



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Enrique Urdaneta Fontiveros

LA CLÁUSULA PENAL EN EL CÓDIGO CIVIL VENEZOLANO

Serie Estudios

99

OTRAS OBRAS DEL AUTOR

- Papeles Comerciales (1991)
- Problemas de Orden Jurídico que Suscita la Publicación Técnica sobre Reestructuración del Patrimonio Ajustado por Efectos de la Inflación (2000)
- Estudios de Derecho Inmobiliario Registral (2003, 2006 y 2010)
- La Venta de la Cosa Ajena (2005)
- El Retracto Convencional y el Retracto Legal (según el Código Civil Venezolano) (2006)
- Saneamiento y Evicción (2006)
- Vicios Redhibitorios y Saneamiento (2007)
- El Error, el Dolo y la Violencia en la Formación de los Contratos (2009)
- Las Arras en la Contratación (2010)



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Enrique Urdaneta Fontiveros

**LA CLÁUSULA PENAL
EN EL CÓDIGO CIVIL
VENEZOLANO**

Serie Estudios

99

Caracas, 2011

U3

Urdaneta Fontiveros, Enrique

La cláusula penal en el Código Civil venezolano / Enrique Urdaneta Fontiveros.-- Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2011.

p. 338

Serie Estudios, 99

ISBN: 978-980-6396-86-9

Depósito Legal: lf53720113403157

1. DERECHO CIVIL 2. CONTRATOS 3. CLÁUSULA PENAL
4. OBLIGACIONES I. Título

QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTE LIBRO,
SIN LA AUTORIZACIÓN ESCRITA DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

Depósito legal: 978-980-6396-86-9

ISBN: lf53720113403157

© Copyright 2011

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Irene de Valera - Editor

Avenida Universidad, Bolsa a San Francisco,

Palacio de las Academias

Caracas 1121 -A

Teléfonos: (0212) 482.88.45 - 482.86.34

Fax: (0212) 483.26.74

e-mail: acienpoli@cantv.net

Página Web: www.acienpol.org.ve

Biblioteca “Andrés Aguilar Mawdsley”

Telefax: (0212) 481.60.35

e-mail: acienpol@cantv.net

Sistema de Cooperación Jurídica: www.scjuridica.org.ve

Centro de Investigaciones Jurídicas

Teléfono: (0212) 377.33.58

Proyecto Ulpiano: www.ulpiano.org.ve

Diseño de portada: Evelyn Barboza V.

Diagramación, composición y montaje por: Oralía Hernández

en letra Times New Roman 12. Interlineado Exacto 14

Impresión: Editorial Torino, C.A.

La edición consta de 500 ejemplares

LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES HACE CONSTAR QUE LAS PUBLICACIONES QUE PROPICIA ESTA CORPORACIÓN SE REALIZAN RESPETANDO EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBRE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO; PERO DEJA CONSTANCIA EXPRESA DE QUE ESTA ACADEMIA NO SE HACE SOLIDARIA DEL CONTENIDO GENERAL DE LAS OBRAS O TRABAJOS PUBLICADOS, NI DE LAS IDEAS Y OPINIONES QUE EN ELLAS SE EMITAN.

*Individuos de Número de la
Academia de Ciencias Políticas y Sociales*

*Junta Directiva
2011-2012*

Presidente	Dr. <i>Enrique Lagrange</i>
Primer Vicepresidente	Dr. <i>Luis Cova Arria</i>
Segundo Vicepresidente	Dr. <i>Eugenio Hernández-Bretón</i>
Secretario	Dr. <i>Gabriel Ruan Santos</i>
Tesorero	Dr. <i>Humberto Njaim</i>
Bibliotecario	Dr. <i>Jesús Ramón Quintero</i>

Luis Ugalde	James Otis Rodner
José Guillermo Andueza	Ramón Escovar León
Aristides Rengel Romberg	Román J. Duque Corredor
José Muci-Abraham	Luis Ignacio Mendoza
Enrique Urdaneta Fontiveros	Carlos Ayala Corao (e)
Alberto Arteaga Sánchez	Gonzalo Parra Aranguren
Francisco López Herrera	Alberto Baumeister Toledo
Pedro Nikken	Emilio Pittier Sucre
Allan Randolph Brewer-Carías	Gustavo Planchart Manrique
Tomás Enrique Carrillo Batalla	Alfredo Morles Hernández
Humberto Romero-Muci	Carlos Leáñez Sievert
Hildegard Rondón de Sansó	Luis Guillermo Govea U., h
Gonzalo Pérez Luciani	Luis H. Farías Mata
Josefina Calcaño de Temeltas	Oscar Hernández Álvarez
Enrique Tejera París	Fortunato González Cruz
René De Sola	Luis Napoleón Goizueta H.

A mi padre político José Antonio Cordido-Freytes, también padre en el afecto
A mi Maestro y amigo, José Mélich-Orsini
In memoriam

ÍNDICE

PRÓLOGO	17
----------------------	----

CAPÍTULO I NOCIONES GENERALES

1. INTRODUCCIÓN	21
2. IDEA Y FINALIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL	21
3. CONCEPTO	24
a) Definición legal	24
b) Examen de algunas definiciones de la doctrina	27
c) Precisiones terminológicas	28
4. FUNCIONES DE LA CLÁUSULA PENAL	30
a) Función compulsiva	30
b) Función indemnizatoria	32
c) Funciones de la cláusula penal según el Código Civil venezolano	34
c-1) Función resarcitoria	34
c-2) Función compulsiva	37
c-3) Función indemnizatoria	38
c-4) Otras funciones	39
5. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA CLÁUSULA PENAL	40
6. UBICACIÓN DE LA MATERIA EN EL CÓDIGO CIVIL	42

CAPÍTULO II CLASIFICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

1. CLÁUSULA PENAL COMPENSATORIA Y	
CLÁUSULA PENAL MORATORIA	45
a) Criterio de distinción	45
b) En caso de duda ¿debe entenderse que la cláusula penal es compensatoria o moratoria?	48
2. OTRAS MODALIDADES	50

CAPÍTULO III ELEMENTOS DE LA CLÁUSULA PENAL

1. SUJETO ACTIVO Y PASIVO.....	55
2. CAPACIDAD Y PODER.....	57
3. OBJETO DE LA CLÁUSULA PENAL	58
a) Requisitos que debe llenar el objeto.....	58
b) La pena puede consistir en una obligación de dar, hacer o no hacer.....	60
c) <i>Quid iuris</i> respecto de la estipulación que consiste en la pérdida o caducidad de un derecho.....	62
d) ¿Reviste el carácter de cláusula penal la pérdida de los pagos efectuados en virtud de un contrato que se resuelve por pacto comisorio?	63
e) Otras variantes de la prestación penal	64
f) Modalidades de la pena	65
4. FUENTE DE LA CLÁUSULA PENAL	65
5. CAUSA.....	69
6. FORMA	70
7. ¿CUÁNDO DEBE PACTARSE LA CLÁUSULA PENAL?.....	73

CAPÍTULO IV CARACTERES DE LA CLÁUSULA PENAL

1. LA CLÁUSULA PENAL ES ACCESORIA	77
---	----

a) Significado de la accesoriedad.....	77
b) Consecuencias	79
b-1) La extinción o nulidad de la obligación principal produce la extinción o nulidad de la cláusula penal	79
b-2) La cesión del crédito garantizado con cláusula penal produce la cesión de la cláusula penal	82
b-3) Las modalidades que afectan la obligación principal inciden sobre la cláusula penal	83
b-4) Prelaciones y garantías de la obligación principal.....	83
2. LA CLÁUSULA PENAL ES SUBSIDIARIA	84
3. ¿TIENE CARÁCTER CONDICIONAL?	85
4. LA CLÁUSULA PENAL ES PREVENTIVA	88
5. LA CLÁUSULA PENAL ES INMUTABLE.....	88
a) Significado de la inmutabilidad.....	88
b) Fundamento	89
c) Evolución histórica y legislación comparada.....	89
d) La inmutabilidad de la pena en el Código Civil venezolano... 94	
d-1) Consagración legal.....	94
d-2) Excepciones	95
d-3) Reducción de la pena en caso de cumplimiento parcial de la obligación.....	97
1. Disposición legal.....	97
2. Fundamento.....	97
3. Principios que rigen la reducción.....	98
a) La reducción sólo procede en caso de cumplimiento parcial	98
b) El cumplimiento parcial requiere la aceptación por parte del acreedor	99
c) El cumplimiento parcial debe ser útil para el acreedor	99
d) La reducción se aplica tanto a las cláusulas penales compensatorias como a las moratorias.....	100
e) Sólo procede cuando la ejecución parcial se realiza antes de la mora del deudor	101

f) La reducción de la pena en caso de ejecución parcial no procede si así lo han convenido las partes.....	102
g) La reducción de la pena debe ser solicitada por el deudor.....	103
h) La autoridad judicial tiene la facultad, pero no el deber de reducir la pena.....	104
i) El juez tiene un poder discrecional para determinar la cuantía de la reducción.....	105
j) Protección especial del comprador en algunos contratos de venta a plazos.....	108
d-4) La cláusula penal insuficiente.....	108
d-5) Conclusión.....	110

CAPÍTULO V DIFERENCIAS ENTRE LA CLÁUSULA PENAL Y OTRAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

1. CLÁUSULA PENAL Y OBLIGACIÓN ALTERNATIVA.....	111
2. CLÁUSULA PENAL Y OBLIGACIÓN FACULTATIVA.....	112
3. CLÁUSULA PENAL Y OBLIGACIÓN CONDICIONAL.....	114
4. CLÁUSULA PENAL Y FIANZA.....	114
5. CLÁUSULA PENAL Y SIMPLES CLÁUSULAS DE REGULACIÓN CONVENCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	115
6. CLÁUSULA PENAL Y CLÁUSULAS EXONERATIVAS Y LIMITATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	117
7. CLÁUSULA PENAL E INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS FIJADA POR EL JUEZ.....	122
8. CLÁUSULA PENAL E INTERESES MORATORIOS.....	123
9. CLÁUSULA PENAL Y ARRAS PENALES.....	126
10. CLÁUSULA PENAL Y MULTA PENITENCIAL.....	128
11. CLÁUSULA PENAL Y PRENDA IRREGULAR.....	129
12. CLÁUSULA PENAL Y CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA (<i>pacto comisorio</i>).....	131
13. CLÁUSULA PENAL Y CLÁUSULA DE VALOR.....	135

CAPÍTULO VI LA CLÁUSULA PENAL Y LA PROHIBICIÓN DE LA USURA

1. INTRODUCCIÓN.....	137
2. LA CLÁUSULA PENAL Y EL COBRO DE INTERESES USURARIOS.....	137
3. LA CLÁUSULA PENAL Y LOS CONTRATOS USURARIOS	144

CAPÍTULO VII CONDICIONES DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

1. INTRODUCCIÓN.....	151
2. CARÁCTER CULPOSO DEL INCUMPLIMIENTO.....	156
3. CONSTITUCIÓN EN MORA	156

CAPÍTULO VIII EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL

1. EL DERECHO DE OPCIÓN DEL ACREEDOR.....	163
a) Consagración legal	163
b) Carácter irrevocable.....	163
2. EL DERECHO A EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL	165
a) Procedencia	165
b) Prohibición de acumular el cumplimiento de la obligación principal y la pena.....	167
b-1) Disposición legal.....	167
b-2) Fundamento.....	168
b-3) Defensas del demandado.....	168
b-4) Excepciones a la prohibición del cúmulo	169
3. EL DERECHO A EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA	171
a) El carácter “ <i>forfetario</i> ” de la liquidación del daño realizada con la cláusula penal	172
b) Acumulación de pena moratoria y compensatoria	174

c)	¿ <i>Quid iuris</i> respecto de la acumulación de la pena y la indemnización de los daños y perjuicios?	175
d)	Acumulación de pena moratoria e intereses moratorios.....	177
e)	Acumulación de pena e intereses retributivos	177
f)	¿Procede el pago de intereses por la mora en el pago de las cantidades de dinero adeudadas por concepto de cláusula penal?.....	178
g)	¿ <i>Quid iuris</i> respecto de la indexación de las cantidades adeudadas por concepto de cláusula penal	180
4.	EL DERECHO A PEDIR LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.....	183
a)	Procedencia.....	183
b)	Extensión de la indemnización de los daños y perjuicios en caso de resolución cuando se ha estipulado una cláusula penal.....	186
5.	PLURALIDAD DE DEUDORES O ACREEDORES	190
a)	Observación preliminar	190
b)	Pluralidad de deudores	191
	b-1) Obligación principal indivisible y pena divisible	191
	b-2) Obligación principal divisible y pena indivisible	192
	b-3) Pena indivisible.....	193
	b-4) Pena solidaria.....	194
c)	Pluralidad de acreedores.....	195
	c-1) Obligación principal divisible y pena divisible	195
	c-2) Obligación principal divisible y pena indivisible	195
	c-3) Obligación principal indivisible y pena divisible	196
d)	Pluralidad de deudores y acreedores	197

CAPÍTULO IX EXTINCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

1.	EXTINCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL POR VÍA DE CONSECUENCIA	199
2.	EXTINCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL POR VÍA PRINCIPAL.....	202
a)	Introducción.....	202
b)	Remisión de la pena.....	203

b-1) Principios generales	203
b-2) Problemas que suscita la remisión tácita de la pena	203
b-3) ¿Qué efectos produce la remisión de la pena?	205
c) Prescripción	207

CAPÍTULO X
LA CLÁUSULA PENAL SEGÚN
LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT

1. INTRODUCCIÓN	209
2. UTILIZACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL	210
3. PAGO ESTIPULADO PARA EL CASO DE INCUMPLIMIENTO	211
a) Disposición general	211
b) Campo de aplicación del artículo 7.4.13 de los Principios....	212
c) Validez de la cláusula penal.....	213
d) Objeto	213
e) Carácter culposo del incumplimiento.....	214
f) Carácter “ <i>forfetario</i> ” de la liquidación del daño indemnizable prevista por las partes.....	214
g) Reducción proporcional de la pena en caso de ejecución parcial del contrato	215
h) Posibilidad de reducir la cláusula penal excesiva.....	215
i) ¿ <i>Quid iuris</i> respecto del aumento judicial de la pena?	218
j) Cláusula penal y otras cláusulas similares.....	219
 BIBLIOGRAFÍA	 221

PRÓLOGO

El presente trabajo tiene el propósito de ofrecer una visión jurídica analítica y sistemática de la cláusula penal a través del examen del régimen jurídico que nuestro Código Civil nos ofrece al respecto, así como de las consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre la materia. La importancia fundamental de este mecanismo de protección del crédito, la utilización cada vez mayor de la cláusula penal en la contratación y la carencia de un tratamiento monográfico unitario del tema en nuestro Derecho fueron las principales razones que me llevaron a acometer este estudio.

