

LA CLAUSULA PENAL Y LA RESOLUCION DE LOS CONTRATOS

AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
Profesora Titular de Derecho Civil II y
profesora adjunta de Derecho Civil V.

La ley 17711 modificó el art. 1204 del Código Civil unificando las soluciones en el ámbito civil y comercial relativas a la resolución contractual (art. 216 del C. de Comercio).

Resulta común en los negocios jurídicos la estipulación de una cláusula penal (estipulación o convención accesoria por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se obliga a satisfacer una cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente).

Nos proponemos señalar qué incidencias tienen tales estipulaciones en la resolución de los contratos.

1º) La estipulación de una cláusula penal no priva del derecho a resolver:

Esta es una regla mayoritariamente aceptada; muy lejos ha quedado el criterio de la Corte de París que en un viejo fallo resolvió que la existencia de una cláusula penal impedía al acreedor solicitar la resolución, precisamente porque la pena tenía como función compeler al deudor al CUMPLIMIENTO de la obligación y no a su disolución¹. Hoy es criterio predominante tanto en el derecho nacional como en el extranjero que al estipular una cláusula penal, el acreedor no está renunciando a su derecho

¹ Véase referencia a este fallo revocado luego por la Corte de Casación francesa en LAURENT T. XVII N° 446.

a resolver el contrato de conformidad con el procedimiento establecido, en nuestro derecho, en los arts. 1204 del C.C. y 216 del Código de Comercio. En razón de que las renunciaciones no se presumen, adherimos plenamente al criterio sentado por nuestra jurisprudencia en el sentido que "La cláusula penal no implica la renuncia a la facultad de resolver"².

2º) Si la cláusula penal supone un pacto resolutorio:

En cambio mucho se discute si la sola existencia de una cláusula compensatoria importa un pacto comisorio que permita al acreedor dar por extinguido el negocio —ante el incumplimiento de la otra parte— mediante la simple comunicación fehaciente de la voluntad de resolver. El tema tiene íntima vinculación con el más general de si la cláusula penal compensatoria tiene finalidad resolutoria. Tal función se patentizaría —fundamentalmente— cuando la cláusula penal tiene por objeto otorgar al acreedor el derecho de hacer suyas las sumas entregadas por el deudor. Recordamos que esto acontece —normalmente— en las ventas por mensualidades. La respuesta afirmativa se ha sostenido con el argumento que, al optar por la cláusula penal, el acreedor está en realidad disolviendo la obligación, efecto que se produce igualmente con el pacto resolutorio. En tal sentido dice BUSO: "La cláusula encierra un pacto comisorio, sin perjuicio de ser algo más que un simple pacto comisorio"³. Pero aún admitiendo la función resolutoria se ha dicho que ésta es eventual porque las partes podrían excluirla mediante pacto expreso en contrario al admitir la acumulación de pena y principal⁴.

Nosotros compartimos la tesis de LLAMBIAS cuando afirma que si bien la cláusula penal compensatoria funciona "en conexión" con la resolución del contrato, no es ella la que produce la resolución, sino que ésta se produce por EL INCUMPLIMIENTO. Es decir, la causa que motiva la resolución no es la existencia de la cláusula penal, sino el hecho de que el deudor incumple permitiendo al acreedor el ejercicio de la acción resolutoria.⁵ La

2 Conf. Cam. Nac. Civ. sala D 17-12-1969 Simini c/Becchio de Aguas, L.L. 101-63 sala C 27-10-1969 Acuña c/Szabo L.L. 140-749.

