos 1.152 y 1.226 ss. Del Code pudiera parecer que se regularon dos figuras distintas: una cláusula de liquidación anticipada de daños y otra cláusula de carácter penal en sentido estricto.<sup>36</sup> Pero no ha sido ésta la interpretación de la doctrina mas autorizada, y vemos como estuvo consolidada durante mucho tiempo, al amparo de las enseñanzas de Pothier, la idea de que el Code perfiló

---

<sup>36</sup> El Artículo 1.152 está en la sección cuarta, dedicada a "Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation", del Capítulo tercero, que regula "De l'effet des obligations", mientras los Artículos 1.226 ss. Se encuentran en la Sección sexta, sobre "Des obligations avec clauses pénales", del Capítulo cuarto, "Des diverses espèces d'obligations"; ambos casos del Título tercer ("Des contrats ou des obligations conventionnelles en general"), del Libro tercero ("Des différentes manières dont on acquiert la propriété").



la cláusula penal como una compensación de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor ante el incumplimiento de la obligación principal por el deudor, eludiendo el legislador francés cualquier diferenciación entre la valoración anticipada de daños y cláusula penal stricto sensu.<sup>37</sup> La cláusula penal sería una figura única, de carácter eminentemente indemnizatorio, y que eventualmente podría alcanzar el valor coercitivo.

En las últimas décadas del presente siglo los Tribunales franceses se han encontrado con una serie de conflictos en torno al control de cláusulas penales, en cuanto abusivas. La práctica de la contratación en masa ha dado lugar a que se plantease el posible carácter abusivo de determinadas cláusulas insertas en contratos, como por ejemplo el de leasing financiero o el de compraventa de bienes muebles a plazos.

De hecho, el tema que ha dado lugar a ese movimiento de reforma ha sido, fundamentalmente, la jurisprudencia en materia de leasing financiero. Eran indiscutiblemente abusivas las cláusulas que estipulaban que en el primer incumplimiento de una de las prestaciones debidas, el contrato se resolvería automáticamente y el locatario se vería privado del bien como consecuencia de la resolución, debiendo pagar, además y a título de pena convencional, el resto de las prestaciones debidas hasta el final del contrato.

---

<sup>37</sup> Pothier, **Traité des obligations**, defendía la tesis de la naturaleza eminentemente indemnizatoria de la cláusula penal, pàg 121.





Para finalizar, y a los efectos de una comparación con el sistema guatemalteco, destacamos que el aspecto que más ha debilitado la configuración de la cláusula penal como medida conminatoria en el sistema francés ha sido el incremento del poder de intervención de los jueces, que pueden disminuir el valor previamente pactado cuando este se muestre excesivo, en clara oposición a la autonomía privada.

### 6.1.2 Italia

Siguiendo los postulados liberales del *Code français*, el Código Civil italiano de 1865 recogía la cláusula penal con su función primordial de liquidación anticipada del daño, dejando a las partes la fijación del alcance de la misma, sin posibilidad de cualquier tipo de moderación judicial. A pesar de no haber la menor duda de que se trataba del modelo francés, ya el autor Trimarchi fue más allá de la literalidad del precepto y distinguió dos tipos de cláusula penal en la derogada legislación: una liquidatoria y otra eminentemente coercitiva<sup>38</sup>, aunque los efectos que se daba a ambos tipos eran los mismos, fundamentalmente la inmutabilidad de la pena fijada.

De tal modo, la mejor doctrina parece configurar la cláusula penal desde una perspectiva unitaria, aunque pudiendo cumplir dos funciones en ese sentido, Galgano afirma que una *penale* puede ser prevista con vistas a un incumplimiento o retraso en el cumplimiento de una obligación con un doble efecto. En un primer término, dispensa al acreedor de la prueba de los daños sufridos, ya que la pena es debida por el hecho del incumplimiento o del retraso; pero al mismo tiempo limita el resarcimiento del daño

---

<sup>38</sup> Trimarchi, **La clausola penale**, pàg. 9.



al montante de la pena pactada, a menos que se estipule el resarcimiento de los daños no previstos, en los términos del Artículo 1382 del Código Civil italiano<sup>39</sup>. Así mismo, De Cupis afirma categóricamente: “la función esencial de una cláusula penal, a pesar de su designación terminológica, es la liquidación anticipada del daño y no la imposición de una pena, de modo que sólo eventualmente tendría una función coercitiva.”<sup>40</sup>

En este sistema, la necesidad de diferenciar la cláusula penal con finalidad compulsoria de aquellas cláusulas de fijación anticipada de daños aparece al hilo del resurgimiento del interés doctrinal por el tema de las penas privadas.

### 6.1.3 Alemania

El BGB (Código Civil alemán) regula en los párrafos de 339 a 345 una cláusula susceptible de desempeñar la doble función coercitiva e indemnizatoria, aunque la nota característica de la figura es la primera; es decir, la función sancionatoria<sup>41</sup>.

Sin embargo, a partir de los años sesenta, en el marco del aumento de la contratación en masa, los Tribunales alemanes sintieron la necesidad de configurar la estipulación que tenía por objeto únicamente liquidar anticipadamente los daños, sin ninguna finalidad coercitiva, como una cláusula distinta de aquella regulada en el BGB,

<sup>39</sup> Galgano, **Diritto Privato**, pàg. 320.

<sup>40</sup> De Cupis, Il danno. **Teoria generale Della responsabilità civile**, pàg. 182.

<sup>41</sup> En efecto, “la cláusula penal se acepta tanto más cuanto que la prestación prometida exceda verdadera y claramente de los daños esperados. Frente a esto, importa poco la denominación elegida por los participantes.” Medicus, **Tratado de las relaciones obligacionales**, (traducción Martínez Sarrión), pàg. 212.



ocasionando una verdadera crisis del concepto bifuncional de la cláusula penal. El hecho de considerar que una cláusula tiene aspecto simplemente indemnizatorio tiene como principal resultado invertir la carga de la prueba del perjuicio sufrido, lo cual deriva en dos consecuencias básicas: por un lado, el pago de la cuantía prefijada depende de la existencia de un daño efectivo, de modo que el deudor conserva el derecho de probar la inexistencia del mismo, y por el otro, el deudor es libre de probar que el montante del daño es inferior al valor prefijado.

Por consiguiente, la cláusula penal descrita en el BGB (Vertragstrafe) tiene un claro matiz compulsorio, en contraposición a una cláusula indemnizatoria (Schadensersatzpauschalierung) o pauschaliertes Schadensersatz), distinta de la anterior, producto de la evolución jurisprudencial. Tal distinción aparece finalmente consagrada en la ABG-Gesetz de 9 de diciembre de 1976.<sup>42</sup>

#### 6.1.4 Portugal

El Código Civil portugués de 1867, conocido como Código de Reabra, en lo que a la regulación de la cláusula penal se refiere también tomó como modelo el *Code* y el prestigioso *Tratado de Pothier* y la reguló como un mecanismo destinado a calcular anticipadamente el daño, sin posibilidad, dentro de una tónica liberal, de que el Juez modificara la pena. Posteriormente el Código de 1966, inspirándose fundamentalmente en la redacción del Artículo 1382 del Código Civil italiano de 1942, refuerza la idea del

---

<sup>42</sup> Parágrafo 11, numerales 5 y 6, en el que se declara ineficaz la cláusula que obligue al consumidor a pagar un importe superior al daño realmente sufrido por el empresario, y asimismo prohíbe las cláusulas penales cuando se prevea a favor del predisponente el pago de una pena convencional para el caso de no aceptación o de aceptación tardía de la prestación, de mora en el pago o de desistimiento del contrato por parte del consumidor.



carácter liquidatorio de la pena, pero reconoce su posible fuerza coercitiva, consagrando de ese modo la tesis de la doble función de la cláusula penal, dentro de un concepto unitario de la figura.