El trabajo consta de diez capítulos.

En el primero de ellos, conjuntamente con el concepto de cláusula penal, se aborda la problemática de las funciones que ella cumple, porque ambas nociones se hallan íntimamente entrelazadas. Este capítulo se dedica también a analizar las reglas que gobiernan la interpretación de la cláusula penal, así como la ubicación de la materia en nuestro Código Civil.

Debido a que la cláusula penal puede estipularse como compensación por los daños y perjuicios causados por la inexecución definitiva de la obligación principal, o como resarcimiento por el simple retardo, en el capítulo segundo nos referimos a la cláusula penal compensatoria y a la cláusula penal moratoria, incluyendo los criterios rectores para determinar en caso de duda si las partes han querido contemplar una cláusula penal compensatoria o moratoria. Por cuanto las previsiones de las partes pueden tener contenidos muy diversos, se examinan igualmente otras modalidades que pueden presentarse de acuerdo con el modo de pactarse la cláusula penal.

Para la doctrina moderna, la cláusula penal más que una obligación accesoria es un *negocio jurídico* accesorio que, como todo negocio jurídico, tiene sus elementos estructurales propios. Siguiendo esta tendencia, en el capítulo tercero examinamos los elementos constitutivos de esta figura, a saber, los sujetos, el objeto, la fuente, la causa y la forma de la cláusula penal, señalando las diferencias fundamentales con el negocio principal del cual depende.

En el capítulo cuarto se acomete el estudio de los caracteres que sirven para conceptualizar la cláusula penal lo que es fundamental para la comprensión del régimen jurídico general de este instituto.

Como la cláusula penal presenta en su estructura y funcionamiento algunas semejanzas con otras figuras de las que conviene diferenciarla, en el capítulo quinto resaltamos las diferencias teóricas que separan a la cláusula penal de otros vínculos con los cuales puede llegar a confundirse.

En el capítulo sexto se examina si es posible aplicar, independientemente de que las partes hayan tratado o no de simular una estipulación usuraria, las disposiciones represivas de la usura cuando la pena posea una cuantía excesiva. Como dentro de las estipulaciones usurarias la doctrina engloba las estipulaciones sobre intereses usurarios y los contratos usurarios propiamente dichos, nos referimos a la eventual aplicación de las disposiciones que prohíben la usura en uno y otro casos.

En el capítulo séptimo respondemos a la pregunta ¿cuándo es exigible la cláusula penal? Examinamos pues las condiciones de aplicación de la cláusula penal, es decir, los requisitos que deben concurrir para que el acreedor tenga el derecho a reclamar la pena, a saber, el carácter culposo del incumplimiento y la constitución en mora del deudor.

Reunidos los requisitos que hacen exigible la cláusula penal, se producen importantes consecuencias jurídicas. El acreedor puede a su elección exigir el cumplimiento de la obligación principal o el pago de la pena estipulada (*derecho de opción*); pero no puede, al menos en principio, reclamar ambas a la vez (*principio de no acumulación*). En el

capítulo octavo analizamos estos efectos y las distintas situaciones que pueden presentarse. A fin de proceder sistemáticamente, nos referimos en ese capítulo, en primer lugar, a los efectos generales de la cláusula penal cuando la pena es debida por un solo deudor a un solo acreedor y, en segundo término, a las consecuencias particulares que ella determina cuando los sujetos activos o pasivos son varios.

El capítulo noveno está dedicado al estudio de los medios de extinción de la cláusula penal, tanto cuando ella se extingue por vía de consecuencia al extinguirse la obligación principal a la cual accede, como cuando dicha extinción se produce por causas propias de la cláusula penal. Completa este capítulo un examen de algunas peculiaridades que reviste la extinción de la cláusula penal considerada en sí misma, especialmente en lo concerniente a la remisión de la pena y a la prescripción de la acción para exigir su cumplimiento.

Por último, como la frecuencia con que se acude a la cláusula penal en la contratación internacional es cada vez mayor, en el capítulo décimo examinamos las reglas aplicables a los pagos estipulados para el caso de incumplimiento que consagran los *Principios de Unidroit*.

Para la preparación de este trabajo, además de la doctrina y la jurisprudencia nacionales, la doctrina y la jurisprudencia francesas, italianas, españolas y argentinas nos han sido particularmente útiles, tanto para el estudio de los principios generales que gobiernan la cláusula penal, como para el enfoque de los problemas particulares que suscita esta figura jurídica.

Por lo que respecta al estilo empleado en la preparación de este trabajo, debo decir que siempre he pensado que para comprender un libro e interpretar a su autor, se debe dialogar con él. Razón tuvo Ortega y Gasset cuando afirmó que la palabra escrita no es más que un subrogado de la palabra hablada. Motivado por esta reflexión, he pretendido en esta obra hablar como lo hago cuando dialogo, aunque haya tenido que utilizar en esta ocasión el lenguaje escrito. Aspiro pues que lo que escribo sea entendido aun por quienes se enfrenten con este libro sin tener conocimientos previos sobre la materia.

Al publicar esta obra con la exposición de nuestros puntos de vista sobre la cláusula penal, nos anima el contribuir, aunque sea en pequeña medida, al enriquecimiento de la literatura jurídica nacional lo que —dicho sea de paso— es un deber que tiene todo profesional del Derecho. Aspiramos igualmente a que este trabajo sirva de guía para los que quieran reflexionar más y mejor sobre las cuestiones específicas que plantea este instituto.

Por último, deseo expresar mi agradecimiento a los distinguidos colegas con quienes discutí estos temas. Entre ellos incluyo especialmente a mis amigos, el profesor Enrique Lagrange y el recientemente fallecido profesor José Mélich-Orsini, por el gran valor de sus observaciones a este trabajo. Igualmente agradezco a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales por la edición y publicación de esta obra.

Caracas, julio de 2011

Enrique Urdaneta Fontiveros

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES

1. INTRODUCCIÓN

Con frecuencia se conviene en los contratos que para el caso de incumplimiento o de retardo, el deudor se compromete a pagar al acreedor una suma determinada de dinero, o a entregarle una cosa o a ejecutar un hecho. Esta obligación que se asume no solamente para garantizar el cumplimiento de lo pactado sino, además, para prefijar anticipadamente los daños y perjuicios ocasionados, se conoce en la legislación y en la doctrina con el nombre de *cláusula penal*. Sus aplicaciones son numerosas y constantes en diversos contratos como la compra-venta, el contrato de suministro, el contrato de obra, el contrato de transporte, el convenio de sindicación de acciones, etc.¹.

2. IDEA Y FINALIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

Un derecho de crédito puede ser garantizado por diferentes medios: por la intervención de un tercero que se comprometa al cumplimiento de la obligación en determinadas circunstancias (fianza), o por la constitución de un derecho de naturaleza real sobre una cosa en forma de prenda o hipoteca que le otorgue al acreedor el derecho de perseguir en manos de los terceros el bien dado en garantía y obtener sobre su valor

¹ Cfr: MAGAZZÙ, Andrea: Voz “Clausola Penale” (Diritto Privato) en *Enciclopedia del Diritto*. Vol. VII. Arese Giuffrè. Milano, 1960. § 3. Consultada en versión electrónica (DVD); GALGANO, Francesco: *Il Contratto*. Cedam. Padova, 2007. p. 512.

la satisfacción de su crédito. Pero bien sea una garantía personal o real, el deudor necesita disponer de una cosa o recurrir a un tercero para poder ofrecer al acreedor una garantía del cumplimiento de su obligación. Ahora bien, es posible que el deudor no quiera o no pueda emplear ninguno de estos medios para asegurar el crédito, y entonces para reforzar el derecho de su acreedor puede obligarse por un nuevo vínculo jurídico a satisfacer una prestación en caso de incumplimiento de su obligación. Esta obligación accesoria establecida en garantía de la primera es la que se denomina cláusula penal, que deriva de la *stipulatio poenae* del Derecho romano².

La cláusula penal presenta la particularidad de ser un *medio de garantía* que no requiere la intervención de terceros ni la constitución de ningún derecho real para asegurar el cumplimiento de una obligación. Aunque la cláusula penal cumple una *función de garantía*, no atribuye al acreedor un derecho real de garantía³. Desde luego, nos referimos aquí a

2 ESPÍN CÁNOVAS, Diego: “La Cláusula Penal en las Obligaciones Contractuales” en *Revista de Derecho Privado*. Tomo XXX. Nº 348. Madrid, 1946. p.p. 145-146.

3 En la doctrina clásica italiana, Ravà incluye dentro de las garantías convencionales a las propias y verdaderas distinguiéndolas de otras que sólo por extensión merecen tal nombre y a las cuales denomina garantías convencionales impropias. Estas últimas, en criterio de este autor, más que constituir verdaderos derechos de garantía, se presentan como un mecanismo de refuerzo del crédito y actúan estimulando el cumplimiento de la obligación (RAVÀ, Adolfo: *Istituzioni di Diritto Privato*. Padova, 1938. p. 441). En la doctrina italiana moderna, Trabucchi coloca la cláusula penal entre los mecanismos de tutela del crédito y de garantía de las obligaciones, concretamente, como medio de refuerzo convencional del derecho al resarcimiento (TRABUCCHI, Alberto: *Istituzioni di Diritto Civile*. Edizioni Cedam. Padova, 2005. p.p. 735 y ss.). En la doctrina alemana, Enneccerus y Lehmann consideran que la cláusula penal debe incluirse dentro de los medios de aseguramiento de la obligación principal, es decir, entre los medios de garantía del crédito (ENNECCERUS, Ludwig y LEHMANN Henrich: “Derecho de obligaciones” (Primera Parte. Doctrina General) en ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martín: *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I. Vol. II. Traducción española con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1.954. p. 551). En la doctrina chilena, Somarriva Undurraga incluye la cláusula penal dentro de las cauciones personales (SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: *Tratado de las Cauciones*. Santiago de Chile, 1980. p. 9). La doctrina española en general ubica la cláusula penal dentro de las garantías de carácter personal. Por todos, véase: DÍEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. II. (Las Relaciones Obligatorias). Editorial Aranzadi. Pamplona, 2008. p.p. 456-457. En contra, en la doctrina española Rica Trías al igual que Rubino en la doctrina italiana, consideran la cláusula penal como un medio sancionatorio y no garantista. (ROCA TRÍAS,

la noción de *garantía* en sentido muy amplio para incluir cualquier modalidad de protección del crédito convenida por las partes que otorgue al acreedor una situación jurídica más favorable de la que le corresponde al acreedor quirografario⁴.

A diferencia de otras garantías, la estipulación de una cláusula penal no aumenta el número de patrimonios afectados al cumplimiento de la obligación (caso de la fianza), ni confiere al acreedor la ventaja de sujetar un bien determinado, sea mueble o inmueble, a la acción directa del acreedor para satisfacer su crédito (caso de la prenda o hipoteca). Tampoco le concede al acreedor ninguna preferencia para el cobro⁵. Pero constituye un poderoso estímulo para constreñir al deudor al cumplimiento de la obligación ante la amenaza que supone tener que pagar la pena cuyo monto suele ser superior a los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación principal.

Mediante la cláusula penal los sujetos de la relación obligatoria regulan las consecuencias del incumplimiento de manera tal de presionar

Encarna: “Rasgos básicos de la regulación española en materia de negocios de garantía”, en *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil* <coordinado por Ubaldo NIETO CAROL y José Ignacio BONET SÁNCHEZ>. Tomo I. Parte General y Garantías Personales. Civitas. Madrid, 1996. p.p. 134-136, con citas de Rubino). Mosset Iturraspe, en la doctrina argentina, coloca la cláusula penal dentro de los medios compulsivos para la satisfacción del crédito (MOSSET ITURRASPE, Jorge: *Medios Compulsivos en Derecho Privado*. Ediar. Buenos Aires, 1978. p.p. 73 y ss.). En la doctrina nacional, Morles Hernández afirma que cuando la cláusula penal es asumida por un tercero, se fortalece su función de garantía y da origen a una relación jurídica atípica de garantía de carácter personal (MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *Garantías Mercantiles*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2007. p.p. 72-74).

4 Cfr: AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *Derecho Civil IV. Contratos y Garantías*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2000. p. 17; MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *Ibidem*. p.p. 57-58.

5 Por lo cual, puede afirmarse que la cláusula penal produce una ampliación objetiva del débito, no de la responsabilidad patrimonial, aunque indirectamente también se puede entender que existe una agravación de la responsabilidad patrimonial del deudor, puesto que en última instancia la ejecución va a ser por un monto superior a la prestación que conforma el objeto de la obligación principal. Cfr: SANZ VIOLA, Ana María: *La Cláusula Penal en el Código Civil*. José María Bosch Editor. Barcelona, 1994. p. 17; AMORÓS GUARDIOLA, M.: “La Garantía Patrimonial y sus Formas” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, 1972. p.p. 560-592.

al deudor al cumplimiento. Por lo cual, la cláusula penal se traduce en una agravación de la posición del deudor incumpliente con respecto a lo establecido por la ley y, correlativamente, en una ventaja para el acreedor cuya posición resulta reforzada mediante su estipulación. Persigue pues una finalidad de garantía (*infra*, N° I,4).

3. CONCEPTO

a) *Definición legal*

El *Código Civil venezolano* define la obligación con cláusula penal en los siguientes términos:

“Hay obligación con cláusula penal cuando el deudor, para asegurar el cumplimiento de la obligación, se compromete a dar o a hacer alguna cosa para el caso de inejecución o retardo en el cumplimiento.” (art. 1.257)

Además el *Código Civil* trae la siguiente definición de la cláusula penal:

“La cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios causados por la inejecución de la obligación principal”. (art.1.258, primera parte).

Respecto de la definición legal del instituto objeto de nuestro estudio, caben las siguientes consideraciones de carácter general:

1) La palabra *cláusula* que emplea el Código Civil para definir a esta figura jurídica es impropia puesto que denota la idea de que ella está incluida en el negocio principal, lo que es inexacto puesto que la cláusula penal puede pactarse en el mismo contrato, o por separado, con anterioridad o posterioridad a la convención (*infra*, N° III,7). Es preferible por tanto emplear el vocablo *estipulación*.

