

Peix, Horacio A.

*Obligaciones con cláusula penal y sanciones
conminatorias*

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Peix, H. A., Crisci, A. (2012). Obligaciones con cláusula penal y sanciones conminatorias [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/obligaciones-clausula-penal-sanciones-conminatorias.pdf>
[Fecha de consulta:.....]
(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL Y SANCIONES CONMINATORIAS

HORACIO A. PEIX

A) Introducción:

El objetivo del presente informe es analizar la regulación que el Proyecto da a la cláusula penal y a las sanciones conminatorias o *astreintes*, efectuando también una comparación de dichas previsiones con las establecidas en el Código Civil actual.

Para las observaciones que se realizarán luego, es importante tener en cuenta que una obligación con cláusula penal implica, en realidad, la referencia a dos obligaciones interdependientes, donde una de ellas es la principal y la otra (precisamente la cláusula penal) es una obligación accesoria que se estipula para el caso de retardo o incumplimiento definitivo de la primera.

B) Metodología del Proyecto:

Tanto la cláusula penal como las sanciones conminatorias están contempladas en el Libro Tercero, Título I, Capítulo 3, Sección 5ª del Proyecto; es decir, dentro del capítulo dedicado a las clases de obligaciones y luego de cuatro secciones que las clasifican en relación a la prestación¹.

De este modo, se mantiene la metodología del Código Civil actual, sin receptar las críticas formuladas por la doctrina² basadas en el desacierto de adoptar la presencia o inexistencia de cláusula penal como criterio de clasificación.

En efecto, la cláusula penal es una especie de obligación accesoria que puede ser incorporada a otra obligación principal de fuente contractual para acrecentar la eficacia de esta; mientras que los criterios a través de los cuales las obligaciones se clasifican son, en cambio, pautas que permiten diferenciarlas en virtud de las particularidades que puedan presentarse en los elementos esenciales (vínculo, prestación, objeto, sujeto, fuente) o a partir de la dinámica que genera la relación de interdependencia entre obligaciones principales y accesorias.

1. Las dos primeras secciones del Capítulo 3 están dedicadas a clasificar las obligaciones según la naturaleza de la prestación (Sección 1ª: obligaciones de dar; Sección 2ª: obligaciones de hacer y de no hacer). Por su parte, las dos siguientes contemplan especies de obligaciones caracterizadas por tener prestaciones compuestas (Sección 3ª: obligaciones alternativas; Sección 4ª: obligaciones facultativas). Cabe agregar que el Código Civil actual posee la misma secuencia al momento de clasificar las obligaciones en el Libro II, Sección Primera, Parte Primera, Títulos 7 a 11.

2. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín; RAFFO BENEGAS, Patricio; SASSOT, Rafael, *Manual de Derecho Civil - Obligaciones*, undécima edición, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 125. ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José; LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, cuarta edición actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.

Por dicha razón, y siguiendo a la autorizada doctrina que formulara sus críticas metodológicas al Código Civil actual, resultaría más adecuada la inclusión de esta regulación en el lugar donde se tratan los efectos de las obligaciones con relación al acreedor³.

Menos conveniente aún parece, desde el punto de vista metodológico, contemplar dentro de este apartado la previsión referida a las sanciones conminatorias o *astreintes* ya que, además de no estar asociadas a la estructura de las obligaciones tampoco son, estrictamente, efectos de estas.

Ello por cuanto constituyen, en realidad, un medio legal que tiene una finalidad distinta consistente en sancionar a quien no cumple con un deber impuesto por una decisión judicial, sea que esta se haya dictado frente al incumplimiento de obligaciones o por la inobservancia de cualquier otro deber jurídico.

En consecuencia, la previsión del art. 804 del Proyecto debería ser reubicada tomando a las sanciones conminatorias como un efecto del incumplimiento de las decisiones judiciales, y esta desobediencia podría ser considerada, en todo caso, como otra de las fuentes de obligaciones diferentes al contrato que se contemplan en el Título V.