Se seguía dejando a la autonomía privada la conformación de los límites de la cláusula, pero se introduce la posibilidad de que los jueces reduzcan la pena, con base en la equidad, siempre que fuera manifiestamente excesiva o existiera cumplimiento parcial de la obligación por parte del deudor (Artículo 812). Este precepto ha sufrido sendas modificaciones por las Leyes de 24 de junio de 1980 y 16 de junio de 1983, por medio de las cuales se establece la moderación judicial de la pena para que se de un cumplimiento parcial, siendo nula cualquier estipulación en contrario. Asimismo se da una nueva redacción al Artículo 811.3, que establece que el acreedor no puede en ningún caso exigir una indemnización que exceda el valor del perjuicio resultante del incumplimiento de la obligación principal.

Desde el punto de vista legislativo, merece especial referencia la cláusula penal en el Decreto-ley 446/1985 (modificado por el Decreto-ley 220//1995, de 31 de agosto), que regula las condiciones generales de la contratación, en la que siguiendo el modelo alemán del AGB-Gesetz, parece diferenciar la cláusula de liquidación anticipada de daños de la cláusula penal en sentido estricto.

#### 6.1.5 Inglaterra

En contraposición al sistema latino y germánico, el Derecho inglés viene tradicionalmente distinguiendo la *liquidated damages* –cláusulas meramente indemnizatorias- de las *penalties* –cláusulas de índole compulsoria-. La única permitida



es la *liquidated damage clause*, cuya finalidad principal es exonerar al acreedor de la prueba de los perjuicios efectivamente sufridos. Se hace una evaluación anticipada del daño que puede previsiblemente sufrir el acreedor, el cual no está facultado para pretender un resarcimiento mayor que el previamente calculado, limitando, por lo tanto, la esfera de responsabilidad del deudor. Por otro lado, se excluye la posibilidad de pactar instrumentos particulares de coacción, establecidos *in terrorem* del deudor, las llamadas *penalties clauses*.

Los motivos que llevaron al sistema anglosajón a distanciarse de las líneas básicas de otros ordenamientos jurídicos occidentales se encuentra en la peculiar evolución histórica que tuvo la figura en ese contexto. Como resultado de la actividad de los Tribunales de equito, en su labor de persecución de cláusulas usurarias, se fue eliminando la posibilidad de pactar sumas dinerarias desproporcionadamente superiores a los daños efectivamente sufridos por el acreedor. Así como nos recuerda Dávila González, una nota esencial de ese sistema es el hecho de que el Juez inglés, a diferencia del continental, no va ejercer ninguna función moderadora en relación a la penalti, sino que va anularla, abriendo las puertas a una futura prueba de los daños.<sup>43</sup>

Para saber cuando se trata de una o de otra cláusula, la posición tradicional del common law se centra en la intención de los contratantes, analizada en el momento de la celebración del contrato y no en el de su incumplimiento<sup>44</sup>. A pesar de las críticas

---

<sup>43</sup> Dávila González, **La obligación con cláusula penal**, pàg. 275.

<sup>44</sup> Aquí el sistema norteamericano se ha apartado en líneas generales de la orientación inglesa, introduciendo el criterio de la razonabilidad (reasonableness) en lugar de la intención de las partes. Con esa postura, para que en una cláusula se considere como *liquidated damages* debe responder a un montante razonable, teniendo en cuenta el perjuicio probable, las dificultades de prueba del daño, así como la dificultad para obtener de otra forma el remedio adecuado para los daños sufridos. HANOTIAU, **La clause pénale en droit amèricain**, Droit et Pratique Internacional, pàg. 211.



doctrinales a un criterio tan subjetivo, los Tribunales ingrese siguen partiendo de la intención de los contratantes, aunque se incluyan ciertos datos objetivos para fijar la diferenciación.

## 6.2 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. Sin embargo, en la practica 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.

### 6.2.1 Diferencia con las obligaciones alternativas

“Se denominan obligaciones alternativas aquellas que, previstas en el acto constitutivo de la obligación como diversas prestaciones, pero todas en forma disyuntiva, de manera que el deudor se libera cumpliendo una de ellas porque se programan de forma excluyente en el cumplimiento. Así, el Artículo 1334 del Código Civil establece que el obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de ellas. La disciplina de esta obligaciones se encuentra regulada y comprendida en los Artículos 1334 a 1340.”<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> Aguilar Guerra, Vladimir, **Derecho de Obligaciones**, pàg. 165.



En las obligaciones alternativas hay un solo vínculo jurídico con objeto único indeterminado, con la particularidad de que la obligación puede ser extinguida con el pago de cualquiera de los objetos primitivamente previstos, porque todos ellos son equivalentes para los efectos del cumplimiento. Normalmente la elección del objeto corresponde al deudor, pero puede pactarse que ella sea a favor del acreedor.

En las obligaciones con cláusula penal compensatoria, producido el incumplimiento imputable, nace para el acreedor el derecho de opción entre requerir el cumplimiento de la principal o el de la penal. Se advierte entonces que con el incumplimiento nace una especie de “alternativa” a favor del acreedor, por lo que ambos tipos de obligaciones presentan similitudes. El Código Civil de Brasil dispone en el Artículo 918 que cuando se estipula una cláusula penal para el total incumplimiento, la obligación se convierte en alternativa en beneficio del acreedor.

A pesar de las aparentes similitudes, un análisis más profundo saca a relucir las diferencias. En el caso de la obligación alternativa, no hay dos obligaciones, sino una sola, que tiene dos objetos, o para hablar más exactamente, que tiene un objeto indeterminado entre dos o más cosas, la elección de las cuales pertenece regularmente al deudor si no se ha pactado en contrario. Si una perece, la obligación se concentra en la otra; si una es imposible o ilícita, la obligación se mantiene sobre la posible y lícita. No ocurre esto en las obligaciones con cláusula penal; en estas últimas el objeto de la obligación es uno solo y está determinado en una sola cosa: en aquella que proporciona la materia de la obligación principal, en tanto que la pena queda como un mero accesorio que deberá pagarse únicamente en caso de incumplimiento. Es decir, la obligación con cláusula penal el deudor no puede nunca ofrecer el pago de la pena en



lugar de la prestación principalmente debida ni el acreedor puede pedir la pena si el deudor no ha incurrido aun en mora.

### 6.2.2 Diferencia con las obligaciones facultativas

La obligación facultativa es la que no teniendo por objeto sino una prestación, da al deudor la facultad de sustituir esa prestación por otra. (Artículo 1341 Código Civil).