2) Decir que la cláusula penal se establece “para asegurar el cumplimiento de una obligación” es igualmente incorrecto y constituye

simplemente un resabio del Derecho romano donde la *stipulatio poenae* cumplía la función de dar eficacia a las promesas que no eran obligatorias *iure civilis*. En nuestro ordenamiento, a diferencia de lo que ocurría en el Derecho romano, todas las obligaciones civiles están dotadas de eficacia coactiva, independientemente de que se les adicione o no una cláusula penal. No es, por tanto, la cláusula penal sino el Estado mediante la actuación de los órganos jurisdiccionales quien asegura el cumplimiento de las obligaciones⁶. De ahí que no cabe la interpretación literal del texto legal sino que la expresión objeto de análisis debe entenderse en el sentido de que la cláusula penal se estipula para *reforzar* el vínculo bajo la amenaza de la sanción que la estipulación de la pena convencional trae consigo; es decir, la cláusula constituye una amenaza accesoria que constriñe aún más al deudor a cumplir lo pactado⁷.

3) El artículo 1.257 establece en términos generales la función de garantía de la cláusula penal; en cambio, el artículo 1258 especifica mediante una interpretación auténtica del texto legal el contenido de esa tutela, o sea, cómo se concreta el refuerzo del crédito a que alude aquella disposición. En rigor, el artículo 1.258 no define sino que describe el contenido y los efectos del instituto objeto de nuestro estudio a que se contrae la primera disposición de la Sección VI que disciplina las obligaciones con cláusula penal.

4) De acuerdo con el texto legal, la cláusula penal no sólo tiene por finalidad asegurar (*rectius*: reforzar) el cumplimiento de una obligación (*función compulsiva*), sino que tiene igualmente por función fijar anticipadamente los daños y perjuicios derivados de la inejecución o retardo en el cumplimiento de la obligación principal (*función indemnizatoria*).

6 Cfr: HUC, T: *Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil*. Tome VII. París, 1892/1903. p. 488; MAZEAUD, H. L. y TUNC, A.: *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Tomo III. Vol. II. Traducción castellana de Luis Alcalá Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa y América. Buenos Aires, 1977. p. 135. De manera más acertada el artículo 165 del Proyecto franco-italiano de las Obligaciones y de los Contratos establece: “La cláusula penal es aquella por la cual una persona se obliga a alguna cosa en caso de incumplimiento o de retardo en el cumplimiento de su obligación”.

7 Cfr: WAYAR, Ernesto: *Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo II. Lexis Nexis. Buenos Aires, 2007. p. 86.

5) La definición legal señala que *el deudor* se sujeta a la cláusula penal, cuando no sólo puede estipularla el deudor sino igualmente un tercero (*infra*, N° III,1).

6) El objeto de la cláusula penal según la expresión del artículo 1.257 del Código Civil consiste en *dar o hacer alguna cosa*, lo que significa que la obligación que ella comporta puede ser de dar o de hacer. Sin embargo, como se indica poco más adelante, no existe inconveniente en que la cláusula penal consista en una obligación de no hacer, no obstante que la precitada disposición no lo diga expresamente (*infra*, N° III,3,b). Tal sería la cláusula contenida en la venta de un fondo de comercio por la que se estipulase que si el comprador no paga el precio se resolverá el contrato y no podrá él instalarse con un negocio del mismo ramo en una localidad determinada y por un período de tiempo determinado.

7) Aunque no lo diga el texto legal, el beneficiario de la cláusula penal puede ser el propio acreedor o un tercero en cuyo caso estaríamos en presencia de una estipulación a favor de tercero regida por el artículo 1.164 del Código Civil (*infra*, N° III,3,b).

8) Por ultimo, de acuerdo con la definición legal, no cabe duda de que la cláusula penal garantiza no sólo la ejecución de la obligación (*cláusula penal compensatoria*), sino también su cumplimiento oportuno (*cláusula penal moratoria*) (*infra*, N° III,1).

Por lo antes expuesto, precisando la definición legal, *entendemos por cláusula penal una estipulación accesoria a otra obligación, mediante la cual el deudor o un tercero se obliga a favor del acreedor o de un tercero a una determinada prestación, con el fin de reforzar el cumplimiento y de fijar el límite del resarcimiento en caso de inejecución o retardo de la obligación principal.*

A lo largo de este trabajo profundizaremos en cada uno de los puntos a que se contrae esta definición.

b) Examen de algunas definiciones de la doctrina

La doctrina, por su parte, ha propuesto muchas definiciones de la cláusula penal.

Así, Planiol y Ripert afirman que *“la cláusula penal es una liquidación convencional de los daños y perjuicios, que se hace a tanto alzado, dado que no se sabe de antemano cual será el daño real”*⁸.

De Ruggiero, por su parte, la define como *“la convención accesoria que las partes añaden a otra obligación (principal) para asegurar el cumplimiento y con la cual se promete una prestación especial a cargo del deudor en caso de incumplimiento o también de simple retardo”*⁹.

Ennecerus define así la figura: *“prestación, generalmente de carácter pecuniario, que el deudor promete como pena al acreedor para el caso de que no cumpla su obligación o no la cumpla del modo pertinente”*¹⁰.

Para Castán la cláusula penal es *“aquella obligación accesoria que las partes agregan a una obligación principal al objeto de asegurar el cumplimiento de esta, imponiendo a cargo del deudor una prestación especial (consistente por lo general en pagar una suma de dinero) para el caso de que incumpla su obligación o no cumpla de modo adecuado”*¹¹.

En la doctrina nacional Bernad Mainar ha definido la cláusula penal como *“la estipulación accesoria por la que las partes disponen que, en caso de inexecución o retraso en la ejecución de la obligación, el deudor queda obligado a cumplir una prestación determinada de dar (pago de una suma de dinero o entrega en propiedad de una cosa) o de hacer”*¹².

8 PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo VII. Traducción castellana de Mario Díaz Cruz. Cultural S.A. Habana, 1946. p. 178.

9 DE RUGGIERO, Roberto: *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo II. Traducción castellana de Ramón Serrano Suárez y José Santa-Cruz Teijeiro. Instituto Editorial Reus. Madrid, s.d. p. 157.

10 ENNECERUS, L., KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.* Tomo II. Vol. I. p. 197.

11 CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español Común y Foral*. Tomo III. Editorial Reus. Madrid, 1992. p. 202.

12 BERNAD MAINAR, Rafael: *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*. Tomo II. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 2006. p. 249.

Maduro Luyando y Pittier Sucre expresan que “*la cláusula penal es una obligación o estipulación accesoria mediante la cual las partes disponen que en caso de inejecución de la obligación o de retardo en la ejecución, el deudor se compromete a cumplir una determinada prestación de dar o de hacer*”¹³.

c) Precisiones terminológicas

Un somero examen de estas definiciones pone de manifiesto que a veces se hace referencia a “obligación” o “prestación”; en otras ocasiones se alude a “convenio, acuerdo o estipulación” y en otras se dice que la cláusula penal es “la compensación de los daños y perjuicios”.

En realidad, todo depende del punto de vista bajo el cual se examine el instituto objeto de nuestro estudio: bien como el convenio del cual surge la sanción; bien como el objeto del convenio, que es la obligación o la prestación pactada; bien como el efecto que va a producir ese convenio.

A nuestro modo de ver, de acuerdo con el texto del Código Civil se pueden establecer las siguientes distinciones:

Cláusula penal como estipulación que se añade a una obligación. Así, los artículos 1.257, 1.261 y 1.262 se refieren a “la obligación con cláusula penal”, y “De las Obligaciones con Cláusula Penal” es el título de la sección correspondiente a las disposiciones del Código Civil que regulan la materia.

Obligación principal es aquella para la que, en previsión de su posible incumplimiento, se pacta la cláusula penal; o si se quiere, la obligación reforzada con la pena o cuyo incumplimiento o retardo se sanciona con la pena. Así se deduce de la terminología empleada en los artículos 1.257 al 1.263 del Código Civil que aluden a la obligación principal, la obligación con cláusula penal o a la obligación contraída con cláusula penal.

13 MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*. Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2009. p. 937.

*Pena o pena convencional*¹⁴ puede designar tanto la obligación que se estipula como cláusula penal como la prestación que constituye el objeto de esa obligación la cual, como indicamos poco antes, puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa. Así, el artículo 1.257 se refiere a la prestación que conforma el contenido de la obligación estipulada como cláusula penal. El artículo 1.258 dice que el acreedor no puede exigir a un mismo tiempo la cosa (*rectius*: la obligación) principal y la *pena*. Y el artículo 1.260 autoriza a la autoridad judicial para disminuir la *pena* en caso de ejecución parcial de la obligación principal.

Aun cuando desde el punto de vista técnico-jurídico sea más exacto establecer las distinciones anteriores, hemos optado en el desarrollo de este trabajo por mantener la denominación cláusula penal para designar tanto la estipulación mediante la cual el deudor para asegurar el cumplimiento de la obligación se compromete a dar o hacer alguna cosa para el caso de inejecución o retardo en el cumplimiento, como la compensación de los daños y perjuicios causados por la inejecución de dicha obligación principal. Respetamos así la definición de la figura objeto de nuestro estudio que trae el Código Civil (artículos 1.257 y 1.258), así como la terminología consagrada por el uso forense. De esta manera,

14 Desde luego, que la pena sea convencional no quiere decir que la obligación reforzada con la pena lo sea; quiere decir sólo que convencionalmente se acuerda establecer la pena. Al respecto, véase: RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel: “Sobre la Cláusula Penal en el Código Civil” en *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XLVI. Fascículo I. Madrid, 1993. p. 516. Un sector de la doctrina considera la cláusula penal como una verdadera pena privada por el hecho de que su monto generalmente supera el monto del daño. En tal sentido, véase: MAZEAUD, Denis: *La Notion de Clause Pénale*. L.G.D.J. Paris, 1992. p.p. 319-320; MARGAZZÙ, Andrea: *op. cit.* § 2; TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale*. Giuffrè Editore. Milano, 1964. p.p. 141-143 y 151. En nuestro concepto, la pena a que se alude en el texto más que una pena privada es una sanción en el sentido de consecuencia del incumplimiento. Para un análisis de las diferencias entre pena privada y sanción como resarcimiento, véase: MESSINEO, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo VI. Traducción castellana de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1971. p. 571. En la mayoría de los países de Europa oriental, en cambio, se concibe la cláusula penal como una verdadera pena privada. Al respecto, véase: SANILEVICI, R.: “La Clause Pénale dans le Droit des Pays Socialistes” en *Revue International de Droit Comparé*. 1980. p.p. 675 y ss. Para un examen de la noción de pena privada y sus elementos caracterizadores, así como para una exposición de las tesis doctrinarias que asimilan la cláusula penal a una pena privada y aquellas que se oponen a esta asimilación, en la doctrina francesa, véase: MAZEAUD, Denis: *loc. cit.* p.p. 310-324.

además, se concibe la institución que nos ocupa como una convención dirigida a asegurar (*rectius*: reforzar) el cumplimiento de una obligación (principal) teniendo en cuenta, igualmente, las consecuencias del incumplimiento de esa obligación previstas por la ley (artículos 1.273-1.275), que la cláusula penal viene a modificar (artículos 1.258 y 1.276) (*infra*, N° VIII,3,a).

4. FUNCIONES DE LA CLÁUSULA PENAL

De acuerdo con la doctrina moderna, la cláusula penal cumple principalmente dos funciones: una función compulsiva y una función indemnizatoria.

a) *Función compulsiva*

La cláusula penal constriñe psicológicamente al deudor al pago de la obligación principal por el temor de ver agravada su responsabilidad en caso de incumplimiento. Es pues un recurso compulsivo diseñado para obligar al deudor a cumplir con lo convenido puesto que él sabe que si no cumple tendrá que satisfacer la pena que suele ser más gravosa que la obligación contraída¹⁵. La cláusula penal suele tener influencia

15 Cabe hacer notar, sin embargo, que a pesar de que la cláusula penal supone siempre alguna desventaja o perjuicio para el deudor, esto no quiere decir que desempeñe una *función punitiva* o represiva, ya que el Derecho moderno no admite las penas privadas y el *ius puniendi* queda reservado al Estado. Cfr: BOZZI, Aldo: Voz “Clausola Penale” en *Enciclopedia Giuridica Italiana*. Pubblicazione della Società Editrice Libreria, sotto la direzione di Pasquale Stanislao Mancini. Vol. XIII. Parte II. Milano, 1934. p. 211. Como indicamos poco antes, la pena que estudiamos en este trabajo no es una auténtica pena privada sino más bien una sanción en el sentido de consecuencia del incumplimiento. Como afirma Alpa, en la doctrina italiana, el carácter sancionatorio de la cláusula penal “se pone de manifiesto no tanto por su carácter afflictivo (característica propia de las penas impuestas por el Estado), esto es, por el mal que viene a sufrir el deudor incumpliente, sino más bien por la ventaja que le reporta al acreedor su función total e inexorablemente satisfactiva: Este tendrá efectivamente derecho a la prestación que conforma el objeto de la cláusula penal aun cuando el incumplimiento no le haya causado daño alguno” (ALPA, Guido: *Corso di Diritto Contrattuale*. Cedam. Padova, 2006. p. 566). Tampoco es, huelga decirlo, penal porque tenga que ver con la jurisdicción penal o con la libertad del deudor, procediendo el adjetivo empleado más bien de residuos históricos que enlazan, como afirma Kunt, con la *stipulatio poenae* del Derecho romano y con las penas privadas de carácter pecuniario (Kunt citado por RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel: *loc. cit.* p. 526).

decisiva para que el deudor cumpla con la prestación, toda vez que esta le resultará menos onerosa que el pago de aquella. Su finalidad es pues reforzar el vínculo contractual y estimular al deudor al cumplimiento de la prestación principal, toda vez que la cláusula penal le resultará más onerosa si optare por no cumplir.¹⁶

Cabe hacer notar, sin embargo, que si el monto de la pena estipulada es inferior al de la prestación prometida, la cláusula penal podría no representar un estímulo eficaz para el cumplimiento de la obligación principal¹⁷. No obstante, aún en esta hipótesis, si no existiera la cláusula penal el deudor podría más fácilmente eludir la condena de los daños y perjuicios y, además, se libera al acreedor de la prueba de la existencia de los daños y de su cuantía¹⁸.

Observación: Todas las citas de fragmentos en idiomas extranjeros que recojo en este trabajo son traducidas por mí en forma libre.