C) Regulación de la cláusula penal:

Las previsiones contempladas desde el art. 790 al 803 del Proyecto receptan, en términos generales, una regulación de la cláusula penal similar a la existente en los arts. 652 a 666 del Código Civil.

Sin embargo, tanto en esta Sección como en el resto del Proyecto se emplea una técnica legislativa diferente a la utilizada por Vélez Sarsfield en el Código actual, la cual consiste en incluir un título antes de cada artículo, anticipándose así el tema a considerar.

Más allá de esta diferencia genérica, y con el objeto de profundizar en la detección de similitudes o variaciones, se comentarán a continuación cada uno de los artículos proyectados.

Por otra parte, y dejando sentada la salvedad de no corresponder a la versión original, se empleará la técnica de resaltar con un subrayado aquellos términos o frases que impliquen una innovación respecto de las normas vigentes del Código Civil.

Art. 790. Concepto. *“La cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación.”*

Comentario: Se trata de una reproducción del art. 652 del Código Civil en la que siguen reemplazándose las dos especies de cláusula penal: moratoria y compensatoria. No obstante esa similitud, se introduce gramaticalmente un cambio al reemplazar “en que” por la conexión destacada en el texto.

Art. 791. Objeto. *“La cláusula penal puede tener por objeto el pago de una suma de dinero, o cualquiera otra prestación que pueda ser objeto de las obligaciones, bien sea en beneficio del acreedor o de un tercero”.*

Comentario: La única diferencia con el art. 653 del Código Civil es la supresión del adverbio “solo” que antecede a la construcción verbal “puede tener” en esta última disposición. Dicha innovación resulta adecuada en tanto elimina un término que se advierte innecesario en el Código actual, reafirmando así que en la cláusula penal se puede establecer como prestación cualquiera de las que están admitidas para las obligaciones en general.

Art. 792. Incumplimiento. *“El deudor que no cumple la obligación en el tiempo convenido debe la pena, si no prueba la causa extraña que suprime la relación causal. La eximente del caso fortuito debe ser interpretada y aplicada restrictivamente”.*

3. Anteproyecto de Código Civil y Comercial, Libro Tercero, Título I, Capítulo 1, denominado “Disposiciones generales”.

Comentario: Esta previsión tiene importantes diferencias con el actual art. 654 del Código Civil por cuanto, si bien establece el mismo presupuesto para convertirse en deudor de la pena (el incumplimiento), elimina la frase “*aunque por justas causas no hubiese podido verificarlo*”. Esta última ha sido objeto de críticas por considerarla un énfasis poco significativo, limitado solo a indicar que el deudor no se exonera de la pena si pretende ampararse en motivos que lo justifican subjetiva y no objetivamente (como no cumplir una obligación de hacer para dedicar su tiempo al cuidado de un pariente enfermo⁴).

Por lo demás, queda en claro que a los fines de hacer valer la cláusula penal no es necesario probar la imputabilidad subjetiva del incumplimiento, y que esa presunción de responsabilidad solo puede ser desvirtuada por el deudor invocando el caso fortuito. En tal sentido, la nueva norma incorpora expresamente como eximente de responsabilidad a la ruptura del nexo causal entre su acción u omisión y el incumplimiento de la obligación principal. Además, introduce un criterio restrictivo para su apreciación, de modo que en caso de duda ha de estarse por la imputabilidad del incumplimiento y la consecuente aplicación de la cláusula penal.

Art. 793. Relación con la indemnización. “*La pena o multa impuesta en la obligación entra en lugar de la indemnización de los daños cuando el deudor se constituyó en mora; y el acreedor no tiene derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es reparación suficiente*”.

Comentario: En lo sustancial hay coincidencia con el art. 655 del Código Civil, y los términos subrayados implican solo innovaciones que brindan un mejor estilo gramatical a la redacción. Así, se reemplaza la frase “de perjuicios e intereses” por “los daños”. También se cambian los tiempos verbales “hubiese constituido” y “tendrá” por “constituyó” y “tiene”, respectivamente. Finalmente, toda vez que en el artículo del Código actual el término “indemnización” es utilizado dos veces en la misma oración, en el Anteproyecto se evita esa reiteración reemplazando la segunda aplicación de dicha palabra por un sinónimo: “reparación”.