En la obra Derecho de Obligaciones del Doctor Vladimir Aguilar Guerra encontramos una definición muy completa: “Las obligaciones facultativas, llamadas también obligaciones con cláusula facultativa o con facultad alternativa, es aquella en que una de las partes, deudor o acreedor, se reserva la facultad de modificar, en el momento solutorio de la obligación, la prestación prevista en el acto constitutivo de la obligación y realizar o exigir una prestación diversa. Por lo tanto, hay una sola prestación prevista en el programa obligacional, pero el deudor, si se le ha atribuido dicha facultad, se puede liberar en el momento del cumplimiento realizando una prestación distinta o el acreedor, si a éste se le ha atribuido la facultad alternativa, puede exigir una prestación diferente.”

Entre la cláusula penal y las obligaciones facultativas las analogías son mayores. En efecto, entre ambas puede señalarse una doble semejanza: a) en las dos se comprenden dos prestaciones, y b) en las dos, en caso de desaparición de la obligación principal, se extingue también la obligación de cumplir la prestación accesoria, ya sea esta la prestación debida *in facultatis solutione* (si se trata de obligación facultativa), ya sea la pena estipulada (si se trata de obligación con cláusula penal).





Sin embargo, a pesar de estas semejanzas que hacen que en ambos casos el objeto de la obligación primitiva sea uno solo, y que en ambos también de ese solo objeto dependa la validez de la obligación, existe entre los dos tipos de obligación la siguiente diferencia: en la obligación facultativa el deudor puede preferir liberarse con la prestación puesta *in facultatis solutione*, mientras que en la obligación con cláusula penal no puede a su arbitrio, ofrecer la pena en lugar del cumplimiento de la obligación principal.

### 6.2.3 Diferencias con las obligaciones condicionales

La obligación con cláusula penal tiene una analogía evidente con la obligación condicional, en el sentido de que hablando *lato sensu*, la pena es debida bajo la condición de que la obligación principal no sea ejecutada. Así en este sentido amplísimo del término Laurent dice que “la cláusula penal es, pues, siempre condicional.”<sup>46</sup>

En la obligación con cláusula penal hay una obligación primitiva existente antes del advenimiento de la condición e independientemente de ese advenimiento. En la obligación condicional en cambio, no existe obligación alguna antes del advenimiento de la condición: la obligación en este caso no se inicia, no toma existencia sino por este advenimiento.

Las diferencias entre estas dos figuras las diferencias son palmarias:

---

<sup>46</sup> Laurent, **Principles de droit francais**, pàg. 431.



- ❖ En la obligación con cláusula penal el vínculo es firme y seguro, el derecho del acreedor cierto y actual. En cambio, en la obligación condicional es la propia relación jurídica la que es incierta.
- ❖ En las obligaciones con cláusula penal existe una obligación principal y otra accesoria; en la condicional, en cambio, existe una sola obligación.
- ❖ En las condicionales el acreedor no tiene derecho a exigir el cumplimiento del hecho condicionante; debe mantenerse en actitud expectante, como espectador que aguarda que el hecho acontezca o no acontezca para luego proceder en consecuencia. En cambio, en la obligación con cláusula penal, producido el incumplimiento el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento de la accesoria.

#### 6.2.4 Diferencia con la novación condicional

Algunos autores distinguen la cláusula penal de la novación condicional, que existe en el caso en que las partes, estipulando la pena, han entendido hacer novación, es decir, reemplazar la obligación primitiva por la obligación penal. En este 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 caso como señalo Pothier<sup>47</sup>, es una nueva obligación tan principal como la primera, cuyo lugar viene a ocupar. En virtud de los principios

---

<sup>47</sup> Pothier, **Oeuvres de contenant les Traités du droit français**, puesta en orden y publicada bajo el cuidado de Dupin, tomo II, núm. 341.



propios de la novación, debe sentarse el criterio de que tal estipulación tiene que formularse de un modo expreso, ya que ella no podría nunca ser presumida. Las diferencias prácticas entre una situación y otra se deducen de lo que ya se ha expresado acerca de la cláusula penal.<sup>48</sup>

#### 6.2.5 Diferencia 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 nuestro Código Civil 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 de 1024 a 1032 del Código de Comercio se regula lo relativo a las fianzas, pero prestadas éstas por entidades afianzadoras autorizada para funcionar en Guatemala. Para algunos autores, en este caso debe regir sin más las normas sobre la fianza. Veamos algunos datos importantes a analizar:

- ❖ 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.

---

<sup>48</sup> Es poco frecuente que la doctrina se ocupe de las diferencias entre este instituto y la cláusula penal. Los únicos autores consultados que tratan el tema son: LAURENT, **Principes de droit civil francais**, tomo XVII, No. 450, pags 443 a 444.



- ❖ 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, por ejemplo: el deudor se obliga a entregar un camello y el tercero se compromete para el caso de que el deudor no cumpla a arar 100 manzanas de tierra propiedad del acreedor. 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.

#### 6.2.6 Diferencia con el seguro

Algún sector de la doctrina ha señalado que la cláusula penal guarda cierta similitud con el seguro por que en ambos institutos el acreedor se protege logrando percibir determinada suma en caso de inejecución. Nuestro Código de Comercio en el Artículo 874 estipula al respecto de esta figura: “Por el contrato de seguro, el asegurador se obliga a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al realizarse la eventualidad prevista en el contrato, y el asegurado o tomador del seguro, se obliga a pagar la prima correspondiente.”

Sin embargo, las diferencias entre ambos son notables, pudiendo marcarse como principales las siguientes:



- ❖ En el seguro el monto asegurado representa el límite máximo, es decir, opera como tope, pero si los daños son inferiores se responde solo en función de ellos. En cambio, la cláusula penal se debe aunque se acredite que el acreedor no sufrió daños o que ellos fueron inferiores a los pactados.
- ❖ El seguro absorbe el caso fortuito; o sea, producido el daño por caso fortuito, la aseguradora debe indemnizar los daños; este es precisamente uno de los fines principales del seguro. En cambio, producido el incumplimiento por caso fortuito no se debe la cláusula penal.

#### 6.2.7 Diferencia 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:

- ❖ El derecho otorgado es de diferente naturaleza: en un caso, solo un derecho personal o crediticio (cláusula penal); en el otro un derecho real de garantía (prenda).



- ❖ 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.

#### 6.2.8 Diferencia con la multa penitencial

Este es un instituto que aun 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: *dèdit*.<sup>49</sup>

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, debe ser pagada por otro. Es evidente, en último análisis, que se trata de una facultad concedida al deudor de la obligación principal. En virtud de la multa penitencial, este puede desistir libremente del contrato ofreciendo el pago de la multa convenida, sin que la

---

<sup>49</sup> El *dedit* francés posee una serie de características que lo diferencian sustancialmente de la multa penitencial, aun cuando en la práctica tanto mediante uno como mediante la otra, se persiguen idénticas finalidades



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 cosa a título de indemnización de daños y perjuicios.<sup>50</sup>

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

En cambio, la multa penitencial está siempre pactada en utilidad del deudor, ya que tiene por fin salvaguardar 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 cosa que se había establecido como multa penitencial. Con esto se ve claro que la cláusula penal no da al deudor la facultad de desdecirse de su obligación principal, en tanto que la multa penitencial sí.