- 16 Cfr: DEMOGUE, René: *Traité des Obligations en Général*. Tome VI. Ed Rousseau. París, 1931. p. 480; DEMOLOMBE, C.: “Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général” (Tome III) en *Cours de Code Napoleon*. Vol. XXVI. París, 1870. p.p. 564-565; CARBONNIER, Jean: *Derecho Civil*. Tomo II. Vol. II (El Derecho de las Obligaciones y la Situación Contractual). Traducción española de Manuel M^a Zorrilla Ruiz. Editorial Bosch. Barcelona, 1971. p.p. 629-630; MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent y STOFFEL-MUNCK, Philippe: *Les Obligations*. Defrénois. París, 2005. p. 529; MARTY, Gabriel y RAYNAUD, Pierre: *Droit Civil*. Tome II. Premier volume (Les Obligations). Sirey. París, 1962. p. 591; MAZEAUD, Denis: *op. cit.* p.p. 85-87; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: “Les Effets de la Responsabilité” en Ghestin, Jacques: *Traité de Droit Civil*. (Les Obligations). Tome VI. L.G.D.J. París, 2001. p. 442; GIORGI, Jorge: *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*. Vol. IV. Traducción al castellano por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Editorial Reus. Madrid, 1929. p.p. 472-473; STOLFI, Nicola: “Le Obbligazioni in Generale” en *Diritto Civile*. Vol. III. Torino, 1932. p. 235; TORRENTE, Andrea: *Manuale di Diritto Privato*. Milano, 2007. p. 413; TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale.... cit.* p.p. 7 y ss.; MAGAZZÙ, Andrea: *loc. cit.*; TRABUCCHI, Alberto: *op. cit.* p. 735.
- 17 Cfr: DE CUPIS, Adriano: *op. cit.* p. 505; DE NOVA, Giorgio: Voz “Clausola Penale” en *Digesto delle Discipline Privatistiche (Diritto Civile)*. Vol. II. Unione Tipografico – Editrice Torinese. Torino, 1988. p. 379.
- 18 Como afirma Bianca “por su relativa independencia del daño, la cláusula penal le permite al acreedor evitar la incertidumbre de la cuantía en que se cifrará la indemnización de los daños y perjuicios, obviar las dificultades en la demostración de su existencia o su relación de causalidad con el incumplimiento, y agilizar el procedimiento para la ejecución forzosa fijando una cantidad que ha quedado (en mayor o menor medida) desligada de los daños reales que se puedan producir” (BIANCA, M.: *Diritto Civile*. Vol. V <La Responsabilità>. Milano, 1994. p.p. 221-222).

b) Función indemnizatoria

La cláusula penal tiene una función indemnizatoria puesto que fija y determina, por anticipado, los daños y perjuicios que deberán pagarse al acreedor en caso de inejecución o retardo, con lo cual se evita toda discusión ulterior relativa a la existencia de los daños y su cuantía. Sirve pues para dar una cifra sobre el monto de los daños y perjuicios, evitando discusiones futuras para determinar la cuantía de los mismos¹⁹. En fin, la cláusula penal comporta una determinación y liquidación preventiva efectuada por las partes de los daños y perjuicios que el incumplimiento de la obligación cause al acreedor²⁰.

Cabe hacer notar, sin embargo, que si bien la cláusula penal evita toda discusión relativa a la prueba de la existencia del daño y su monto, sería un error considerarla como una indemnización propiamente dicha, puesto que no se requiere que la cantidad fijada convencionalmente por las partes coincida con los daños y perjuicios realmente experimentados

19 Cfr. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri: *Curso Elemental de Derecho Civil*. Tomo III. Traducción castellana por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1960. p. 50; MARTY, Gabriel y RAYNAUD, Pierre: *loc. cit.*; RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean: *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*. Traducción castellana de Delia García. Daireaux. Tomo IV. Buenos Aires, 1964. p.p. 495-496; LAURENT, F.: *Principios de Derecho Civil*. Traducción castellana. Tomo XVII. Habana, 1.917. p.p. 455-456; DE PAGE, Henri: *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. Tome III. (Les Obligations - Seconde Partie). Bruylant. Bruxelles, 1.948/1952. p. 148.

20 Cabe hacer notar que en la doctrina italiana Trimarchi considera inadecuado el uso del término *liquidación* de los daños y perjuicios puesto que la cantidad fijada como monto de la pena no es líquida; por lo cual, mal puede hablarse de *preventiva liquidación del daño* porque puede ocurrir que la obligación de indemnizar daños y perjuicios no llegue a existir como, por ejemplo, en caso de incumplimiento no imputable al deudor, y si no es ni siquiera cierta la obligación, falta la posibilidad de que la misma sea líquida; pero adicionalmente, es posible la reducción de la pena en caso de ejecución parcial (artículo 1.260), con lo cual la cantidad acordada no es ya la que procede pagar (TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale...* cit. p.p. 53-54). Ciertamente, hablar de una liquidación preventiva de los daños y perjuicios es impropio puesto que la liquidación de los daños, al menos jurídicamente, va unida a un momento posterior a la producción del daño. Por ello nos parece más correcto caracterizar esta función de la cláusula penal como estimativa del daño o de previa determinación del daño, tal como lo hacemos en el texto. Cuando se dice que la cláusula penal constituye un mecanismo de *liquidación* preventiva del daño, no se está utilizando el término en su sentido técnico, sino más bien en su acepción en el lenguaje vulgar.

por el acreedor; además, normalmente se fijan estos daños por un monto superior a los daños previsibles y resarcibles según las disposiciones del Código Civil. Por lo cual, al no guardar relación con la existencia ni con la cuantía de los daños y perjuicios, la indemnización que la cláusula penal implica suele ser ficticia y arbitraria. De ahí que, en definitiva, sólo resulta adecuado hablar de una función indemnizatoria de la cláusula penal en un sentido amplio en cuanto persigue *resarcir* al acreedor de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento²¹.

Algunos autores han extremado la función compulsiva de la cláusula penal subestimando su función indemnizatoria²². Otros autores, en cambio, soslayan el aspecto compulsivo de la cláusula penal y se atienen principalmente a su función indemnizatoria²³.

Nosotros adherimos al criterio predominante en la doctrina moderna según el cual la cláusula penal cumple ambas funciones: es conmi-natoria y, además, indemnizatoria²⁴. La cláusula penal no sólo tiene por

-
- 21 *Cfr.* GASCA, Cesare Luigi: *Tratatto della Compra-Vendita Civile e Commerciale*. Vol. I. U.T.E.T. Torino, 1.915. p. 899; BORDA, GUILLERMO A.: *Tratado de Derecho Civil (Obligaciones)*. Tomo I. La Ley. Buenos Aires, 2008. p.p. 212-213; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1986. p. 162.
- 22 De Ruggiero llega a sostener, en ese sentido, que la cláusula penal tiene una única finalidad y una única función, que es la de reforzar el vínculo, suministrando al acreedor un medio de eficacia más intenso que la simple acción encaminada a la prestación. La liquidación anticipada del daño sería un aspecto accidental y de importancia secundaria. (DE RUGGIERO, Roberto: *op. cit.* Tomo II. p. 158-159). En el mismo sentido, en la doctrina clásica francesa, véase: DEMOLOMBE, C.: *op. cit.* Vol. XXVI. p.p. 564-565. En la doctrina francesa moderna, en la misma dirección, Denis Mazeaud afirma que “sólo aquellas cláusulas que revisiten un carácter preventivo, disuasivo y compulsivo de modo que constituyan una amenaza que garantice el cumplimiento de la obligación principal por parte del deudor pueden ser calificadas como cláusulas penales.” (MAZEAUD, Denis: *op. cit.* p. 86).
- 23 En tal sentido, en la doctrina francesa y belga, véase: PLANIOL, Marcel: *Traité Élémentaire de Droit Civil*. Tome II. París, 1.926. p.p. 99-100; RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean: *loc. cit.*; LAURENT, F.: *loc. cit.* En la doctrina italiana, véase, DE CUPIS, Adriano: *op. cit.* p. 506.
- 24 Al respecto, véase: JOSSERAND, Louis: *Derecho Civil*. Tomo II. Vol. I (Teoría General de las Obligaciones). Traducción castellana de Santiago Cunchillos y Manterola. Bosch y Cia Editores. Buenos Aires, 1950. p.p. 522-523; FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc y SAVAUX, Éric: *Droit Civil. Les Obligations. L'acte juridique*. Dalloz. París, 2006. p. 177; MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent y STOFFEL-MUNCK, Philippe: *loc. cit.*; ALPA,

finalidad asegurar el cumplimiento de una obligación sino que, además, tiene la función de prefijar anticipadamente los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la prestación principal²⁵. Así lo ha dejado establecido la jurisprudencia de nuestros tribunales²⁶.

c) Funciones de la cláusula penal según el Código Civil venezolano

c-1) Función resarcitoria

La cláusula penal en nuestro ordenamiento constituye una medida de reforzamiento del derecho del acreedor al resarcimiento.

Guido: *loc. cit.*; ZOPPINI, Andrea: *La Pena Contrattuale*. Giuffrè Editore. Milano, 1991. p.p. 105-113 y 184-188; GÓMEZ CALERO, Juan: *Contratos Mercantiles con Cláusula Penal*. Editorial Civitas. Madrid, 1983. p.p. 28-29; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *La Cláusula Penal*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1981. p. 7.

25 Al respecto, en la doctrina italiana, véase: MIRABELLI, Giuseppe: “Delle obbligazioni – Dei contratti in generale” en *Commentari del Codice Civile*. U.T.E.T. Torino, 1980. p. 335. En el mismo sentido Barassi afirma que no puede explicarse la cláusula penal por su solo carácter compulsivo o indemnizatorio, sino por ambos, que ponen de manifiesto la fisonomía de la institución. De ahí que, excepcionalmente, pueda desaparecer uno u otro rasgo característico de la cláusula penal, sin que ella resulte por ello completamente desvirtuada (BARASSI, Ludovico: *La Teoria Generale delle Obbligazioni*. Vol. III. Giuffrè Editore. Milano, 1948. p. 480). Siguiendo la misma orientación, Alpa expresa que “ambas funciones de la cláusula penal – la resarcitoria y la sancionatoria – son perfectamente conciliables y actúan en un mismo plano puesto que tal como lo ha dejado establecido la Casación italiana en sentencia de fecha 20 de julio de 2000, al pactar una cláusula penal los contratantes disciplinan los efectos del incumplimiento de modo diverso de lo previsto por la ley conviniendo en una liquidación preventiva y anticipada del daño. Pero esto no impide en modo alguno que dicha cláusula pueda revestirse también de una función punitiva, porque su estipulación contenga una sanción por el incumplimiento consistente en una prestación que la parte incumpliente deberá realizar en beneficio del acreedor, independientemente del daño que este último experimentó” (ALPA, Guido: *Ibidem* y la jurisprudencia de la Casación italiana allí citada). Zoppini, por su parte, pone de manifiesto que “a veces resulta difícil establecer una distinción clara entre la función compulsiva y la indemnizatoria de la pena; acaso el matiz cabe ponerlo así: cuanto más se independice la figura del régimen ordinario del resarcimiento, por su funcionamiento y por su cuantía, más pena será; cuanto más se vincule a la prueba de un daño que sería indemnizable en los casos ordinarios, y a una evaluación ajustada de la cuantía que se concedería, más nos aproximamos a ese espacio *proprio* del pacto indemnizatorio” (ZOPPINI, Andrea: *op. cit.* p.p. 240-241).

26 Sentencia del 03-06-1980 en Ramírez & Garay. Tomo LXIX. p. 169; Sentencia del 03-12-1963 en Jurisprudencia de los Tribunales de la República. Vol. XI. p.p. 104-105; Sentencia del 26-09-1955 en Jurisprudencia de los Tribunales de la República. Vol. IV. Tomo I. p. 228.

La cláusula penal a que se refieren los artículos 1.257 al 1.262 y el artículo 1276 constituye, en esencia, un negocio resarcitorio; es, como dice la ley, una garantía —en el más amplio sentido de esta expresión— de los daños y perjuicios para el caso de incumplimiento. El artículo 1.258, al referirse a la cláusula penal, la define como “la compensación de los daños y perjuicios (que experimenta el acreedor) por el incumplimiento de la obligación principal”. Se trata pues de un mecanismo de “determinación (preventiva) de los daños y perjuicios” (Código Civil, artículo 1.276) que fijan las partes y que se aparta de las reglas generales que gobiernan el resarcimiento²⁷. Al servir de reforzamiento indirecto del crédito y de resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento culposo (carácter satisfactorio), la cláusula penal cumple una función de garantía y una función indemnizatoria²⁸. Las dos funciones, como se dijo, están una al lado de la otra; pero son completamente diferentes, puesto que la primera se pone de manifiesto durante la vida del negocio y con el objeto de obtener su ejecución; en cambio, la segunda presupone la inexecución y constituye un subrogado del cumplimiento (*id quod interest*)²⁹

La pena prevista como un mecanismo de determinación anticipada de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento puede ser superior o inferior al daño efectivamente causado. No importa. De nada servirá admitir y aún probar que no han existido daños, o que su cuantía es superior o inferior a la pena estipulada. Cuando el acreedor no prefiere exigir la ejecución de la obligación principal, no puede pedir a título de daños sino el importe de la pena que conforma el objeto de la cláusula penal.

Ahora bien, como en el caso de inexecución culposa la cláusula penal representa la medida del daño resarcible independientemente de la prueba concreta y efectiva de la existencia y del monto del mismo, el

27 Cfr: MAZEAUD, H.L. y J. y CHABAS, François: *Leçons de Droit Civil*. Tome II. Premier volume. (Obligations. Théorie Générale). Montchrestien. París, 1998. p.p. 771-772; STARK, Boris: *Droit Civil* (Obligations). París, 1972. p.p. 394-396.

28 Cfr: MESSINEO, Francesco: *Doctrina General del Contrato*. Tomo I. Traducción castellana de R.O. Fontanarosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra. Ediciones Ejea. Buenos Aires, 1952. p.p. 218-219; TRABUCCHI, Alberto: *op. cit.* p. 735.

29 Cfr: BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 211.

acreedor queda relevado de la carga de demostrar el *an* y el *quantum* del daño sin que le sea dable al deudor incumpliente exonerarse del pago de la pena³⁰. De donde resulta que ese instituto se configura como un poderoso estímulo a la ejecución en especie de la obligación principal debido al temor que produce en el deudor de verse constreñido, en caso de incumplimiento, a pagar la pena que suele ser superior al monto de los daños y perjuicios derivados de la inejecución de la obligación principal. La cláusula penal actúa pues como una medida compulsiva del cumplimiento contractual³¹.