3 BUSO, Eduardo, Código Civil anotado, T. IV, Bs. As., Ediar, 1958.

4 MOSSET ITURRASPE, Jorge, La cláusula penal, Revista del Notariado N° 755, Año LXXX, pág. 462, N° 84.

5 LLAMBIAS, Jorge, Tratado de derecho civil, Obligaciones, T. I Bs. As., ed. Perrot, 1967, N° 137. Sin embargo, después de distinguir acabadamente ambos institutos, el maestro señala que la solución depende del modo procesal en que se plantea la demanda. Comentando el fallo recaído en el leading case Lavallo Cobo c/Canale (L.L. t. 115, pág. 333 o E.D. 221) de la sala A de la Cám. Nac. Civil, que el autor integraba, dice: "Si el demandante formula un reclamo rígido y global (resolución del contrato y cobro de la consiguiente multa o pena) actuaría arbitrariamente el juez que le impusiera una disociación inconciliable con la postura procesal de aquél, que tropezaría con la imposibilidad de determinar una resolución contractual en condiciones diferentes a las exigidas por el contratante favorecido con esa para él facultativa resolución". Nos permitimos disentir con tan prestigioso profesor argentino; adherimos al voto del Dr. de Abelleira porque a través de él se da a la cláusula penal la autonomía conceptual que propiciamos la resolución era viable; nada ilícito tenía; en cambio la pretensión de reclamar la cláusula penal esa si era violatoria, y por elide debía rechazarse o disminuirse adecuadamente la pena establecida si se habían dado todos los requisitos previstos en el art. 653. La solución que los Dres. Llambías y Borda dieron en el caso comentado no fue tal: rechazaron la demanda por reso-

prueba acabada de lo que decimos está en que el contratante puede exigir la resolución y renunciar a la cláusula. Por ej. el vendedor requiere la resolución pero restituye las sumas entregadas. Una aplicación de esta posición doctrinaria es la jurisprudencia reiterada que distingue entre el ejercicio normal, lícito, del derecho a resolver y el abusivo de pretender una cláusula penal exorbitante.⁶ De lo expuesto se deriva que, la sola existencia de una cláusula penal no puede tomarse como la estipulación de un pacto comisorio sin perjuicio de que el mismo hecho que provoca la eficacia de la cláusula penal —el incumplimiento— motive también el derecho del acreedor a resolver.

3º) Cómo deben liquidarse los daños y perjuicios cuando se produce la resolución del contrato si éste contiene una cláusula penal:

Hemos dicho que no obstante la existencia de la cláusula penal el acreedor tiene derecho a resolver. Pero como cualquiera sea la vía elegida (pacto comisorio tácito o expreso), la resolución por incumplimiento concede al acreedor el derecho a reclamar daños y perjuicios, se discute si éstos deben liquidarse conforme las normas del derecho común, o si están limitados y estipulados por la cláusula penal pactada.

Como puede advertirse fácilmente la discusión doctrinaria y jurisprudencial en torno a este problema es de significativa importancia práctica: si se liquidan conforme a la cláusula penal no habrá necesidad de acreditar los daños, pero también estarán limitados por el monto estipulado sin poder reclamarse mayores montos aunque sea insuficiente (art. 655 y 656 del C.C.).

Un sector propicia la aplicación lisa y llana de la cláusula penal —tal como si se hubiese pedido el cumplimiento del contrato—. En tal sentido

lución y la reconvencción por escrituración; las cosas habían quedado como antes de la interposición de la demanda.
 6 Conf. con la distinción Cám. Nac. Civ. sala C 8-6-1976 Saljayi c/Di Filippo
 E.D. 96-285; sala D 18-6-1965 E.D. 12-125 o L.L. 119-527 o J.A. 1965-V-86;
 S.C. Bs. As., L.L. 19-997. Sala A 14-2-78 Dzierewianko c/Ital Construcciones
 S.A. E.D. 24-5-1978 fallo N° 30.699.

se pronuncia MOSSET ITURRASPE ⁷ argumentando que no es posible distinguir el incumplimiento de la obligación principal del incumplimiento del contrato entendido como un todo; la cláusula penal accede a un negocio jurídico y no a una obligación aislada y dentro de este negocio garantiza el cumplimiento de las obligaciones emergentes; si la resolución del contrato reconoce como razón fundante el incumplimiento, no es posible que los daños reclamados por el acreedor excedan a los determinados en la cláusula, prevista justamente para el caso de incumplimiento.

Otra posición, en cambio, considera que en virtud del carácter accesorio de la cláusula penal, declarada la resolución del contrato tiene por efecto volver las cosas al estado anterior al momento de la concertación. En este sentido se ha dicho "Adviértase que el presupuesto de la pretensión de la pena consiste en el incumplimiento de la obligación principal, en tanto subsista ésta en su virtualidad dé tal. Pero si se desvanece esta obligación por falta de causa, en razón de la resolución o rescisión del contrato que la había originado, falla el presupuesto de la pena: el acreedor podrá pretender, en ese supuesto el resarcimiento de los daños y perjuicios que le provoca la disolución del contrato —habida cuenta de la liberación que obtiene con respecto a sus propias obligaciones nacidas de ese mismo contrato— pero no una pena carente de causa. Para que tuviese derecho a esta pena, sería indispensable la disposición contractual que así lo decidiese, en cuyo caso la causa o título de la pena estaría no en la inejecución de la insubsistente obligación principal, sino en el pacto de las partes