#### 6.2.9 Diferencia con las arras

Otra noción muy afín a la cláusula penal y a la multa penitencial, y que debe ser diferenciada de estas, es la llamada en nuestro derecho “arras” y aquella que la doctrina y legislación italianas designan con la palabra *caparra*. Resulta difícil establecer dentro de los estrechos marco una definición que debe entenderse por

---

<sup>50</sup> Giorgi, **Teoría de las obligaciones en el derecho moderno**, pàg. 689.



arras, al respecto el profesor Lacruz Berdejo indica que las arras consisten en uno o varios objetos tangibles y generalmente fungibles (casi siempre una suma de dinero) que el obligado entrega al acreedor.<sup>51</sup>

El Artículo 1442 de nuestro Código Civil estipula: “Las arras dadas en garantía del cumplimiento de una obligación, constituyen el equivalente de los daños y perjuicios provenientes de la inejecución, siempre que mediere culpa; y si el incumplimiento procediere de quien las recibió, éste deberá restituir el doble de lo que hubiere recibido.”

Los autores suelen atribuir a las arras tres finalidades diversas que determinan cada una de ellas, una variedad dentro del concepto genérico de esta institución:

- ❖ En primer lugar, una función probatoria según la cual las arras tienen por finalidad, simplemente confirmar la existencia del contrato. Estas son las llamadas “arras probatorias” o “señal” en sentido estricto. Si el contrato no llegaba a realizarse, las arras probatorias no desempeñaban ninguna misión especial y la parte no culpable del incumplimiento del contrato tenía derecho a la ejecución forzada del mismo, hasta donde fuera posible, y en su defecto, al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios que debían ser tasados por el juez en la forma ordinaria.

---

<sup>51</sup> Lacruz Berdejo, **Elementos de Derecho civil, II. Derecho de obligaciones**, pàg. 347.





- ❖ En segundo lugar, una función de entrega a cuenta del precio, con lo que las arras trascendían a la vez, como medio de pago y como liquidación anticipada de los daños y perjuicios que pudieran derivar del incumplimiento del contrato.
- ❖ En tercer lugar, existe la modalidad llamada por los italianos *coparra di disistimento o poenitencialis* y por los franceses, *dedit*. En este caso las arras cumplen una finalidad similar a la multa penitencial, permitiendo a las partes retirarse libremente del contrato sin que por ese hecho incurran en responsabilidad alguna. Esta tercera función, en contra del sistema tradicional español representado en la materia por el Fuero Juzgo, el Fuero Real, y en parte, por las Partidas, pero acorde con el sistema establecido por buen número de los códigos modernos.

Cuando existe pues entrega efectiva, no estamos frente a una cláusula penal, sino frente a las arras. Con esto se desvirtúa la errónea tendencia, tan difundida en nuestro medio, de considerar que las cantidades que se prestan al pactarse ciertos contratos, son verdaderas cláusulas penales. Dichas cantidades en efecto, no tienen nada que ver con la cláusula penal, y de acuerdo al sistema normal vigente en nuestro derecho son solo entregas confirmatorias del contrato definitivo y realizadas a cuenta del mismo.



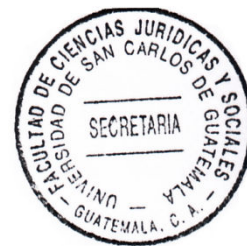
#### 6.2.10 Diferencia con la indemnización ordinaria de daños y perjuicios fijados judicialmente

En reiteradas oportunidades hemos señalado la función indemnizatoria de la cláusula penal. Corresponde ahora delimitar sus diferencias con el régimen ordinario de fijación judicial de los daños y perjuicios:

- ❖ Por las personas intervinientes: en un caso son las propias partes las que delimitan los daños y perjuicios; en el otro es el juez quien lo hace.
- ❖ Por la oportunidad: la cláusula penal se pacta siempre antes de producirse los perjuicios; la indemnización judicial es siempre posterior al incumplimiento.<sup>52</sup>
- ❖ Por el objeto: la cláusula penal puede tener por objeto una prestación de dar, hacer o no hacer. La indemnización judicial de daños consiste en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto que ello fuera imposible o excesivamente oneroso, o que el acreedor optare por la indemnización pecuniaria.
- ❖ Por el régimen de la prueba de los daños: en la indemnización fijada judicialmente el acreedor debe probar los daños producidos; el mero incumplimiento no presume los daños ocasionados; en cambio, los perjuicios se presumen cuando se ha pactado una cláusula penal.
- ❖ Por el sujeto beneficiario: los daños y perjuicios se le reparan siempre a quien ha sufrido la lesión patrimonial, o sea que el destinatario o beneficiario de ellos es siempre el acreedor; la cláusula penal, en cambio, puede pactarse a favor de un tercero.

---

<sup>52</sup> Decimos posteriores al incumplimiento, y no a la producción del daño, porque los jueces pueden liquidar daños futuros siempre que sean ciertos.



#### 6.2.11 Diferencia con las sanciones conminatorias o astreintes

La cláusula penal, al igual que las astreintes previstas en el derecho comparado, cumplen una función compulsiva o conminatoria. Ambas son arbitrarias, porque pueden o no coincidir con los daños efectivamente sufridos; además las dos operan a falta de cumplimiento de la principal. Sin embargo sus diferencias mas importantes son:

- ❖ las sanciones conminatorias tienen origen judicial, es decir son fijadas por el órgano jurisdiccional; la cláusula penal, en cambio tiene origen en la voluntad de las partes.
- ❖ Las cláusulas penales pueden ser establecidas en beneficio de un tercero; las astreintes se imponen siempre en el derecho español en beneficio del acreedor.
- ❖ Las astreintes son siempre pecuniarias; con el objeto de la cláusula penal puede ser una obligación de dar, hacer o no hacer.
- ❖ El ámbito de aplicación de la cláusula penal es mucho más amplio que el de las astreintes. La primera puede acceder a obligaciones de dar (cosas ciertas, inciertas no fungibles, de genero limitado, cantidades de cosas, sumas de dinero), de hacer no hacer. En cambio, las astreintes son subsidiarias en el sentido de que solo se aplican cuando no existen otros medios previstos para compeler al cumplimiento en especie de la obligación.





## CAPÍTULO VII

### 7. Cláusulas abusivas

#### 7.1 Definición

El Doctor Vladimir Aguilar en su obra *El Negocio Jurídico*, hace referencia al “Artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE que establece que una cláusula abusiva es definida como aquella que ha sido redactada previamente y el consumidor no ha podido influir sobre su contenido (en particular en el caso de los contratos de adhesión), con independencia de que su destino sea o no incorporarse a una pluralidad de contratos. De este modo una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor puede resultar abusiva según el texto de la Directiva (cuando se verifiquen los presupuestos de los números 1 y 2 del Artículo 3.1.), sin necesidad de que se trate de una condición general, pues como tal ha de considerarse, por definición, aquella que está pensada para formar parte de un número indeterminado de contratos.”<sup>53</sup>

#### 7.2 Topología

Este tópico es también magistralmente abordado por el Dr. Aguilar Guerra, quien indica: “El anexo de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo del 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores contiene un listado indicativo y no exhaustivo, tal como lo señala el Artículo 3.3 de las cláusulas

---

<sup>53</sup> Aguilar Guerra, Vladimir, *El Negocio jurídico*, pàgs. 170 a 171.



que pueden ser declaradas abusivas. El legislador comunitario contempla diecisiete supuestos, que constituyen una lista gris de cláusulas abusivas. No se declaran de modo categórico abusivas sino que se confiere gran discrecionalidad a la autoridad judicial para decidir en el caso concreto si debe o no calificarse de abusiva una cláusula.