En esencia, *la función de la cláusula penal es fundamentalmente de carácter resarcitorio*. A través de este mecanismo se garantiza el resarcimiento de los daños y perjuicios e indirectamente el cumplimiento de la obligación³². El derecho de crédito queda reforzado: al eximirse al acreedor de la carga de la prueba de la existencia y del *quantum* del daño, el derecho de crédito no queda expuesto a la suerte y a las vicisitudes del juicio y desaparece toda incertidumbre sobre la responsabilidad y la extensión de la reparación, con lo cual se logra un eficaz reforzamiento del vínculo obligatorio. Así concebida, la cláusula penal que disciplina nuestro Código Civil constituye una garantía del cumplimiento del contrato mediante la amenaza que representa para la parte incumpliente el pago de la pena; o, dicho de otro modo, con la estipulación de una cláusula penal los contratantes establecen preventivamente un instrumento de liquidación de los daños y perjuicios que puedan derivarse del incumplimiento del contrato.

En resumidas cuentas, las principales funciones que cumple la cláusula penal en nuestro ordenamiento son reforzar el vínculo por la

30 Al respecto, véase: Sentencia del 30-07-1997 en Ramírez & Garay. Tomo CXLIV. p.p. 37-38; Sentencia del 02-03-1959 en Jurisprudencia de los Tribunales de la República. Vol. VII. Tomo I. p.p. 716-717; Sentencia del 26-09-1955 en Jurisprudencia de los Tribunales de la República. Vol. IV. Tomo I. p. 228.

31 Este planteamiento lo comparte unánimemente la doctrina. Al respecto, por todos, véase: MAZEAUD, Denis: *loc. cit.*; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *loc. cit.*; TRABUCCHI, Alberto: *loc. cit.*; MESSINEO, Francesco: *Doctrina General.... cit.* Tomo I. p. p. 221-222; DE CUPIS, Adriano: *op. cit.* p.p. 504-505; DÍEZ-PICAZO, Luis: *op. cit.* Vol. I. (Las Relaciones Obligatorias). p. 457.

32 *Cfr.* BOZZI, Aldo: *op. cit.* p.p. 213-214.

amenaza que supone el pago de la pena, así como servir de mecanismo de liquidación anticipada de los daños y perjuicios resarcibles en caso de que el acreedor renuncie al cumplimiento en especie de la obligación principal.

Desde luego, por vía de excepción, la cláusula penal no cumple adecuadamente su función si las partes no calcularon adecuadamente el monto de los eventuales daños y perjuicios y el mismo sobrepasa considerablemente el valor de la pena estipulada, no pudiendo el acreedor obtener del deudor el cumplimiento en especie de la obligación principal. En tal caso la cláusula penal podría hasta estimular el incumplimiento puesto que al deudor probablemente le resulte económicamente más ventajoso incumplir que realizar la prestación debida. De donde resulta que el temor de pagar la pena constituye un poderoso estímulo para el cumplimiento y, por tanto, el crédito queda reforzado, pero esta función de la cláusula penal no se cumple cabalmente cuando el daño es liquidado preventivamente por una cuantía inferior al daño realmente experimentado.

c-2) Función compulsiva

La función compulsiva de la cláusula penal en nuestro ordenamiento resulta de las siguientes consideraciones:

a) Las partes pueden pactar una *cláusula penal cumulativa* que faculte al acreedor a exigir en caso de incumplimiento de la obligación principal, además de los daños y perjuicios derivados de la inejecución, el monto de la cláusula penal en cuyo caso el acreedor, demostrando los daños y su cuantía, obtendrá además del importe de estos, la pena estipulada. Es evidente que en este caso la cláusula penal no está destinada a indemnizar sino que su finalidad es compulsiva.

b) El deudor no puede pretender liberarse ejecutando una prestación menor que la fijada en la cláusula penal, así demuestre que el incumplimiento le causó daños menores al acreedor o que no le causó daño alguno (Código Civil, artículo 1.276). De aquí se sigue que la pena no pudo tener una finalidad indemnizatoria, sino fundamentalmente la de constreñir al deudor al pago.

c) Según un sector de la doctrina, una obligación natural puede contener como accesoria una cláusula penal³³; de aquí se sigue que la cláusula no puede tener en este caso una función indemnizatoria, porque por hipótesis, la obligación principal no es coactiva, precisamente por su carácter natural.

d) De acuerdo con un sector de la doctrina, el carácter compulsivo de la cláusula penal también se pone de manifiesto por la circunstancia de que la misma puede ser establecida a favor de un tercero (*infra*, N° III,1), en cuyo caso la función indemnizatoria de la cláusula penal aparece muy venida a menos, toda vez que el deudor es quien sufre el daño, pero el tercero es quien recibe la supuesta indemnización.

c-3) Función indemnizatoria

La *función indemnizatoria* de la cláusula penal en el Código Civil venezolano resulta de las siguientes circunstancias:

a) Según el artículo 1.258 del Código Civil la cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios causados por la inexecución de la obligación principal. En esta disposición se pone de relieve que la cláusula penal tiene una clara finalidad indemnizatoria.

33 Al respecto, véase, GORLA, Gino: *El Contrato*. Traducción castellana de José Ferrandis Vilella. Bosch. Barcelona, 1945. p. 291; GIORGIANNI, Michele: *La Obligación (Parte General de las Obligaciones)*. Traducción castellana de Evelio Verdera y Taells. Bosch. Barcelona, 1958. p. 44; WAYAR, Ernesto: *op. cit.* Tomo II. p. 89. Sin embargo, la mayoría de los autores se pronuncian en contra de la posibilidad de garantizar una obligación natural mediante una cláusula penal. Al respecto, véase: TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale.... cit. op. cit.* p.p. 35 y 36; MAGAZZÙ, Andrea: *op. cit.* § 3. En la doctrina nacional, Zambrano Velasco, Maduro Luyando y Pittier Sucre afirman que la cláusula penal no tiene efecto para asegurar el cumplimiento de una obligación natural. Debido a la falta de exigibilidad de la obligación natural, en criterio de estos autores, no puede tampoco exigirse el cumplimiento de la obligación accesoria (ZAMBRANO VELASCO, José Alberto: *Teoría General de la Obligación* <Parte General de las Obligaciones>. Caracas, 1985. p.p. 222-224; MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.* Tomo II. 939). En cambio, Mélich-Orsini parece adherir al criterio que admite esa posibilidad (MÉLICH-ORSINI, José: “La cláusula penal y sus efectos”. Transcripción de conferencia dictada en el marco de las Jornadas de Derecho celebradas en Maturín en el año 2000 y publicada en *Libro Homenaje a las X Jornadas Dr. Santiago Núñez Aristimuño*. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2000. p. 56).

b) De acuerdo con el artículo 1.260 del Código Civil, la autoridad judicial puede reducir el monto de la pena cuando la obligación principal se haya ejecutado en parte. Para un sector de la doctrina esta posibilidad de reducir la cláusula penal en caso de cumplimiento parcial de la obligación principal es un efecto de su carácter indemnizatorio³⁴.

c-4) Otras funciones

De acuerdo con las circunstancias del caso, en nuestro ordenamiento la cláusula penal *puede*, además, cumplir otras funciones:

a) Una *función satisfactiva* que podría darse en aquellos casos en los cuales la cláusula penal accede a deberes de carácter moral o no patrimonial; en estos casos, puede ser el instrumento legal para convertir esos deberes no patrimoniales en obligaciones jurídicas, de modo tal que, no cumplido el deber moral y tornándose exigible la cláusula penal, su ejecución tendrá la finalidad de satisfacer al acreedor por la inejecución de aquel deber. Por ejemplo, supongamos que A se comprometa a entregar a B una carta que sólo tiene para el un valor familiar. Si a esta obligación que no representa para A un interés económico, se le adjunta una cláusula penal, esta se convertiría en una obligación exigible. De la misma manera si dos personas se ponen de acuerdo para elaborar en forma conjunta apuntes de clases, bajo la pena de que si uno de ellos no trabaja o no presta la colaboración suficiente, deberá pagar al otro una determinada cantidad de dinero, este deber que no era jurídico puesto que no representaba para el acreedor un interés patrimonial, se convirtió en tal por obra de la cláusula penal³⁵.

34 Al respecto, véase: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *op. cit.* p. 10. A nuestro modo de ver, como esta disposición limita la posibilidad de reducción de la cláusula penal al supuesto de ejecución parcial de la obligación, ella más bien pone de manifiesto la falta de correspondencia que puede existir entre el daño y la reparación lo que, por lo demás, corrobora el artículo 1.276 del Código Civil según el cual cuando la determinación de los daños y perjuicios se hace bajo la fórmula de cláusula penal, no puede el acreedor pedir una cantidad mayor ni el deudor pretender que se le reciba una menor que la estipulada en la cláusula penal.

35 Cabe hacer notar, sin embargo, como afirma Bozzi, que “la cuestión de la patrimonialidad de la prestación no es, en realidad, lo que está en juego aquí puesto que no puede negarse a la prestación ese carácter cuando las partes por haber contemplado *in obligationem* una conducta con un contenido no patrimonial o moral, le han atribuido a esa conducta de modo

b) Una *función probatoria* ya que el acreedor puede exigir el cumplimiento de la pena sin necesidad de probar daño alguno (arg.: *ex art.* 1.276 del Código Civil)³⁶. El deudor no puede pretender liberarse de pagar la cláusula penal demostrando que no se ha producido daño alguno (*infra*, N° VIII,3,a). De ahí que la exigibilidad de la cláusula penal haga presumir el elemento daño³⁷.

5. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA CLÁUSULA PENAL

La cláusula penal resulta de la voluntad de las partes que debe manifestarse de manera clara e inequívoca. No puede presumirse la existencia de una cláusula penal.

Desde luego, no se requiere que las partes empleen expresiones sacramentales. Por lo tanto, no es indispensable que los contratantes utilicen la palabra cláusula penal o pena convencional. Bastan palabras

indirecto o preventivo, un carácter patrimonial mediante la estipulación de una cláusula penal. Ciertamente, uno de los requisitos de la prestación es que sea valorable económicamente; de no serlo, la prestación no es válida. Ahora bien, este requisito se satisface si los contratantes por haber contemplado como objeto de la obligación un deber de contenido extrapatrimonial, le han asignado, directa o indirectamente, un valor patrimonial, lo que sucede cada vez que la prestación no teniendo un contenido patrimonial se haya convenido como contrapartida de otra que sea valorable económicamente, o cuando el acreedor para asegurarse el cumplimiento de la prestación no valorable económicamente estipula una pena para el caso de incumplimiento ya que, en tales casos, la prestación adquiere en razón de la contraprestación convenida o la pena estipulada un carácter patrimonial” (BOZZI, Aldo: *op. cit.* p.p. 220-221). En el mismo sentido, véase: GIORGIANNI, Michele: *loc. cit.* Por lo cual, tal y como se indica en el texto, además de sus funciones propias, la cláusula penal puede cumplir otras, a saber, constituir un índice de la patrimonialidad de la prestación en aquellos casos en los cuales la prestación en sí misma considerada no sea valorable económicamente. Reconocemos, sin embargo, que la cuestión no está exenta de discusión por parte de la doctrina. Al respecto véase lo que exponemos en la nota 33 *ut supra*.

36 Al respecto, véase: Sentencia del 30-07-1997 en Ramírez & Garay. Tomo CXLIV. p.p. 37-38; Sentencia del 03-06-1982 en Ramírez & Garay. Tomo LXIX. p. 169; Sentencia del 08-02-1979 en Ramírez & Garay. Tomo LXIV. p. 185.

37 *Cfr.* TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *Droit Civil. Les Obligations*. Dalloz. París, 2005. p. 616; DE PAGE, Henri: *op. cit.* Tome III (Seconde Partie). p. 153. Un sector de la doctrina clásica italiana considera, en ese sentido, a la cláusula penal como un pacto relativo a la carga de la prueba. Al respecto, véase: BUTERA, Antonio: *Codice Civile Italiano. Obbligazioni*. Vol. I. Torino, 1943. p. 353; GHIRÓN, M.: “Della Clausola Penale e della Caparra” en *Commentario del Codice Civile (Obbligazioni)*. Vol. I. a cura di D’Amello e Finzi. Firenze, 1948. p.p. 537-538.

equivalentes, indicios o expresiones indirectas con tal que prueben de modo no dudoso e inequívoco la voluntad de los contratantes, sobre lo cual hay acuerdo pacífico en la doctrina³⁸.

La determinación de si la estipulación convenida por las partes para regular las consecuencias del incumplimiento constituye una cláusula penal es, en definitiva, una cuestión de hecho librada al poder soberano de apreciación de los jueces de instancia y que escapa a la censura de casación. Pero en todo caso el establecimiento de una cláusula penal no puede deducirse de una declaración de voluntad equívoca o inferirse de una voluntad presunta³⁹.

Por constituir una modificación al régimen normal y ordinario de la indemnización de los daños y perjuicios previstos en los artículos 1.273, 1.274 y 1.275 del Código Civil, la cláusula penal tiene que ser interpretada restrictivamente y no puede extenderse su aplicación a casos no previstos⁴⁰. Se trata de una manifestación del principio *favor debitoris*. Así lo admite pacíficamente la doctrina y la jurisprudencia extranjera: Como la cláusula penal es una estipulación que procura agravar la situación del deudor y hay que presumir que el deudor ha querido obligarse de la manera menos gravosa, en caso de duda, hay que preferir la interpretación que favorezca la libertad del deudor⁴¹. A la misma conclusión

38 Como expresa De Martini: “La cláusula penal, teniendo su fuente en la voluntad de las partes, debe resultar claramente del negocio” (DE MARTINI, Angelo: Voz “Clausola Penale” en *Giurisprudenza Comparata*. (Diritto Civile). Vol. IX. Milano, 1945. p. 64).

39 Lo expuesto en el texto no significa, por supuesto, negar la posibilidad de que la existencia de una cláusula penal resulte de una manifestación tácita de la voluntad de los contratantes, porque ella no es sinónimo de equívoca. Lo que se exige es una manifestación inequívoca de voluntad, pudiendo la misma resultar de una declaración expresa o derivar de una manifestación tácita. Cfr: PEIRANO FACIO, Jorge: *La Cláusula Penal*. Editorial Temis. Bogotá, 1982. p. 184.