Art. 794. Ejecución. “*Para pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor puede eximirse de satisfacerla, acreditando que el acreedor no sufrió perjuicio alguno*”.

Los jueces pueden reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor”.

Comentario: Aquí se mantiene la regulación prevista en el art. 656 actual, con la única modificación del tiempo verbal “ha sufrido” por “sufrió”.

También se replica el sistema de inmutabilidad relativa de la cláusula penal incorporado al art. 656 mediante la ley 17.711. En tal sentido debe tenerse en cuenta que, de acuerdo a lo previsto en el art. 332 del Anteproyecto, el vicio de lesión subjetiva se presume *iuris tantum* en caso de existir desproporción notable entre las prestaciones, de modo que en tales casos estará a cargo del acreedor la prueba de la inexistencia de dicho aprovechamiento para evitar la nulidad parcial que motiva la reducción de la pena.

Art. 795. Obligaciones de no hacer. “*En las obligaciones de no hacer el deudor incurre en la pena desde el momento que ejecuta el acto del cual se obligó a abstenerse*”.

Comentario: Más allá de modificaciones en la sintaxis de la primera parte y del diferente modo en que se conjuga el verbo “ejecutar”, la norma tiene el mismo contenido del art. 657 del Código Civil.

4. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín *et al.*; *op. cit.*, p.135.

Art. 796. Opciones del deudor. “El deudor puede eximirse de cumplir la obligación con el pago de la pena únicamente si se reservó expresamente este derecho”.

Comentario: El contenido de este artículo trasunta el mismo que se estableciera en el art. 658 del Código Civil, difiriendo solo en cuanto este está concebido en términos negativos (“no podrá eximirse... pagando la pena, sino en el caso en que expresamente se hubiese reservado este derecho”).

Art. 797. Opciones del acreedor. “El acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio, a menos que se haya estipulado la pena por el simple retardo, o que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal”.

Comentario: En la redacción se suprime la conjunción “pero” con la que comienza el art. 659 actual y los verbos subrayados reemplazan, respectivamente, a las expresiones “podrá” y “aparezca haberse estipulado”.

Más allá de esos cambios gramaticales, el contenido de esta disposición coincide en lo sustancial con la del mencionado artículo del Código Civil, estableciendo así el principio de no acumulación entre la pena y la prestación de la obligación principal. Por otra parte, se mantienen las dos excepciones a dicho principio, de modo que se admite la acumulación entre la prestación principal y la pena derivada de una cláusula moratoria, como así también pueden acumularse la pena y la prestación cuando aquella se ha acordado para cumplir solo una función compulsiva (y no indemnizatoria a la vez).

Art. 798. Disminución proporcional. “Si el deudor cumple solo una parte de la obligación, o la cumple de un modo irregular, o fuera del lugar o del tiempo a que se obligó, y el acreedor la acepta, la pena debe disminuirse proporcionalmente”.

Comentario: Esta disposición difiere del actual art. 660 solo en cuanto no contempla expresamente la posibilidad de intervención judicial en caso de no existir acuerdo entre las partes respecto de la disminución proporcional de la pena ante el cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal. Se estima acertada esa omisión, por cuanto la vía judicial es una alternativa frente a todo diferendo, de modo que se torna redundante su previsión expresa ante una situación como la que se contempla en esta norma.

Art. 799. Divisibilidad. “Sea divisible o indivisible la obligación principal, cada uno de los codeudores o de los herederos del deudor no incurre en la pena sino en proporción de su parte, siempre que sea divisible la obligación de la cláusula penal”.

Comentario: La redacción de este artículo, estableciendo la divisibilidad de la cláusula penal si su objeto lo permite y con independencia de la posibilidad de fraccionamiento con que cuente el objeto de la obligación principal, solo difiere del art. 661 del Código Civil en el cambio al tiempo presente del verbo “incurrirá”, armonizando así con el tiempo de conjugación empleado en los restantes artículos.