7 MOSSET ITURRASPE, ob. cit. pág. 1236; GIORGI J. Teoría general de las obligaciones en el derecho moderno, Madrid, Ed. Revista de legislación, 1911, t. IV N° 463; DEMOGUE. René, Traité des obligations en générale T. VI, Parts, ed. Rousseau, 1931, N° 443; HALFERIN, Isaac, Resolución de los contratos comerciales, Bs. As., Depalma 1968, pág. 31 N° 9; Cám. Com. Cap. sala A 27-8-1958 López c/Rosenbusdh J. A. 1960-III-5 N° 34; OSPINA FERNANDEZ. Guillermo. Régimen general de las obligaciones, Bogotá, ed. Temis, 1978 N° 206; FERREYRA, Edgard A., Principales efectos de la contratación civil Bs. As., ed. Abaco, 1978, pág. 289; DA SILVA PEREIRA, Caio Mario, Instituciones de direito civil, 49 ed. Río de Janeiro, ed. Forense, 1976, t. H pág. 141; PIANTONI, Mario, El pacto comisorio y su aplicación en los contratos tipos, L.L. 148-1228; aunque su opinión no es muy clara por lo que transcribimos al lector los párrafos pertinentes: "Los daños y perjuicios antes mencionados suelen convenirse, de antemano, en los contratos, especialmente en los contratos de compra y ventas de inmuebles celebrados en instrumentos privados, justipreciándoselos en el monto de lo que se hubiese entregado hasta el momento de la resolución, y/o en las mejoras introducidas en la cosa objeto del contrato de compra y venta. Tal justipreciación será válida en la medida que no afecta el orden público, la moral y las buenas costumbres (arts. 21 y 953). Pero la obligación convenida de pagar daños y perjuicios, y la facultad resolutoria son dos cosas independientes. Como consecuencia de la resolución de la relación contractual provocada por el incumplimiento injustificado de la prestación por una de las partes, nace la responsabilidad de esta última de pagar los daños y perjuicios ocasionados pero no en virtud de la disolución del vínculo, sino del hecho del incumplimiento injustificado de la prestación".

para la hipótesis de la resolución o rescisión del contrato. Son supuestos distintos que impiden, por la interpretación restrictiva que cuadra hacer de la cláusula penal, que se traslade ésta de un campo a otro⁸.

En nuestro criterio debe distinguirse entre cláusulas penales compensatorias y moratorias.

En este último caso no tenemos dudas en cuanto a que el acreedor no podrá invocar la cláusula moratoria para reclamar los daños producidos hasta el momento en que opta por la resolución, porque precisamente su elección supone volver las cosas al mismo estado en que se encontraban antes de la concertación. Es cierto que la retroacción en el pacto comisorio no opera con la misma fuerza que en la condición resolutoria o en la nulidad, pero es un principio indiscutido que la resolución produce la disolución del vínculo obligacional que ataba a las partes. Es decir, el acreedor no puede pretender las ventajas emanadas de la cláusula penal y al mismo tiempo sostener que las obligaciones a su cargo han quedado extinguidas. Por ej.: A compra a B un inmueble estipulándose en el boleto de compra-venta que la mora en el pago de las cuotas en que se ha dividido el precio se sanciona con la suma de \$ 1.000 diarios. Si ante el incumplimiento en el pago del precio, la vendedora hace valer el pacto comisorio convenido o declara resuelta la venta por voluntad del acreedor conforme el procedimiento establecido en el art. 1204 del Cód. Civ. (o 216 del Cód. de Comercio), no puede pretender el devengamiento de la pena moratoria hasta el día en que solicitó la resolución. Una pretensión de este tipo supondría una contradicción en los términos: se entiende extinguido el contrato en unos aspectos y se lo tiene vigente para otros. En este caso los daños moratorios deben liquidarse conforme las reglas del derecho común. Sólo podría hacerse valer la cláusula penal cuando un pacto expreso de las partes así lo admitiera.