40 Cfr: DE PAGE, Henri: *op. cit.* Tome III (Seconde Partie). p. 147; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *op. cit.* Tome VI. p. 465, especialmente, la nota 158 y la jurisprudencia francesa allí citada; GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 917, especialmente, la nota 2 y la jurisprudencia italiana allí citada.

41 En la doctrina argentina, véase: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *op. cit.* p.p. 21-22, especialmente, las notas 41 y 42, y la jurisprudencia argentina allí citada. En la doctrina uruguaya, véase: PEIRANO FACIO, Jorge: *op. cit.* p. 185, especialmente, la nota 11 y la jurisprudencia uruguaya allí citada. En nuestro medio se admite que, conforme a lo dispuesto en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, la búsqueda de la verdad impone

se llega mediante la aplicación de las máximas *exceptio est strictissimae interpretationis* y *odiosa sunt restringenda*⁴².

Debido a que la cláusula penal es objeto de interpretación restrictiva y debe ser inequívoca, cualquier duda debe resolverse en contra de su existencia o de su eficacia; si se pactó para un supuesto de incumplimiento no puede ser aplicada a otro distinto; si se duda si alcanza a un caso o no, debe entenderse que no; si se duda a qué tipo de incumplimiento se refiere, debe entenderse que la cláusula penal sólo alcanza al más grave de aquellos entre los que existe la duda; si se duda si cubre el incumplimiento por causa extraña no imputable, hay que concluir que no⁴³.

Por lo antes expuesto, en sus decisiones los jueces deben actuar con prudencia y aplicar la cláusula penal con suma precaución cuidándose de no extenderla a casos para los cuales no haya sido claramente prevista por las partes.

6. UBICACIÓN DE LA MATERIA EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil venezolano regula la cláusula penal en los artículos 1.257 al 1.262. Estas disposiciones están ubicadas en la Sección VI (“De las Obligaciones con Cláusula Penal”) del Capítulo III que bajo el rubro general “De las diversas especies de obligaciones” forma parte del Título III del Libro III.

Nuestro Código Civil siguiendo las directrices del Código Civil francés de 1804 y del Código Civil italiano de 1865 regula la cláusula penal cuando trata de las distintas especies de obligaciones⁴⁴. Considera

al intérprete preferir en caso de duda lo que satisfaga la libertad del deudor. Al respecto, véase: MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General del Contrato*. Cuarta Edición. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios. N° 61. Caracas, 2006. p.p. 420-422.

42 Cfr. MAZEAUD, Denis: *op. cit.* p. 328.

43 Cfr. ALBALADEJO, Manuel: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forenses*. (Dirigidos por Manuel Albaladejo). Tomo XV. Vol. II. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1983. p. 464.

44 El Código Napoleón al regular la cláusula penal (artículos, 1.226-1.233) entre las diversas especies de obligaciones no hizo sino recoger las enseñanzas de Pothier quien consideró que las obligaciones con cláusula penal eran una categoría especial de obligaciones, al igual que lo son las obligaciones condicionales, a término, alternativas, etc. Este criterio pasó

pues a las obligaciones con cláusula penal como una clase o modalidad especial de obligaciones.

Ahora bien, contrariamente a lo que pudiera hacerlo creer la ubicación de la materia en nuestra legislación civil, la obligación con cláusula penal no es una clase particular de obligaciones. Cualquier obligación de la clase que sea puede ser reforzada con una cláusula penal, sin que esta última altere la esencia o los caracteres de la obligación principal. Con la estipulación de una cláusula penal, la obligación a la cual dicha cláusula se refiere no altera su naturaleza ni asume una fisonomía propia.

Tampoco constituye la cláusula penal una modalidad de la obligación principal a la cual aquella se adjunta⁴⁵. La cláusula penal se configura como un negocio autónomo, con su propia causa y con unos particulares requisitos de forma y de fondo exigidos por la particular naturaleza jurídica de esta figura (*infra*, N° III). En el negocio jurídico cláusula penal, el incumplimiento (o el retardo) de la obligación principal constituye un elemento más, junto con el consentimiento requerido para dar vida a la cláusula penal. Mediante su estipulación las partes no hacen surgir ninguna modalidad particular de ejecución de las obligaciones que incida en el fin perseguido por las partes al celebrar el contrato al cual se adiciona dicha cláusula.

La cláusula penal, ya lo hemos dicho, es un medio de garantía, en el más amplio sentido de esta expresión, para reforzar el cumplimiento de las obligaciones; no una clase de obligación especial ni una modalidad particular de la obligación principal.

Pero adicionalmente si la cláusula penal constituye una determinación anticipada de los daños y perjuicios efectuada por los contratantes para el caso de inejecución o retardo en el cumplimiento de una obligación (*infra*, N° VIII,3,a), no hay razón para hacer de ella una categoría especial de las obligaciones puesto que con el mismo criterio podrían ser

luego al Código Civil italiano de 1865 (artículos, 1.209-1.216) de donde lo tomó el Código Civil venezolano de 1873 y los que le siguieron.

45 En contra, en la doctrina clásica italiana, véase: PACIFICI-MAZZONI, Emidio: *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*. Vol. V. Firenze, 1873. p. 83.

consideradas como otras tantas especies de obligaciones aquellas cuya liquidación de los daños y perjuicios en caso de inejecución es realizada por el juez o por la ley⁴⁶.

Por lo antes expuesto, de *iure condendo*, la regulación de la cláusula penal debe incluirse junto con los efectos del incumplimiento de las obligaciones como un aspecto de la indemnización de los daños y perjuicios o, alternativamente, entre los medios que buscan reforzar el cumplimiento o garantizar el crédito⁴⁷.

46 Cfr: AUBRY, C. y RAU, C.: *Cours de Droit Civil Français*. Tome IV. Sixième édition. Paris, 1907. p. 136; CHIRONI, G.P.: *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*. Vol. II. Torino, 1897-1903. p.p. 56-57; PEIRANO FACIO, Jorge: *op. cit.* p. 12.

47 Cfr: RAVÀ, ADOLFO: *op. cit.* p. 440; ENNECERUS, L., KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.* Tomo I. Vol. II. p. 551; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: *loc. cit.*

CAPÍTULO II

CLASIFICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

1. CLÁUSULA PENAL COMPENSATORIA Y CLÁUSULA PENAL MORATORIA

a) Criterio de distinción

La cláusula penal puede estipularse como compensación por los daños y perjuicios causados por la inejecución definitiva de la obligación principal, o como resarcimiento por el retardo en la ejecución. En el primer caso, se la denomina *compensatoria*, su pago extingue la obligación principal y entra en sustitución de los *daños y perjuicios compensatorios*; en el segundo, se la denomina *moratoria*, su pago se acumula al cumplimiento de la obligación principal y entra en sustitución de los *daños y perjuicios moratorios*.

La pena compensatoria no puede pedirse junto con el cumplimiento de la obligación principal pues entra en lugar de la prestación principal y compensa el daño que el acreedor sufre por la inejecución definitiva de la misma; en cambio, la cláusula penal moratoria puede ser pedida junto con el cumplimiento de la obligación principal, puesto que su finalidad es resarcir al acreedor los daños y perjuicios por el retardo solamente. La pena compensatoria es incompatible con el cumplimiento de la obligación principal porque aquella constituye un pago por equivalente (*infra*, N° VIII,2,b). En cambio, la pena moratoria es compatible con el cumplimiento forzoso, ya sea *in natura* o por equivalente, puesto que la pena sustituye no a la prestación principal sino a la indemnización por

los daños y perjuicios correspondientes a la mora. Se explica así la regla del artículo 1.258 del Código Civil según la cual:

“La cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios causados por la inejecución de la obligación principal.

El acreedor no puede reclamar a un mismo tiempo la cosa principal y la pena, si no la hubiere estipulado por simple retardo.”

Por consiguiente, la acumulación de la pena con el cumplimiento de la obligación principal *in natura* o por equivalente sólo es procedente, por regla general, cuando la cláusula penal es moratoria.

El artículo 1.258 del Código Civil tiene su origen remoto en el artículo 1.226 del Código Napoleón que establece que la cláusula penal se debe en caso de *inejecución*. Según lo entendió desde el primer momento la doctrina francesa que comenta el *Code*, como los daños y perjuicios pueden ser compensatorios y moratorios, la cláusula penal podía pactarse no sólo para el caso de inejecución, sino también por el simple retardo en la ejecución de la obligación principal. (Demolombe, Larombière, Marcadé, Aubry y Rau).

Se consideró pues que el artículo 1.226 del *Code* había incurrido en una omisión al contemplar únicamente la posibilidad de pactar la cláusula penal en caso de inejecución definitiva de la obligación principal. La observación de los comentaristas del *Code* fue recogida por el Código Civil italiano de 1865 en cuyo artículo 1.209 se consagró expresamente la posibilidad de estipular la cláusula penal no sólo en caso de inejecución sino también en caso de simple retardo. Este fue el criterio que siguieron igualmente los códigos que se inspiraron en el modelo francés como los Códigos Civiles argentino, chileno y el Código Civil venezolano de 1873 cuyos textos establecen expresamente la posibilidad de que la cláusula penal se convenga no sólo para el caso de inejecución, sino también para el caso de simple retardo. En tal sentido, en el artículo 1.144 del Código Civil venezolano de 1873 se estableció: “Hay obligación con cláusula penal cuando el deudor se compromete a dar o hacer alguna cosa para el caso de no cumplir la obligación principal”. Esta norma se repitió en forma casi idéntica en los Códigos Civiles

de 1880, 1896, 1916, 1922 y 1942 y tampoco fue objeto de modificación en la Ley de Reforma Parcial del Código Civil de 1982.

Pero con esta corrección no se resuelve el error del texto francés puesto que el incumplimiento no sólo puede ser definitivo o temporal sino que abarca otras modalidades de inejecución en las cuales la prestación debida no se cumple exactamente como ha sido contraída como, por ejemplo, el cumplimiento defectuoso o irregular, el incumplimiento parcial, fuera de lugar o, simplemente, de modo diferente a lo convenido. En fin, el incumplimiento definitivo y el retardo en la ejecución no agotan todas las modalidades de incumplimiento para las cuales puede establecerse una cláusula penal⁴⁸. Las partes pueden perfectamente prever una pena convencional, por ejemplo, para el caso de que la ejecución de la obligación principal no se cumpla en su totalidad, o del modo convenido o en el lugar debido, sino en otro.

Por ello, algunos códigos como el Código Civil alemán y el Código suizo de las Obligaciones⁴⁹ establecen correctamente que dentro de las cláusulas penales deben incluirse todas aquellas estipulaciones que prevén otras modalidades de cumplimiento diferente a lo pactado.

En otros países, estas formas incompletas o inexactas de cumplimiento han sido resueltas, por razones prácticas, por la jurisprudencia aplicando analógicamente el régimen de la mora considerando, por tanto, como penas *moratorias* y, por ende, sujetas a su régimen, aquellas cláusulas que estipulen el pago de la pena por toda especie de incumplimiento que no sea definitivo como, por ejemplo, por un incumplimiento parcial o defectuoso, sea con relación al objeto debido, o con respecto al lugar de cumplimiento, etc.

48 Cfr: POLACCO, Vittorio: *Le Obligazioni nel Diritto Civile Italiano*. Padova, 1915. p. 613; MAGAZZÙ, Andrea: *op. cit.* § 4; TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale... cit.* p.p. 36-37.

49 El párrafo 339 del Código Civil alemán (B.G.B.) dice textualmente: “Si el deudor prometiére al acreedor el pago de una suma de dinero como pena para el caso en que no cumpla su obligación o no la cumpla del modo convenido la pena es realizable si incurre en mora”. El artículo 160 del Código suizo de las Obligaciones establece que: “Cuando se estipula una pena por la inejecución o la inejecución imperfecta del contrato, el acreedor sólo puede, salvo convención en contrario, reclamar la ejecución o la pena convenida”.

En nuestro ordenamiento, no cabría aplicar por analogía el régimen de la cláusula penal moratoria a la inejecución parcial y a las demás modalidades de cumplimiento defectuoso. Como se indica poco más adelante, el artículo 1.260 contempla la reducción de la pena por la autoridad judicial en caso de cumplimiento parcial de la obligación. De donde resulta que en caso de cumplimiento parcial o defectuoso, a menos que las partes hayan querido claramente establecer una cláusula penal moratoria, el acreedor que haya aceptado esa modalidad de cumplimiento irregular o inexacto puede perfectamente exigir el pago completo de la pena, salvo el derecho del deudor de solicitar la reducción judicial de la pena, conforme a la precitada disposición legal⁵⁰.

b) En caso de duda ¿debe entenderse que la cláusula penal es compensatoria o moratoria?

Cuando las partes establecen una cláusula penal, sin expresión particular alguna, se plantea el problema de determinar si la misma se ha pactado para el caso de inejecución o para el de simple retardo. Es decir, cuando las previsiones contractuales adolecen de falta de claridad, ¿debe entenderse que la cláusula penal es compensatoria o, por el contrario, moratoria?

La cuestión reviste importancia práctica debido a que la pena estipulada para el caso de mora no es trasladable al caso de incumplimiento definitivo y viceversa. Esta es una consecuencia del principio general según el cual toda pena debe ser interpretada restrictivamente (*supra*, N° I,5). Por consiguiente, cuando se pacta una cláusula penal para el caso de mora en el cumplimiento de la obligación, o para el caso de inejecución de la misma, en ninguno de estos casos procede el pago de la pena si el deudor, aún habiendo incurrido en falta, se ha colocado en la situación prevista para el otro⁵¹.

Además, como indicamos poco antes, si bien en principio no se puede acumular la pena con la obligación principal, esa posibilidad exis-

50 En el mismo sentido expuesto en el texto, en la doctrina nacional, véase: MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...* cit. p.p. 570-571. En contra, en la doctrina italiana clásica, véase: BOZZI, Aldo: *op. cit.* Vol. XIII. Parte II. p.p. 237-240.

51 *Cfr.* PEIRANO FACIO, Jorge: *op. cit.* p. 197.

te cuando la cláusula tiene carácter moratorio; en tal caso, además del pago de la obligación principal, el deudor debe pagar la pena.

Por último, la pena compensatoria generalmente consiste en una sola prestación, de ordinario tiene por objeto el pago de una suma de dinero y es de cumplimiento instantáneo; en cambio, la pena moratoria, se paga por períodos determinados como, por ejemplo, días, semanas o meses y se va acumulando a medida que transcurren los sucesivos períodos⁵².