Art. 800. Indivisibilidad. “Si la obligación de la cláusula penal es indivisible, o si es solidaria aunque divisible, cada uno de los codeudores, o de los coherederos del deudor, queda obligado a satisfacer la pena entera”.

Comentario: También aquí existe una modificación del tiempo verbal respecto del utilizado en el art. 662 del Código Civil (“fuere”), subsistiendo en lo sustancial la misma regulación contenida en este último.

Art. 801. Nulidad. “La nulidad de la obligación con cláusula penal no causa la de la principal. La nulidad de la principal causa la de la cláusula penal, excepto si la obligación con cláusula penal fue contraída por otra persona, para el caso que la principal fuese nula por falta de capacidad del deudor”.

Comentario: A partir de lo indicado al comienzo de este trabajo y del sentido que tiene esta norma, la frase “obligaciones con cláusula penal” parece no ser la adecuada. En efecto, no debería emplearse la preposición “con”, ya que la cláusula penal es, en sí misma, una obligación –accesoria pero obligación al fin–. Por dicha razón debió utilizarse la frase “obligación de cláusula penal” empleada en otros artículos, “obligación consistente en una cláusula penal” o, directamente, la frase “cláusula penal”.

Más allá de eso, en su primera parte este artículo contempla lo establecido en el art. 663 del Código Civil aunque con una redacción diferente. Así, dispone que la nulidad de la obligación principal provoca la invalidez de la cláusula penal –consecuencia del principio de accesoriadad– sin que se dé la situación inversa.

A su vez, incorpora adecuadamente una excepción a dicho principio que no está presente en el Código Civil. Se trata del supuesto en el que un tercero sea el sujeto obligado por una cláusula penal accesoria de una obligación cuyo deudor fuera incapaz. En tal caso, pese a la existencia de un vicio de nulidad relativa en la obligación principal, el acreedor puede hacer valer la virtualidad de la pena a modo de indemnización.

Resta señalar que no se ha reproducido el art. 664 del Código Civil, lo cual resulta adecuado frente a las críticas efectuadas por la doctrina al entender que el supuesto previsto en él no es una excepción al principio de accesoriadad. En efecto, dicha norma prevé la subsistencia de la cláusula penal porque en tal caso opera como una obligación independiente –y no accesoria– asumida por una persona al contratar a cuenta de un tercero sin tener su representación. De este modo, esa subsistencia está sujeta a la condición suspensiva de no ser asumida o ratificada la obligación principal por parte de dicho tercero.

Art. 802. *Extinción de la obligación principal.* “Si la obligación principal se extingue sin culpa del deudor queda también extinguida la cláusula penal”.

Comentario: Esta previsión tiene una idéntica redacción a la del art. 665 del Código Civil.

Art. 803. *Obligación no exigible.* “La cláusula penal tiene efecto, aunque sea puesta para asegurar el cumplimiento de una obligación que al tiempo de concertar la accesoria no podía exigirse judicialmente, siempre que no sea reprobada por la ley”.

Comentario: Además de una modificación en el tiempo de conjugación del verbo “tener”, la redacción de este artículo incorpora, en su sintaxis, un circunstancial de lugar que está ausente en el actual art. 666 del Código Civil y que resulta esclarecedor respecto de la excepción al principio de accesoriadad que se contempla.

Se admite así una pena que es exigible pese a no serlo la prestación de la obligación principal, y se introducen también ciertos límites a dicha excepción al aclarar que tal hipótesis solo se da si la cláusula penal es concertada cuando ya la obligación principal es natural. De este modo, *a contrario sensu*, no habrá excepción al principio de accesoriadad y, consecuentemente, la cláusula penal seguirá la suerte de la obligación principal cuando fue estipulada en momentos en que esta era exigible, tornándose luego en una obligación natural.

D) Regulación de las sanciones conminatorias:

Art. 804. *Sanciones conminatorias.* “Los jueces pueden imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se deben graduar en proporción al caudal económico de quien debe satisfacerlas y pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquel desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.