Pero la solución señalada no se aplica cuando la cláusula penal accede a obligaciones que no se extinguen con la resolución; ello ocurre normalmente en aquellas de ejecución periódica que imponen el cumplimiento

8 LLAMBIAS, Jorge, ob. cit. t. I N° 350 nota 77; conf. BARASSI, La teoría generale delle obbligazioni 2° ed., t. III, pág. 407; DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil Belge, 2° ed., Bruselas, ed. E. Bruylant 1940, T. III, N° 121 ter y 123; BAUDRY LACANTINERIE, Traité théorique et pratique de droit civil des obligations, 3° ed. t. II, París, ed. Larouse L. Ttenini, 1907, N° 1366; LAURENT F. Principes de Droit civil Français, Paris ed. Chevalier, 1893, t. XVII N° 460; MAZEAU-TUNC, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, Bs. As., ed. Jurídica Europea-Americana, 1963 t. III vol. I N° 2637; SPOTA, Alberto, Actas de las Sesiones del Instituto de Estudios Legislativos t. III pág. 119 comentando las disposiciones del Proyecto de 1936; Conf. Cám. Nac. Civ. sala B 7-12-1966 Azzaro c/Asociación de Socorros Mutuos L.L. 125-553.

de prestaciones sucesivas en lapsos establecidos de antemano a las que se corresponden contraprestaciones recíprocas⁹. Por ej., si en un contrato de locación se ha pactado una pena moratoria para el supuesto de pago tardío de los arrendamientos, la acción por resolución intentada por el locador en función de lo dispuesto por el art. 1579 no le impide reclamar el pago de los arrendamientos adeudados y la pena estipulada. La diferencia de soluciones es notoria y obvia: en la compraventa en cuotas la resolución produce la extinción de la obligación de pagar el precio (tanto las cuotas devengadas como las futuras); en la locación, en cambio, la resolución no extingue la obligación de pagar los arrendamientos devengados y por ende tampoco muere la cláusula penal que los asegura.

Lo expuesto no es sino una simple aplicación de lo dispuesto por el art. 1204: "Más en los contratos en que se hubiese cumplido parte de las prestaciones, las que se hayan cumplido quedarán firmes y producirán, en cuanto a ellas, los efectos correspondientes"¹⁰.

Durante las V Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, reunidas en octubre de 1978, el despacho único firmado por los Dres. Jorge H. Altérini, A. C. Belluscio, M. J. Bendersky, E. T. Bianchi, S. Cifuentes, R. Campagnucci de Caso, I. Goldemberg, L. Miguel, A. F. Trigo Represas, E. D. Zannoni y la autora de este trabajo recomendó que en casos de resolución es inaplicable la cláusula penal establecida para los supuestos de mora, salvo cuando ella accede a obligaciones que no se extinguieron con la resolución.

Si la pena es COMPENSATORIA, la cuestión es de más dudosa solución: la adhesión a la postura que afirma la inaplicabilidad de la pena supone dos inconvenientes: Por un lado puede llevar a la violación del art. 655 del Cód. Civil y por ende a un apoyo velado al fraude a la ley; en efecto, en los supuestos de penas medianamente insuficientes, el acreedor – a fin de no ver limitado su derecho a los daños y perjuicios– optará por la resolución obteniendo de esta manera una reparación integral. Por ej., Juan vende a Pedro 20.000 litros de vino, estipulándose que la falta de entrega de la mercadería en el tiempo convenido se sancionará con una pena compensatoria de \$ 3.000. Si Juan no entrega el vino, Pedro resuelve (por su propia autoridad art. 1204 del C.C. y 216 del Cód. de Com. o judicialmente) y reclama los daños efectivamente producidos (que

9 Sobre los diversos tipos de obligaciones de ejecución duradera véase CAZEAUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Félix A., Derecho de las obligaciones, La Plata, ed. Platense, 1970, T. II vol. I, pág. 305/6.

10 Para la interpretación del texto legal véase, entre otros, RAMELLA, Anteo, La resolución por incumplimiento, Bs. As., Astrea, 1975 N° 86 y sgtes.; BENDERSKY, Mario J., Incumplimiento del contrato, Bs. As., Depalma, 1963, N° 68.

podieron ser mayores a la pena estipulada, todo lo cual depende de las oscilaciones producidas en el mercado del vino).

La otra dificultad es de orden práctico; se dice que si la pena se ha estipulado para el incumplimiento definitivo, por qué no aplicarla cuando se opera la resolución. ¿Cuándo sería entonces aplicable? La pena compensatoria se habría convertido en "rara avis" del mundo negocial. Este argumento llevó al despacho mayoritario de las V Jornadas Sanrafaelinas (suscripto por todos los autores mencionados precedentemente, menos la autora de este trabajo) a resolverse que "en caso de existir cláusula penal para el supuesto de incumplimiento definitivo, ella será igualmente aplicable de mediar resolución".