De ahí pues la importancia práctica de resolver, en caso de duda, si las partes han querido contemplar una cláusula penal compensatoria o moratoria.

Para determinar si la cláusula es o no compensatoria, se ha de considerar, en primer lugar, la intención común de las partes. En caso de que las partes no hayan puesto de manifiesto claramente su voluntad en relación con el carácter de la pena o si existe duda acerca de este punto, debe presumirse que la pena es compensatoria. Esta solución se apoya en el artículo 1.258 (primera parte) del Código Civil según el cual “la cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios causados por la inejecución de la obligación principal”. Ello hace suponer que el régimen común que presume el Código cuando las partes no hayan previsto otra cosa es el de la pena compensatoria⁵³.

Para que la pena se entienda pactada a los simples efectos moratorios se requiere pues una manifestación de voluntad clara de los contratantes en tal sentido. La ley no exige a este respecto una manifestación expresa de voluntad; la voluntad de las partes puede, por tanto, ser expresa o tácita. En el primer caso la cuestión no suscitará dificultades; en el segundo, se presenta una cuestión de hecho cuya solución dependerá de lo convenido por las partes y de las circunstancias especiales del caso concreto. Así, si el monto de la pena es inferior al valor de la obligación

52 Cfr: GALGANO, Francesco: *op. cit.* p.p. 507-508.

53 Cfr: DURANTON, M.: *Cours de Droit Civil Français suivant le Code Civil*. Tome II. Bruxelles, 1841. p.p. 492 y 493; PIOLA, Giuseppe: Voz “Clausola Penale” en *Digesto Italiano*. Vol. VII. Parte II. Pubblicazione della Unione Tipografico – Editrice Torinese, diretta da Luigi Lucchini. Torino, 1897-1902. p.p. 367-368; WAYAR, Ernesto: *op. cit.* Tomo II. p. 91.

principal debe presumírsela, salvo prueba en contrario, moratoria. Lo contrario haría desaparecer su función compulsiva. La doctrina es pacífica al respecto⁵⁴.

Pero la intención contraria de las partes puede resultar de otros elementos como, por ejemplo, la índole del contrato, la naturaleza de la obligación, la finalidad perseguida por las partes al contratar, el curso regular de los negocios desarrollados por las partes, los usos y costumbres de una determinada localidad y, en general, cualquier otra circunstancia que permita indagar la voluntad de las partes⁵⁵.

En conclusión, para determinar el carácter de la cláusula penal hay que atender, en primer lugar, a la voluntad explícita o implícita de las partes; en caso de duda hay que presumir que la cláusula penal es compensatoria⁵⁶.

2. OTRAS MODALIDADES

De acuerdo al modo de pactarse la cláusula penal y a su contenido, pueden darse otras modalidades.

a) La cláusula penal puede pactarse para el caso de que el incumplimiento sea imputable al deudor o preverse también para el caso de que el incumplimiento obedezca a una causa extraña no imputable. Hay que presumir que la cláusula penal sólo se ha previsto para el incumplimiento culposo y que no ha sido pactada para el caso de incumplimiento voluntario, ya que un pacto de asunción de riesgos de esta naturaleza deberá

54 Al respecto, véase: BAUDRY-LACANTINERIE, G y BARDE, L.: “Des Obligations” (Tome II) en *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*. Vol. XII. Paris, 1.900. p. 447; DEMOLOMBE, C.: *op. cit.* Vol. XXVI. p. 578; LAURENT, F.: *op. cit.* Tomo XVII. p. 491; GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 917; PIOLA, Giuseppe: *loc. cit.* En la doctrina nacional, véase: SANOJO, Luis: *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*. Tomo III. Imprenta Nacional. Caracas, 1.873. p. 103; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General... cit.* p. 571, especialmente, la nota 89-C y la jurisprudencia de los tribunales allí citada.

55 Cfr. GASCA, Cesare Luigi: *Ibidem*; PIOLA, Giuseppe: *Ibidem*; PEIRANO FACIO, Jorge: *op. cit.* p.p. 198-199. En la doctrina nacional, véase: DOMINICI, Anibal: *Comentarios al Código Civil Venezolano* Tomo II. Tipografía Universal. Caracas, 1904. p.p. 727-728. En la jurisprudencia nacional, véase: Sentencia del 08-02-1979 en Ramírez & Garay. Tomo LXIV. p.p. 185-186.

56 Es el sistema que sigue el Código Civil alemán (§ 339-341) y el Código suizo de las Obligaciones (artículo 160).

constar de manera indubitable y si se duda sobre su existencia deberá considerarse su exclusión, salvo prueba en contrario⁵⁷.

b) La cláusula penal puede también ser establecida en previsión de una causa o motivo concreto o específico de inejecución, o en previsión de cualquier causa o motivo de incumplimiento.

Hay que presumir, salvo pacto en contrario, que la cláusula penal se ha estipulado en previsión de cualquier causa o motivo de incumplimiento imputable al deudor ya que la finalidad de la cláusula penal es asegurar el cumplimiento de la prestación principal, independientemente de la causa (imputable al deudor) que origine el incumplimiento.

Si las partes limitan la eficacia de la cláusula penal a determinados supuestos de incumplimiento, en el resto de los supuestos de incumplimiento la cláusula penal no producirá sus efectos propios y el resarcimiento se regirá por el régimen ordinario⁵⁸.

c) La cláusula penal puede convenirse previendo un solo tipo de daños, o bien en consideración a todos los daños y perjuicios que sean consecuencia de la inejecución de la obligación principal. A falta de pacto expreso en contrario, hay que presumir que la pena tiene por objeto el resarcimiento de todos los daños y perjuicios causados por el incumplimiento⁵⁹.

Ahora bien, si la cláusula penal sólo tuvo en consideración determinados daños y perjuicios y se producen otros, la reparación de estos últimos se rige por las reglas generales⁶⁰. Por lo cual, habiéndose pac-

57 Cfr: CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *El Incumplimiento de las Obligaciones*. Editorial Tecnos. Madrid, 1985. p. 192; GIORGI, Jorge: *op. cit.* Tomo II. p.p. 43 y 44 y Tomo IV. p. 481; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *op. cit.* p.p. 182-183.

58 Cfr: TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.* p. 617 y la jurisprudencia francesa allí citada; PIOLA, Giuseppe: *op. cit.* p.p. 368 y 371. En el mismo sentido, véase lo que expongo en mi trabajo *Las Arras en la Contratación*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2010. p.p. 143-144.

59 Cfr: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *op. cit.* p.p. 167 y 168, especialmente, las notas 11 y 12 y la jurisprudencia de los tribunales argentinos allí citada.

60 Cfr: DE PAGE, Henri: *op. cit.* Tome III (Seconde Partie). p. 147; BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 233, especialmente, la nota 5 y la jurisprudencia italiana allí citada.

tado una cláusula penal para el caso de inexecución del contrato, si este llega a ejecutarse, pero de un modo irregular, dicha cláusula penal no puede aplicarse para indemnizar los daños y perjuicios resultantes de un cumplimiento defectuoso. La jurisprudencia belga registra un caso interesante: Una Municipalidad de una ciudad belga contrató con una sociedad de gas la prestación del servicio de alumbrado público, sujeta al pago de una pena exigible por cada foco que no estuviese encendido un cuarto de hora después de cierta hora fijada o que se apagara media hora antes de la indicada en el contrato. La Municipalidad pretendió exigir el pago de la pena porque los focos alumbraban mal; la sociedad de gas alegó como defensa de fondo que la cláusula penal contemplaba que los focos no estuviesen encendidos durante el tiempo que señalaba el contrato; y, en el caso concreto, lo estaban aunque la iluminación fuera deficiente. La Corte de Casación decidió que la sociedad no podía impunemente dejar a media luz a la ciudad. Pero como la mala iluminación era un daño no previsto en el contrato, el juez debía fijar la indemnización por los daños y perjuicios derivados de esta situación de acuerdo con el régimen ordinario de la responsabilidad civil contractual, no estando limitado por la cláusula penal⁶¹. A nuestro modo de ver, como la cláusula penal tiene que interpretarse restrictivamente la Corte de Casación decidió correctamente puesto que si se había pactado la cláusula penal para el supuesto de incumplimiento absoluto, la misma no era aplicable a los casos de cumplimiento defectuoso.

Dicho en otras palabras, todo daño causado por el incumplimiento del deudor debe ser objeto de reparación. Si la cláusula penal sólo se previó en consideración a determinados daños y perjuicios y se producen estos, los mismos se reparan de acuerdo con lo previsto por las partes. Pero si se producen otros, se reparan según los principios del Derecho común. Para razonar de otra forma, sería necesario que las partes hubieran convenido explícitamente que el deudor no sería responsable sino por los daños y perjuicios indicados en el contrato.

d) Las partes pueden asimismo establecer el pago de la pena para garantizar el cumplimiento mismo o tan sólo para prever los efectos del

61 Al respecto, véase: LAURENT, F.: *op. cit.* Tomo XVII. p.p. 482-483.

incumplimiento. En el primer supuesto se debe la pena aunque no resulte perjuicio alguno para el acreedor⁶². La doctrina clásica francesa e italiana trae un ejemplo interesante: Supongamos que se realiza una partición o una transacción en la cual las partes establecen la obligación de no ir contra ella estipulando el pago de una cláusula penal para el caso de contravención. Luego de establecer ese pacto, una de las partes demanda a la otra aduciendo que la transacción o la partición en cuestión es nula. Esta demanda aunque no sea admitida o sea declarada improcedente y quede firme la validez de la partición o de la transacción, da lugar, de por sí, al pago de la pena. En efecto, se sostiene que cuando una cláusula penal accede a una transacción o a una partición, es indudable que lo que se ha querido garantizar son los simples inconvenientes que pudieran derivar del ejercicio de la acción, aunque esta no prospere y, en definitiva, no produzca daños y perjuicios porque la impugnación de la transacción o de la partición fuese desestimada⁶³.

Asimismo, si A pacta con su vecino B que no alquilará su casa a un arrendatario que se desempeñe en una profesión u oficio que produzca ruidos como, por ejemplo, un trompetista, bajo la pena de que si incumple esta obligación deberá pagar una determinada cantidad de dinero, se admite que habrá que examinar si la voluntad de las partes fue que la pena se haría exigible por la mera celebración del contrato de arrendamiento o si ella sólo sería debida cuando la convención produzca sus efectos y el trompetista ocupe efectivamente el inmueble⁶⁴.

Como criterio de carácter general hay que presumir que la pena es exigible por el solo hecho del incumplimiento aunque no se produzcan los efectos del mismo y aun cuando la inexecución de lo pactado no ocasiona daños y perjuicios al acreedor, porque precisamente cuando se estipula una cláusula penal, estos daños y perjuicios se presumen⁶⁵. Sólo la voluntad de las partes puesta de manifiesto de manera clara e inequívoca puede excluir esta eficacia particular de la cláusula penal.

62 Cfr: PIOLA, Giuseppe: *op. cit.* p. 368.

63 POTHIER, R. J.: "Traité des Obligations" en *Oeuvres de Pothier*. Tome I. M. Siffrein. Paris, 1821. p.p. 332-333; GIORGI, Jorge: *op. cit.* Tomo IV. p.p. 482-483.

64 DEMOLOMBE, C.: *op. cit.* Vol. XXVI. p. 601.

65 Cfr: DE PAGE, Henri: *op. cit.* Tome III. (Les Obligations - Seconde Partie). p. 153. En contra: GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 998.

e) Puede establecerse que la pena se deba por la inexecución o retardo de la obligación principal considerada en su conjunto como una unidad, o por el incumplimiento de sólo alguna de las prestaciones o determinaciones contenidas en la obligación principal como, por ejemplo, cuando en un contrato de compra-venta se estipula la pena en previsión del no otorgamiento del documento de compra-venta por ante la Oficina del Registro Inmobiliario, de la falta de entrega de la cosa, de la no realización de las mejoras a cargo del vendedor, de su responsabilidad por saneamiento en caso de evicción o por vicios ocultos, etc. En este último caso, en realidad, no existe una sola cláusula penal, sino tantas cuantas sean las prestaciones derivadas del contrato principal. La doctrina reconoce que salvo pacto en contrario la cláusula penal incluye todas las prestaciones a cargo del deudor (*favor debitoris*)⁶⁶.

66 PIOLA, Giuseppe: *op. cit.* p. 368, especialmente, la nota 12 y la jurisprudencia de los tribunales italianos allí citada; PEIRANO FACIO, Jorge: *op. cit.* p. 205; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *op. cit.* p. 173.

CAPÍTULO III

ELEMENTOS DE LA CLÁUSULA PENAL

Como todo negocio jurídico, la cláusula penal no obstante su carácter accesorio (*infra*, N° IV,1) tiene sus elementos estructurales propios⁶⁷. Nos toca ahora analizar estos elementos.

1. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Generalmente los sujetos activo y pasivo de la cláusula penal son los mismos de la obligación principal. Pero también pueden serlo los terceros, sea como acreedores o como deudores de la pena⁶⁸.

Si se pacta el beneficio de la cláusula penal en favor de un tercero, este sólo adquiere el derecho a exigir su cumplimiento después que el acreedor principal haya optado por la pena. El tercero no adquiere pues el beneficio de la pena en el momento del incumplimiento del deudor sino que debe esperar que el acreedor decida si debe cumplirse la obligación principal o la pena; y sólo cuando este opte por la cláusula penal se configura la estipulación a favor del tercero y este adquiere una acción directa contra el deudor. Al ser el contenido de la obligación penal una

67 Cfr. MAGAZZÙ, Andrea: *op. cit.* § 3; TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale... cit.* p.p. 21-27.

68 En la doctrina italiana Piola afirma, sin embargo, que no pueden ser los dos sujetos de la cláusula penal, es decir, tanto el acreedor como el deudor de la pena, extraños a la obligación principal (*penitus extranei*) puesto que, de serlo, la cláusula penal ya no sería un accesorio de la obligación principal sino un contrato distinto similar a un seguro o una apuesta (PIOLA, Giuseppe: *op. cit.* p. 366). Siguiendo la misma línea argumental pero en otra dirección, véase: TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale... cit.* p.p. 90-93.

prestación a favor de tercero, el acreedor no puede reclamar para sí la pena convencional, sino que debe limitarse a optar por el cumplimiento forzoso en forma específica o permitir que el beneficiario reclame la pena.