Los supuestos de cláusulas abusivas son:

- a) Las cláusulas que otorgan la facultad de resolver discrecionalmente el contrato.
- b) Las cláusulas que perjudican de manera desproporcionada o no equitativamente al consumidor o comportan en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos, obligaciones y las partes en perjuicio de los consumidores y usuarios.
- c) Las condiciones abusivas de crédito, que deben entenderse como la aplicación a los contratos de concesión de crédito.
- d) Los incrementos en el precio por servicio, accesorios, financiaciones, aplazamientos, recargos, indemnizaciones, o penalizaciones que no correspondan a las prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y expresados con la debida claridad y separación.
- e) Las limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario las relativas a la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio.
- f) La repercusión sobre el consumidor o usuario de fallos, defectos o errores administrativos, bancarios o de domiciliación de pagos que no sean directamente imputables, así como el costo de servicios que en su día y por un tiempo determinado se le ofrecieron gratuitamente.
- g) La inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario.



- h) La imposición de renuncias a los derechos del consumidor o usuario reconocidas en la ley.
- i) Los pactos de sumisión expresa a jueces o tribunales que no sean los del domicilio del adherente.”

### 7.3 La moderación de la pena por los tribunales

Para el estudio de la cláusula penal, en cuanto producto de la autonomía privada, es fundamental tener siempre presente la actividad interpretativa judicial. La única manera de conocer el alcance la de actividad moderadora de los Tribunales es hacer un recorrido por las cuestiones que han despertado mayor conflictividad y observar cómo los jueces han ido matizando el concepto de moderación.

### 7.4 La exigibilidad de la pena

Como cuestión previa al análisis del alcance del “cumplimiento parcial o irregular”, es preciso señalar cuándo una cláusula penal es exigible, especialmente en la problemática del contrato de obra, que al lado de la exigencia de haber colocado al deudor en situación de mora, requiere que subsistan los supuestos para los que se pactó, y que el incumplimiento de la obligación sea imputable al deudor. En resumen señala Lete Rio que es necesario “la subsistencia de la obligación principal; que la obligación principal haya sido incumplida o cumplida defectuosamente o con retraso, de acuerdo con la modalidad que la cláusula penal haya previsto como sancionable; que el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso pueda ser considerado como tal



legalmente...; que incumplimiento o el cumplimiento defectuoso sea imputable al deudor...”<sup>54</sup>

#### 7.5 Subsistencia de la obligación principal. El carácter accesorio de la cláusula penal

El carácter accesorio de la cláusula penal se perfila cuando la doctrina dispone que “la nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal”, mientras que por el contrario “la nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal”. De modo que es consecuencia lógica de ese enunciado que para poder exigir el cumplimiento de la cláusula penal subsista la obligación principal.

#### 7.6 Subsistencia de los supuestos para los que se pactó

No basta que siga subsistiendo una obligación válida, sino que es imprescindible que esta corresponda al supuesto para cuyo incumplimiento se había pactado la cláusula penal.

El ejemplo más claro de modificación del supuesto inicialmente previsto y consecuente inaplicación de la cláusula penal es el relativo al contrato de obra cuando se alteran sucesivamente los planes de la obra encargada. La solución jurisprudencial reiterada en el derecho comparado, para este problema es considerar que hubo una alteración de la base del negocio, y que por tanto, queda sin efecto la cláusula penal

---

<sup>54</sup> Lete Del Rio, **Derecho de obligaciones**, págs. 144 y 145.





que había sido pactada para otro supuesto. Así lo ha entendido la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1986, cuyo supuesto de hecho estaba referido a la convención para la entrega de determinadas obras en cierto día, que se ve alterada por el hecho de que el volumen de las mismas se aumentó, cambiaron los precios, y hubo además exceso de obra que no se demostró inútil. La necesidad de un mayor periodo de tiempo que el estipulado para terminar la obra era evidente, de tal modo que “la pena pactada solo puede aplicarse si una vez establecida sigue aún en vigor al producirse el incumplimiento que sanciona, y no cuando se han alterado los supuestos en base a los cuales se pactó”.

#### 7.7 Incumplimiento imputable al deudor

En este punto la cláusula penal se conecta con toda la problemática de la responsabilidad contractual, y más concretamente con los medios de tutela del acreedor frente al incumplimiento o cumplimiento inexacto o defectuoso. No está de mas recordar que la cláusula penal puede incluso representar, según el valor efectivo de los daños causados, una auténtica agravación de la responsabilidad, o en el otro extremo una cláusula limitativa de la misma.

Cuando el incumplimiento sea debido a culpa del acreedor, la pena no podrá ser exigida. También es constante el entendimiento de que en el marco de las obligaciones sinalagmáticas es inaplicable la cláusula penal cuando la culpa es imputable a ambos.

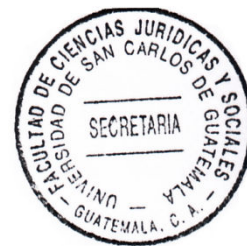


Ahora bien, en el marco del concepto de incumplimiento imputable al deudor nos parece necesario dejar constancia de la problemática jurisprudencial en el derecho comparado, nacida en los contratos de compraventa de inmuebles en cuanto al concepto de voluntad deliberadamente rebelde en materia de resolución contractual. Se justifica esta referencia por el hecho de que en este supuesto la cláusula penal tiene lugar en el marco de la resolución contractual.

En efecto, la fórmula comúnmente utilizada advierte que la falta de pago, a su vencimiento, de cualquiera de los plazos actúa como condición resolutoria del contrato, posibilitando a la vendedora hacer suyas las cantidades recibidas hasta ese momento, en concepto de indemnización. De tal manera que los requisitos de la resolución aparecen como cuestión previa a la exigibilidad de una cláusula penal.

#### 7.8 Demanda: para exigir el cumplimiento de la cláusula penal

Al tratarse de cláusula penal compensatoria, el actor no sólo debe invocar el incumplimiento imputable; no está obligado a probar que el cumplimiento de la prestación principal es imposible porque su derecho de opción, le permite exigir directamente la pena producido el incumplimiento. También se ha dicho que no puede exigir ambas prestaciones, salvo las excepciones señaladas, y que si de hecho peticiona mal, es procedente la defensa de defecto legal; además si ésta no es opuesta oportunamente siempre será viable la excepción de *plus petitio*.