Pese a la envidia de los sostenedores de esta posición (advuértase que la mayoría de quienes la firman son prominentes profesores argentinos) nos hemos permitido suscribir el despacho minoritario que sostiene: "Operada la resolución, los daños compensatorios deben liquidarse de conformidad con las pautas del derecho común, salvo estipulación expresa en contrario, en razón de que la tesis inversa podría llevar en la mayoría de los supuestos a la aplicación de cláusulas exorbitantes no reducidas por no darse los presupuestos subjetivos requeridos en el art. 656 2º parte del Cód. Civil". Fundamos nuestra posición —al amparo de la autoridad de Llambías— en los siguientes argumentos mediante los cuales replicamos las objeciones previamente expuestas.

Admitimos que en casos excepcionales la solución que propiciamos pueda ser violatoria del art. 655, pero estimamos que los peligros que ella ocasiona son mucho menores que los provocados por la posición contraria. Se nos podría decir que tarifando los daños y perjuicios con la cláusula penal siempre quedaría la posibilidad de su reducción si ella es excesiva (art. 656 2º parte). Pero es que la acción por disminución requiere de ciertos elementos subjetivos que no siempre podrán ser invocados en estos casos. Puede ocurrir que no exista explotación de necesidad, inexperiencia o ligereza alguna.

En cuanto a que la no aplicación supondría que la cláusula penal compensatoria se convertiría en rara avis en el mundo de los negocios, creemos que debemos recapacitar sobre los ejemplos proporcionados. La resolución produce la EXTINCIÓN de las obligaciones a cargo de AMBAS PARTES. Es decir, en el ejemplo elaborado, si Pedro opta por la resolución, Juan no debe el vino (sino la indemnización), pero a su vez él NO DEBE EL PRECIO. En cambio, si Pedro opta por la cláusula penal (art. 659) él no extingue las obligaciones a su cargo. En nuestro criterio la cláusula penal no tiene en sí misma función resolutoria y por ello, el hecho de que el acreedor opte por la pena no supone que se extingan las demás obligaciones a su cargo. Por eso estimamos que la tesis que propiciamos es la

que respeta en el fondo a la voluntad de las partes: la deudora de la cláusula penal la asumió' en razón de que la contraparte debe las obligaciones a su cargo. ¿Puede válidamente sostenerse que se interpreta la voluntad contractual cuando se dejan subsistentes unas obligaciones y no otras? Cuando el acreedor opta a su arbitrio por la cláusula penal es porque quiere el contrato en el cual ella se ha pactado. Si en cambio quiere la extinción de las obligaciones de él derivadas, no puede prevalecerse de una de sus cláusulas.

Esto no es sino aplicación del principio de ACCESORIEDAD que insufla a la cláusula penal: la extinción de la obligación principal supone la muerte de la cláusula penal. La resolución produce la frustración de las obligaciones derivadas del pacto principal; en consecuencia, también deben morir las derivadas de la estipulación accesoria.

Por lo demás, debe advertirse que la aplicación de la posición mayoritaria en las V Jornadas Sanrafaelinas puede llevar en la práctica a soluciones totalmente disvaliosas. Piénsese que el régimen de imputabilidad de las cláusulas penales tiene características propias (art. 654); que en consecuencia el deudor que ha incumplido aún por falta levisima será responsable del pago de la pena; que deberá la pena cuando el incumplimiento y la resolución no le hayan producido daño al acreedor (art. 656) y ¡todo sin contraprestación alguna!

Todas estas argumentaciones nos llevan a sostener que —salvo pacto expreso que demuestre la voluntad contractual contraria— tampoco las penas compensatorias pueden ser aprovechadas por el acreedor que opta por la resolución, quien para reclamar daños y perjuicios deberá acudir a los principios del derecho común.

La solución que propiciamos rige no sólo cuando la resolución opera por una manifestación facultativa del acreedor, sino cuando ella se produce por razones ajenas a la libre opción del sujeto activo. En tal sentido se ha resuelto que "La rescisión de la locación dispuesta por el juez de la quiebra de los locatarios ha tornado imposible el cumplimiento del contrato y produce por ello la caducidad de la cláusula penal estipulada para el supuesto de abandono de la locación por decisión unilateral de los inquilinos, lo que no obsta a considerar aparte los daños y perjuicios que el incumplimiento hubiere podido originar al locador"¹¹.

11 Cám. Civ. Cap. Sala E 14-11-1972 J. A. 17-1973-382.