La observancia de los mandatos judiciales impartidos a las autoridades públicas se rige por las normas propias del derecho administrativo” (Párrafo agregado por iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional al original del Anteproyecto).

Comentario: El primer párrafo de la disposición es similar al art. 666 bis que la ley 17.711 introdujera al Código Civil, reemplazándose solo el verbo “graduarán” por “deben graduar” al comienzo de la segunda oración, y el tiempo de conjugación de los demás verbos.

Por su parte, el agregado que el Poder Ejecutivo Nacional efectúa respecto de la observancia de los mandatos judiciales impartidos a las autoridades públicas, constituye una previsión que no parece suficientemente clara en cuanto a sus alcances.

En efecto, no permite determinar exactamente qué amplitud tiene la delegación a “las normas propias del derecho administrativo”, es decir, a las órbitas de creación normativa correspondientes al Estado Nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en sus respectivos ámbitos de competencia.

Desde luego, la mención da a entender que el no acatamiento de las decisiones judiciales por parte de las autoridades públicas tiene alguna relevancia.

Ahora bien, si sobre esa base lo que se pretende delegar es la posibilidad de establecer un régimen especial que entre sus consecuencias no incluya sanciones conminatorias, se estaría habilitando la creación de un marco desigual que exima a las autoridades públicas de las consecuencias que la legislación nacional establece para similares incumplimientos en los que incurran los particulares.

Si, en cambio, este agregado que realiza el Poder Ejecutivo Nacional no genera excepciones a la regla general del primer párrafo del artículo, sino que solo delega en el derecho administrativo la reglamentación del instituto de las *astreintes* para el supuesto de inobservancia en que incurran las autoridades públicas frente a las decisiones judiciales, entonces la inserción parece adecuada.

De todos modos, resulta conveniente que, en términos de técnica legislativa, se esclarezca debidamente su alcance. Así, considerando que la regla prevista en el primer párrafo del artículo debería regir también ante el incumplimiento de autoridades públicas, podría despejarse cualquier ambigüedad estableciendo que “las sanciones conminatorias que se impongan por inobservancia de los mandatos judiciales impartidos a las autoridades públicas podrán ser reglamentadas por las normas del derecho administrativo en cuanto a los sujetos sobre los que se aplican, los criterios para determinar su cuantía y las modalidades de ejecución. La ausencia de reglamentación no obsta a la aplicación de lo previsto en el párrafo primero.”

E) A modo de síntesis:

Las modificaciones que el Proyecto introduce respecto de la cláusula penal resultan atinadas en cuanto mejoran el estilo de redacción. No obstante ello, se recomienda cambiar la denominación “obligación con cláusula penal” que se emplea tanto en el título de la Sección 5ª como en el art. 801, en virtud de las razones que se brindaran al comentar este último.

También se aprecian como adecuados los cambios que el Proyecto hace tanto al suprimir el supuesto previsto en el actual art. 664 del Código Civil, como al incorporar la nueva excepción al principio de accesoriedad que se menciona en el art. 801 *in fine* y, finalmente, al agregar en el art. 803 una connotación temporal necesaria para la correcta aplicación de otra de las excepciones a la accesoriedad.

En cuanto a las sanciones conminatorias, sería recomendable dar mayor precisión a la inserción que realiza el Poder Ejecutivo Nacional al final del art. 804, de modo que no quede lugar a dudas respecto de cuál es el marco de delegación que se efectúa en el derecho administrativo frente a los incumplimientos de mandatos judiciales por parte de las autoridades públicas.

Más allá de ello, y teniendo en cuenta el cambio legislativo trascendental que implica la modificación de un Código Civil, sería conveniente emplear un mejor criterio metodológico al momento de distribuir, dentro de todo el cuerpo normativo, las disposiciones relativas a los dos institutos analizados aquí. En tal sentido, deberían considerarse las observaciones que la doctrina realizara sobre el método empleado en el actual Código de Vélez Sarsfield.