## 7.9 Vía procesal

En este caso, la vía procesal es muy clara, al transcribir el Artículo 294 de nuestro Código Procesal Civil y Mercantil: “Procede la ejecución en vía de apremio cuando se pida en virtud de los siguientes títulos, siempre que traigan aparejada la obligación de pagar cantidad de dinero, líquida y exigible:...6° Transacción celebrada en escritura pública...”, es evidente que la vía adecuada si el contrato ha sido plasmado en escritura pública será la ejecutiva en vía de apremio, o de lo contrario si el contrato se hubiese plasmado en documento privado será la vía ejecutiva, a tenor del Artículo 327 del mismo cuerpo legal que establece: “Procede el juicio ejecutivo cuando se promueve en virtud de alguno de los siguientes títulos: ... 3°. Documentos privados suscritos por el obligado o por su representante y reconocidos ante juez competente, de acuerdo con lo dispuesto en los Artículos 98 y 184; y los documentos privados con legalización notarial...”

## 7.10 El contenido de la sentencia

Otra cuestión que motiva el reclamo de las cláusulas moratorias reside en la determinación de si la sentencia que ordena la ejecución de la principal debe disponer la condena expresa sobre la accesoria o si sólo deber tenerla presente para el trámite de ejecución de sentencia, en nuestro sistema jurídico, por supuesto que al hablar de sentencia nos referimos a los casos en que la vía procesal seguida sea la ejecutiva. En los registros argentinos, se encuentra un caso interesante: la sentencia de primera instancia condenó al vendedor a escriturar, a entregar la



posesión y ordenó tener presente la suma reclamada en concepto de cláusula penal para la oportunidad correspondiente (la de reclamarse los perjuicios que pudieren resultar, según fuese la suerte de lo decidido en el pronunciamiento). La parte vencedora, apeló reclamando de la Cámara una manifestación expresa en cuanto a su derecho a percibir la cláusula moratoria diaria hasta el momento del efectivo cumplimiento de la principal. La Cámara Nacional Civil, Sala E, resolvió: “La cláusula penal moratoria constituye una sanción que debe juzgarse al reclamarse los eventuales daños en caso de alzamiento contra la sentencia por parte del vendedor vencido, o en todo caso debió motivar un pedido de aclaratoria ante el juez *a quo*, pero no es motivo de apelación”; confirmó entonces la sentencia de primera instancia.<sup>55</sup>

Con el mismo criterio dijo la Sala C del mismo Tribunal: “Si en el boleto se estipuló que el que no escriturara por causas que le fueran imputables tendrá una multa de ..., la sentencia que condena a otorgar la escritura no debe imponer la pena, pues se ignora si el contratante cumplirá o no. Es en el procedimiento de ejecución que surgirá el evento motivo de la cláusula aludida.”<sup>56</sup>

#### 7.11 Competencia en razón de la cuantía

El Artículo 1 del Acuerdo 37-2006 de la Corte Suprema de Justicia preceptúa: “Se modifica el Artículo 1º del Acuerdo 2-2006 de esta Corte el cual queda así: a) En

<sup>55</sup> Cámara Nacional Civil, Sala E, 9/6/61.

<sup>56</sup> Cámara Nacional Civil 27/12/65.



el municipio de Guatemala, hasta cincuenta mil quetzales (Q.50,000.00); b) En las cabeceras departamentales y en los municipios de Coatepeque, del departamento de Quetzaltenango; San Lucía Cotzumalguapa, del departamento de Escuintla; Malacatàn e Ixchiguàn, del departamento de San Marcos; Santa María Nebaj, del departamento de Quichè; Poptùn, del departamento de Petèn; Santa Eulalia, del departamento de Huehuetenango; Mixco, Amatitlàn y Villa Nueva, del departamento de Guatemala, hasta veinticinco mil quetzales (Q.25,000.00). c) En los municipios no comprendidos en los casos anteriores, hasta quince mil quetzales (Q.15,000.00)”, esta disposición, establece la cuantía. Sin embargo, la doctrina extranjera indica que pueden presentarse diversos supuestos:

❖ Cuando se reclaman conjuntamente prestación principal y pena (moratoria o compensatoria en los casos que fuese posible), deben distinguirse las siguientes situaciones:

i) Si la cláusula penal es compensatoria, debe sumarse el valor total de lo reclamado (prestación principal y cláusula), y si ambos superan el límite fijado por la ley (o la otorgada según los distintos regimenes), es competente el tribunal de mayor cuantía, aun cuando ninguna aisladamente alcance ese límite.

ii) Si se reclama la principal y la moratoria devengada hasta el momento de interposición de la demanda también el monto total (principal y pena) es el que determinará la competencia en razón de la cuantía. Si la pena consiste en una suma de dinero accesoria de una principal de igual contenido. Pero aun cuando la



obligación principal y accesorio no tengan este contenido, debe regir igual principio porque las penas moratorias ya devengadas, adquiere una individualidad propia, lo que motiva que sean consideradas como pretensiones autónomas, en consecuencia, es de aplicación este último criterio.

El monto reclamado inicialmente es el que fija la competencia, sin que las alteraciones posteriores puedan tener influencia en su determinación. Por eso, si al momento de interposición de la demanda el monto era inferior al efecto de devengarse nuevas cuotas durante el proceso ese límite sea superado, la competencia ha quedado definitivamente radicada ante los jueces de menor cuantía. Si por el vencimiento de nuevas cuotas se ha pedido ampliación de la demanda y en virtud de ellas se supera el límite numérico, subsiste no obstante la competencia del juzgado de menor cuantía.

- ❖ Cuando se reclama exclusivamente el monto de la cláusula la cuestión es dudosa. Según un criterio, debe estarse al monto peticionado, aun cuando el valor de la principal pueda ser superior al límite demarcatorio de ambas competencias.

#### 7.12 Competencia en razón del lugar

La inserción de una cláusula penal no produce modificaciones en la competencia por razón del lugar. Ésta es la posición asumida por la jurisprudencia de América del Sur, la que en muchos de sus fallos establece que la competencia para conocer en



la demanda por cumplimiento de una cláusula penal, se determina por las circunstancias de la obligación principal a la que se vincula la cláusula penal. En cuanto a nuestra jurisprudencia no existe pronunciamiento en tal sentido, sin embargo es evidente que lo accesorio sigue a lo principal, es decir en nuestro ordenamiento la inserción de una cláusula penal tampoco cambia la competencia por razón del lugar.

### 7.13 Competencia en razón de la materia

Es criterio mayormente aceptado por el juez competente para entender en las cuestiones judiciales que se provoquen con relación a la obligación accesoria, es el que debe entender en las que atañen a la obligación principal. Es decir, que si la principal es de carácter mercantil, las acciones relativas a las cláusulas penales deben ser interpuestas ante los jueces del ramo civil. Sin embargo en los supuestos en que las legislaciones procesales admiten la división de competencia, deben interponerse ante los jueces de comercio.

### 7.14 La cláusula penal en los tratados internacionales

Debido a las distintas acepciones que los autores dan a las palabras que utilizaremos, es necesario aclarar cual es el contenido que asignamos a la terminología propuesta. No pretendemos que sea técnicamente perfecta, sino únicamente uniformar el nombre que damos a la materia a la cual nos referimos.



#### 7.14.1 Tratado

La Convención de Viena de 1969 en su Artículo 2 inciso a), indica: “A los efectos de la presente convención se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.” Consideramos conveniente mencionar que la Convención de Viena de 1969 sobre derecho de los tratados, hace constar la importancia de los tratados a nivel internacional, y entra en vigencia a partir del 27 de enero del 1980.

Es decir, que tal como lo señalan de la Guardia y Delpech,<sup>57</sup> los caracteres fundamentales de los tratados internacionales son:

- ❖ es un acuerdo de voluntades;
- ❖ debe haber sido suscrito por Estados u organizaciones internacionales;
- ❖ su fin es producir efectos jurídicos;
- ❖ la legislación sustancial que lo rige es el derecho internacional;
- ❖ se trata siempre de un instrumento formal que puede haber sido suscrito en uno o en varios instrumentos conexos;
- ❖ requiere la forma escrita;
- ❖ resulta irrelevante el nombre que las partes dieron a este acto jurídico;

---

<sup>57</sup> De La Guardia, Ernesto y Delpech Marcelo, **El derecho de los tratados y la convención de Viena de 1969**, pàg. 150.





- ❖ será o no un tratado si se cumplen o no con las características señaladas. Es decir, utilizamos la palabra “tratado” en un sentido genérico, comprendiendo toda clase de acuerdos internacionales que reúnan los caracteres mínimos señalados.

#### 7.14.2 Tratados-Normativos o Tratados--Leyes

Tradicionalmente la doctrina internacionalista ha distinguido entre estos dos tipos de tratados. Los denominados tratados-normativos son aquellos que tienen por objeto formular una regla de derecho que sea objetivamente válida, y se caracterizan porque la voluntad de todos los signatarios tiene idéntico contenido (ejemplo: la Carta de Naciones Unidas del 26 de junio de 1945). En cambio, los tratados-contratos son actos de carácter subjetivo que engendran prestaciones reciprocas a cargo de los Estados contratantes, cada uno de los cuales persigue objetivos diferentes. Es decir, en estos, el acuerdo a que llegan los Estados no tiene por objeto crear derechos objetivos, sino prever una serie de prestaciones que van a tener a su cargo aquellos Estados.

Es este tipo de contratos donde es viable preguntarse si son válidas o no las cláusulas penales que se fijan en el caso dado se pacta, por ejemplo: que la falta de cumplimiento oportuno en la entrega de los materiales hará incurrir al país incumplidor en una pena de una determinada suma de dinero por cada día de retraso.



#### 7.14.3 La viabilidad del pacto de una cláusula penal

Aparentemente no existen razones para negar validez a una cláusula de un tratado internacional por la cual las partes contratantes determinan convencionalmente el monto de los daños y perjuicios que producirá el incumplimiento futuro, la que también opera como un medio de presión para compeler al cumplimiento de la obligación principal. Por ejemplo: el país A se obliga con el país B a terminar el tramo faltante del camino que une a ambos países antes del día 6 de diciembre de 1979, fecha en que se estima comienza la temporada turística veraniega; se pacta igualmente que la falta de cumplimiento oportuno de la obligación de hacer hará incurrir al país A en una indemnización a su vecino país de determinada suma de dinero, como reparación por los daños y perjuicios que se producen por la falta de habilitación de la carretera. Esta estipulación ¿es una verdadera cláusula penal? Para responder es imprescindible analizar lo siguiente:

#### 7.14.4 El pacta sunt servanda

Los tratados internacionales, al igual que todos, nacen para ser cumplidos. Así lo dispone expresamente el Artículo 26 de la Convención de Viena de 1969: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Esta regla es aceptada como norma fundamental. Pero esto no significa que los tratados internacionales no se violen alguna vez; en todas las épocas han existido contratantes incumplidos. Este problema nos lleva de la mano, a resolver cuáles son



los medios asegurativos, o mejor dicho, compulsivos con los que los Estados cuentan para presionar a la otra parte al cumplimiento de la palabra empeñada.

#### 7.14.5 Los medios compulsivos en general

Recuerda la doctrina, que el más antiguo de los tratados internacionales de que tiene noticia es el suscrito en el año 1278 antes de Cristo entre Ramsès II, de Egipto, y Hattousilis, rey de los Hititas. Ya en este convenio se buscaron seguridades para su cumplimiento, enumerándose a los dioses instituidos como guardianes del tratado y pronunciándose maldiciones contra quienes los violaren. Estas medidas asegurativas religiosas no tienen en los tiempos modernos fuerza alguna por sobradas y obvias razones; también han caído en desuso otras medidas, como el juramento, y han dejado de aplicarse la caución de las joyas de la corona, la entrega de rehenes, etc.

Una tendencia manifiesta desde las épocas de Grocio hasta nuestros días, ha llevado indudablemente a la pretensión de aplicar a los contratos internacionales las mismas medidas asegurativas que se utilizan en los contratos particulares.<sup>58</sup>

#### 7.15 Licitud del objeto pactado

Sin embargo, debe aclararse el problema relativo a la licitud del objeto de la cláusula penal. Debemos tomar en cuenta, en primer lugar, la regla ya

---

<sup>58</sup> Fenwick, Charles, **Derecho internacional**, traducido por María E. Fischman, Obema, pàg. 487.



proporcionada por algunos autores: La prestación de la cláusula penal no puede tener por contenido una cosa o servicio o abstención que no pueda ser objeto lícito de un contrato internacional. Por ejemplo: sería nula la cláusula que prevé para el caso de incumplimiento la entrega de esclavos o la de permitir a buques piratas navegar dentro del mar territorial, etc. Este viejo principio aparece consagrado por el Artículo 53 de la Convención de Viena, que dispone: “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

Este Artículo, ha dado consagración positiva al ius cogens, pero sin limitar su contenido, dejando que éste se forme en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales.

En cambio, aunque el objeto vulnere el orden jurídico interno, la obligación bajo cláusula penal será válida, en principio, si no ataca el orden internacional. El Artículo 27 de la Convención de Viena dispone: “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 46.”



El principio reconoce honda raigambre en la doctrina internacionalista, habiendo sido adoptada por numerosos laudos que declararon enfáticamente la supremacía del derecho del derecho internacional sobre el derecho interno.<sup>59</sup>

Este es el criterio de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en fallos similares a los que transcribimos a continuación: “Para el derecho internacional y para la Corte que es órgano de éste, las leyes nacionales son simples hechos, manifestaciones de la voluntad y de la actividad del Estado, al igual que las decisiones judiciales o las medidas administrativas.”<sup>60</sup> “Un país no puede prevalerse de su legislación para limitar el alcance de sus obligaciones internacionales.”<sup>61</sup> Los integrantes del Harvard Research of Internacional Law, en los cuales se adhiere al principio que ningún Estado puede invocar sus disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Por supuesto que no se puede dejar de señalar las diferencias existentes entre el régimen de ejecución de la cláusula penal de orden interno y las limitaciones que ésta sufre en el orden internacional, en razón de la carencia relativa de medidas coercitivas. Porque si bien es un principio universalmente aceptado que “la violación de un compromiso trae la obligación de repararlo en forma adecuada”,<sup>62</sup> los medios coercitivos con los que se cuenta no siempre son plenamente satisfactorios. De

---

<sup>59</sup> Díaz Alabart, **La facultad de moderación**, pag. 58.

<sup>60</sup> Caso “Intereses alemanas en Alta Silesia”, pag. 19, citado por Moncayo y otros, Tomo I, Pagina 57.

<sup>61</sup> Caso “Zonas francas de la Alta Saboya y del país de Gex”, Serie A, pag. 12 No. 24, citado por Moncayo y otros, Tomo I, Pag. 57.

<sup>62</sup> García, Eduardo Augusto, **Manual de derecho internacional público**, pag. 402.

cualquier modo, lo expuesto no obsta para que en sustancia se trate de instituciones de gran similitud.





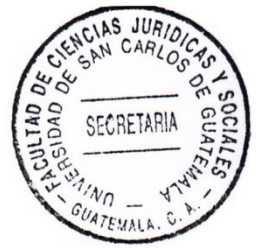
## CONCLUSIONES

1. La cláusula penal es un instituto de mucha importancia; sin embargo, en nuestro país carece de estudios que otorguen a los contratantes la oportunidad conocerla a profundidad, y así permitirles incluirla dentro de sus contratos.
2. El ámbito de aplicación de la cláusula penal es tan amplio que puede destinarse a contratos internacionales llevados a cabo entre particulares o contratos celebrados entre países; pues, por su régimen tan completo, es de utilidad en cualquier campo contractual.
3. Por las funciones y estructura de la cláusula penal; ésta constituye un elemento indispensable en un contrato de tracto sucesivo, utilizado para garantizar el cumplimiento del mismo o, de lo contrario, a indemnizar por los daños y perjuicios causados al contratante que haya cumplido con su parte de la obligación contractual.





## RECOMENDACIONES



1. Es necesario que se lleven a cabo estudios y seminarios entre estudiantes de las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de las distintas universidades del país, para conocer, de mejor forma, la figura de la cláusula penal, sus características, ventajas, objetivos y aplicación a los contratos.
2. Se debe ampliar la regulación que respecto de la cláusula penal existe en nuestro ordenamiento y que, de esa manera, esta figura pueda extender sus límites de aplicación en la materia contractual.
3. Que las bondades y aplicaciones de la pena convencional sean difundidas entre los contratantes, por medio de sus abogados, y de esta forma apliquen de mejor manera y frecuentemente en los contratos de tracto sucesivo y así se eviten juicios para determinar los daños y perjuicios por el incumplimiento de una obligación.





## BIBLIOGRAFIA

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman, **Derecho de obligaciones**, 4ª ed, Ed. Orión, Guatemala, 2007.

AGUILAR GUERRA, Vladimir, **El negocio jurídico**, 6ª ed, Ed. Magna Terra, Guatemala, 2008.

COLMET DE SANTERRE, **Tours analytique de Code Civil de A.M**, Ed. Demante, Paris, 1981.

DÁVILA GONZÁLEZ, **La obligación con cláusula penal**, (s.e.), (S.E.), Madrid, 1992.

DE CUPIS, IL DANNO. **Teoria generale Della responsabilità civile**, 3ª ed, (S.E.), Milán, 1991.

DE LA GUARDIA, Ernesto, **El derecho de los tratados y la convención de Viena de 1969**, (s.e.), (S.E.), Paris, 1978.

DIAZ ALABART, **La facultad de moderación**, (s.e), Ed. Anuario de Derecho Civil, 1988.

DIEZ PICAZO, Luis, **Estudios de jurisprudencia civil**, (s.e.), (S.E), (s.l.i.), 1966.

DIEZ PICAZO, Luis, **Fundamentos del derecho civil patrimonial**, (s.e.), (S.E), Madrid, 1970.

FENWICK, Charles, **Derecho internacional**, traducido por María E. Fischman, Obema, (s.e.), (S.E.), (s.l.i.), 1963.

GALGANO, **Diritto Privato**, 7ª ed, (S.E.), Papua, 1992.



GARCÍA AMIGO, **Cláusulas Limitativas**, (s.e.), (S.E.), España, 1994.

GARCÍA, Eduardo Augusto, **Manual de derecho internacional público**, (s.e.), Ed. Desalma, Buenos Aires, 1987.

JORDANO FRAGA, **Modificaciones convencionales de las reglas de responsabilidad contractual**, (s.e.), Ed. Revista de Derecho Mercantil, (s.l.i.), 1984.

JÔRS-KINKEL, **Derecho privado romano**, Traducción por Pietro Castro, (s.e.), Ed. Labor, Barcelona, 1935

LACRUZ BERDEJO, **Elementos de Derecho civil, II. Derecho de obligaciones**, (s.e.), (S.E.), volumen 1º, Barcelona, 1985

LAURENT, **Principes de droit civil francais**, (s.e.), (S.E.), tomo XVII, No. 450, Traducción al español por J. Pèrez, Bruselas, 1988.

LETE DEL RIO, **Derecho de obligaciones**, (s.e.), (S.E.), Volumen I, Madrid, 1999.

LÓPEZ DE ZABALÌA, Fernando, **Teoría de los contratos. Parte general**, (s.e.), (S.E.), España, 1985.

LLERENA, Baldomero, **Concordancias y comentarios del código civil argentino**, 3ª ed., (S.E.), Tomo III, No. 1, (s.l.i.), 1993.

MAYNZ, Carlos, **Curso de derecho romano**, traducido por Antonio Pou, (s.e.), Tomo II, Ed., Molinas, Barcelona, 1887.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, **Régimen general de las obligaciones**, 2ª ed., Ed., Temis, Bogotá, 1978.

OTOLAN, **Explication historique des Institutes de l'Empereur Justicien**, (s.e.), (S.E.), Tomo III, Madrid, 1989.



PIOLA Giuseppe, **voz Clausola penale**, en Digesto italiano, (s.e.), (S.E.), Torino, 1897-1902.

POTHIER, Joseph, **Obligaciones**, volumen I, No 346. (s.e.), (S.E.), (s.l.i), (s.f.).

POTHIER, **Traité des obligations**, Tomo. I (reimpresión de la 9ª edición de 1825), (s.e.), (S.E.), Barcelona, 1974

PUGLIATI, **Introducción al estudio del derecho civil**, traducción española de A. Vásquez del Mercado, (s.e.), (S.E.), México, 1943.

RADRESA, Emilio, **Sociedades irregulares**, (s.e.), (S.E.), Buenos Aires, 1992.

SAVIGNY, **Le droit des obligations**, Tomo II, No. 80, pagina 447 traducido por Geraldin y Jason, (s.e.), (S.E.), (s.l.i.), 1997.

TRIMARCHI, **La clausola penale**, (s.e.), (S.E.), Milán, 1964.

ULPIANO, **Digesto**, libro II, titulo XIV, ley 7, fragmento 4, (s.e.), (S.E.), (s.l.i.), 1991.

ULPIANO, **Comentario al edicto**, libro XIII, en el Digesto libro IV, titulo VIII, fragmento (s.e.), (S.E.), 23, (s.l.i), 1988.



## **Legislación:**

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

**Código Civil**, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1964.

**Código de Comercio de Guatemala**, Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-70, 1971.

**Código Procesal Civil y Mercantil**, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1963.

**Acuerdo No. 37-2006**, Corte Suprema de Justicia, 2006.

**Convención de Viena sobre el derecho de los tratados**, [www.caipe.org.pe](http://www.caipe.org.pe)