Desde luego, si se hubiere pactado que el solo incumplimiento de la obligación principal le confiere al tercero el derecho a exigir el cumplimiento de la pena, se configura entonces una estipulación en su favor. Pero como el derecho de elegir entre exigir el cumplimiento de la obligación principal o la pena corresponde, salvo pacto en contrario, al acreedor, no puede presumirse que la sola inclusión del tercero como beneficiario de la cláusula penal le confiera ese derecho⁶⁹.

Si se pacta que la cláusula penal debe cumplirla un tercero para el caso de que el deudor no cumpla la obligación principal, en criterio de algunos, no existe una cláusula penal sino una *fianza* en la cual la responsabilidad del fiador se limita al monto de la pena estipulada⁷⁰.

Existen sin embargo, diferencias importantes entre la cláusula penal y la fianza (*infra*, N° V,4); en efecto, la fianza no puede exceder de lo que debe el deudor principal, ni constituirse bajo condiciones más onerosas (Código Civil, artículo 1.808) y, al menos en el caso de la cláusula penal compensatoria, el monto de la pena suele ser superior al de la obligación principal.

Por consiguiente, si un tercero se obliga a pagar la cláusula penal en caso de incumplimiento de la obligación principal por parte del deudor, estamos más bien en presencia de un *contrato de garantía atípico* en

69 Como afirma Von Thur, la mención del tercero como beneficiario de la pena sólo lo autoriza a recibir la prestación pactada, sin adquirir derecho a la misma, ni estar facultado en consecuencia para exigirla (VON THUR, Andreas: *Tratado de las Obligaciones*. Traducción castellana de W. Roces. Editorial Comares. Granada, 2007. p. 451). En el mismo sentido, véase: LOBATO DE BLAS, Jesús María: *La Cláusula Penal en el Derecho Español*. Pamplona, 1974 p. 131; BORDA, GUILLERMO A.: *op. cit.* Tomo I. p.p. 216-217. Este es el caso que Enneccerus califica de *contrato impropio a favor de tercero* (ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martín: *op. cit.* Tomo II. Vol. I. p.p. 173-174) y Von Thur denomina, *falsos contratos a favor de terceros o contratos con prestaciones a terceras personas*. (VON THUR, Andreas: *Ibidem*. p. 415).

70 *Cfr.* ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martín: *op. cit.* Tomo II. Vol. I. p. 187, especialmente, la nota 1.

el que se asume la obligación de responder de un resultado determinado. Se trata pues de un contrato de garantía en virtud del cual el promitente asume frente al acreedor que recibe su promesa el riesgo de que el deudor no cumpla su obligación, indemnizando los daños y perjuicios que la insatisfacción del interés del acreedor produzca. Es esa indemnización la que se sustituye por la cláusula penal⁷¹.

Según algunos autores, a este contrato atípico se le aplicarían por analogía las reglas de la fianza en todo cuanto no fuera incompatible⁷²; según otros, ni siquiera sería un contrato al que pudiera aplicarse la regulación de la fianza, pues chocaría con el obstáculo del primer párrafo del artículo 1.806 del Código Civil según el cual el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal⁷³.

En nuestro concepto, un tercero puede comprometerse a pagar una pena para el caso de inejecución de la obligación por el deudor⁷⁴; pero en tal caso no se trata de una fianza, puesto que el tercero no asume el pago de la obligación principal, vale decir que son las reglas de la cláusula penal las que rigen una estipulación de este tipo. Pero como es un tercero el que se obliga se deben aplicar en tal caso, en forma supletoria, las disposiciones de la fianza, en cuanto sean aplicables, por ser esta la institución con la cual dicho contrato atípico de garantía presenta una mayor afinidad.

2. CAPACIDAD Y PODER

Aunque en nuestra legislación civil no existen disposiciones especiales sobre la materia, conviene tener en cuenta que, en principio pero no necesariamente, la cláusula penal constituye un acto de disposición

71 Cfr: BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 210; ROCA SASTRE, RAMÓN M^a y PUIG BRUTAU, José: “La cláusula penal en las obligaciones contractuales” en *Estudios de Derecho Privado*. Vol. I (Obligaciones y Contratos). Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1940. p. 277; DÁVILA GONZÁLEZ, Javier: *La Obligación con Cláusula Penal*. Editorial Montecorvo, S.A. Madrid, 1992. p. 251.

72 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *op. cit.* p. 32.

73 DÁVILA GONZÁLEZ, Javier: *op. cit.* p. 252.

74 Cfr: MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General... cit.* p. 569; MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *op. cit.* p. 73.

para quien se obliga a pagar la pena⁷⁵; por lo cual, si quien pacta la cláusula penal es menor de edad deberá actuar a través de su representante legal quien, en su caso, deberá cumplir con *formalidades habilitantes* para estipularla en su nombre (Código Civil, artículo 267).

Por otra parte, para constituirse en deudor de una cláusula penal no basta con tener la misma capacidad que se requiere para contraer la obligación principal puesto que, como ya dijimos, la cláusula penal normalmente se traduce en un compromiso más oneroso y, por ende, en consecuencias patrimoniales más gravosas para el deudor⁷⁶.

Como el mandato concebido en términos generales no comprende más que los actos de administración (Código Civil, artículo 1.688), el mandatario del obligado al pago de la cláusula penal requiere, al menos en principio, facultad expresa para hacerlo. De ahí que el mandato para contraer la obligación principal, salvo pacto en contrario, no autoriza para someterse al pago de la pena. En efecto, como se dijo, en atención a la naturaleza de la cláusula penal y a su función compulsiva, su pago se traduce normalmente en una prestación mucho más onerosa que la principal; por lo cual, quien se obliga por otro a su pago requiere facultad expresa.

3. OBJETO DE LA CLÁUSULA PENAL

a) Requisitos que debe llenar el objeto

El objeto de la cláusula penal, como el contenido de toda prestación, debe ser posible, lícito, determinado o determinable, económicamente valorable y corresponder a un interés legítimo del acreedor (Código Civil, artículo 1.155).

No es nuestra intención referirnos aquí en detalle a estos requisitos cuyo estudio corresponde más bien a la teoría general del negocio jurídico. Simplemente queremos referirnos, en forma por demás sintética, a

75 Cabe hacer notar, sin embargo, que bien puede ocurrir que el monto de la cláusula penal se fije en una pequeña cantidad en relación con el patrimonio del sujeto pasivo de la pena, en cuyo caso no pasaría de ser un acto de simple administración.

76 En contra, PIOLA, Giuseppe: *op. cit.* p. 366.

algunas consecuencias que en sede de cláusula penal derivan de la necesaria concurrencia de algunos de estos requisitos.

Por tener *objeto ilícito*, no pueden pactarse cláusulas penales que interfieran en el campo del Derecho penal respecto del cual el Estado se ha reservado el monopolio. En este sentido, la Corte Suprema de Chile, decidió que no era válida la cláusula penal en virtud de la cual se estipuló que en caso de incumplimiento de la obligación principal el deudor quedaría sometido a la pena del delito de estafa, por considerar que semejante pacto adolecía de objeto ilícito y que, por ende, era absolutamente nulo⁷⁷.

La doctrina rechaza la validez de la cláusula penal por la cual un médico se comprometa a prestar asistencia a un enfermo y a pagar determinada suma de dinero si el paciente muere. En nuestro concepto dicha cláusula no sería válida por ser contraria a las buenas costumbres y a las normas de ética profesional.

Tampoco puede convenirse en una cláusula penal que tenga por objeto un castigo corporal, o una pena infamante, o que atente contra los derechos de la personalidad⁷⁸. A la validez de todas estas cláusulas se oponen normas de orden público.

Según algunos autores, no sería válida la cláusula penal relativa al pago de las costas devengadas con motivo del proceso judicial entablado en caso de incumplimiento, puesto que su imposición se lleva a cabo en todos los casos por el juez conforme a lo dispuesto en el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil⁷⁹. Las costas son un efecto del proceso que no pueden ser materia de cláusula penal. Así lo ha dejado establecido la jurisprudencia de nuestros tribunales⁸⁰. Desde luego, la pena estipu-

77 Al respecto, véase: SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: *op. cit.* p. 17, especialmente, la nota 4 y la decisión de la Corte Suprema de Chile allí citada.

78 Cfr: GALGANO, Francesco: *op. cit.* p. 512; ZOPPINI, Andrea: *op. cit.* p. 249.

79 DÁVILA GONZÁLEZ, Javier: *op. cit.* p. 254.

80 Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 3 de mayo de 2005, con ponencia de la Magistrada Isbelia Pérez de Caballero, caso *Jasmín Alcalá vs. Marisabel Sánchez* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/mayo/rc-00201-030505-02829.html>. Por su parte, la Corte de Casación francesa en sentencia de fecha 16-01-1985 declaró que las cláusulas que fijan en una cantidad determinada el monto del reembolso que

lada para el caso de incumplimiento no comprende las costas judiciales. Pero en nuestro concepto, nada obsta a que las partes convengan en una cláusula penal relativa al pago de las costas. Entre las partes es válido pues el pacto por el cual se acuerda que la pena fijada cubrirá igualmente las sumas correspondientes a los gastos relativos al juicio, incluyendo los honorarios de los abogados. Claro está el pago de las costas siempre estará sujeto al vencimiento total. Por su parte, los abogados siempre tendrán acción para ejercer sus derechos contra los obligados al pago de los honorarios por los montos correspondientes, sin estar limitados por las sumas pactadas (*res inter alios acta*).

La prestación penal debe ser *determinada o determinable*. Sólo resta decir, en lo que concierne al cumplimiento de este requisito, que no es aceptada la opinión según la cual, por excepción, en sede de cláusula penal es necesario que la determinación respectiva se efectúe en el momento en que se estipula la cláusula penal. Basta pues, como ocurre con toda prestación, que el objeto de la cláusula penal sea determinable en el momento en que se la pacta, esto es, que contenga los elementos necesarios para su determinación futura. Sólo en el caso de que no fuese así, la cláusula penal sería nula porque se haría ilusoria la posibilidad de lograr el acuerdo sobre el objeto y exigir su cumplimiento⁸¹.

b) La pena puede consistir en una obligación de dar, hacer o no hacer

El objeto de la cláusula penal puede consistir en una prestación de dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Lo normal es que la pena consista en el pago de una suma de dinero, puesto que así se cumple en forma más efectiva su función indemnizatoria.

Nada impide que esta suma de dinero se encuentre en poder del acreedor como, por ejemplo, cuando se conviene que el incumplimiento

corresponde pagar por concepto de costas procesales, no revisten el carácter de cláusula penal. Al respecto, véase: VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *op. cit.* Tome VI. p.p. 478-479, especialmente, la nota 252.

81 Cfr. GIORGIANNI, Michele: *op. cit.* p.p. 36 y ss.; MAGAZZÙ, Andrea: *op. cit.* § 3; TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale... cit.* p. 93.

por parte del comprador dará derecho al vendedor a resolver el contrato y a retener las cantidades entregadas a cuenta del precio hasta el momento del incumplimiento. La retención por el acreedor de cantidades de dinero ya recibidas por diferentes conceptos equivale, desde el punto de vista económico, a la obligación de entregar una suma de dinero al acreedor. En términos jurídicos, el fenómeno puede explicarse a través de una obligación de no reclamar la cantidad que se debe restituir⁸² o una compensación entre la obligación del deudor de entregar la misma cantidad de dinero que el acreedor le debe restituir⁸³.

Por consiguiente, el objeto de la cláusula penal puede consistir en el pago de una suma de dinero o, en su caso, en la retención de una cantidad de dinero que ya tenía el acreedor, con lo cual se evitan discusiones sobre la cuantía de los daños y perjuicios que serán debidos en caso de incumplimiento de esa obligación.

Pero nada impide que el objeto de la cláusula penal sea cualquier otro; ya se trate de una cosa cierta o incierta, un hecho o una abstención⁸⁴ como, por ejemplo, la realización de trabajos adicionales o de reparaciones no remunerables, o la prohibición de realizar una conducta que antes no estaba excluida.

Las cláusulas que tienen por objeto *prestaciones de hacer* son poco frecuentes ya que ante el eventual incumplimiento de la pena, se replantearía en toda su extensión la cuestión de la cuantía de los daños y perjuicios debidos en caso de incumplimiento de la prestación penal, cuando la misma no sea susceptible de ejecución forzosa *in natura*. Esto, por supuesto, debilita la función indemnizatoria de la cláusula penal, pero no obsta a su validez. En ese sentido, la Corte de Casación francesa ha de-

82 Cfr: GÓMEZ CALERO, Juan: *op. cit.* p. 130.

83 Cfr: SANZ VIOLA, Ana María: *op. cit.* p.p. 66-67.

84 Cfr: DEMOLOMBE, C.: *op. cit.* Vol. XXVI. p. 569; MAZEAUD, Denis: *op. cit.* p. 349; LE TOURNEAU, Philippe: *Droit de la Responsabilité et des Contrats*. Dalloz. París, 2006. p.p. 352-353; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *op. cit.* Tome VI. p. 442; DE NOVA, Giorgio: *op. cit.* p. 378. En contra, en la doctrina italiana, Marini, para evitar que mediante su estipulación se burle la prohibición del pacto comisorio, limita el objeto de la cláusula penal a la entrega de cosas genéricas y, más concretamente, al pago de una suma de dinero (MARINI, Annibale: *La Clausola Penale*. Casa Editrice Jovene. Napoli, 1984. p. 132).

cido que es válida una cláusula penal en virtud de la cual el fabricante vendedor de máquinas, se compromete frente al comprador a que si las máquinas vendidas le causan un perjuicio a su industria, realizará los trabajos de reparación necesarios para asegurar el buen funcionamiento de dicha industria⁸⁵. También puede estipularse una cláusula penal bajo la modalidad, por ejemplo, de obligar a un pianista a dar un concierto suplementario o a un pintor a realizar una determinada obra⁸⁶.

Aunque sería de difícil aplicación, tampoco vemos inconveniente en que la prestación penal consista en una *obligación de no hacer*, no obstante que el artículo 1.257 del Código Civil no lo diga expresamente⁸⁷. Tal sería la cláusula contenida en la venta de un fondo de comercio por la que se estipulara que si el comprador no pagase el precio se resolvería el contrato y no podría él instalarse con un negocio de la misma naturaleza por un período de tiempo determinado. En ese sentido la jurisprudencia francesa ha dicho que es válida la cláusula penal por la cual el deudor en caso de incumplimiento, se compromete a no enajenar un determinado bien o a no competir en un determinado ramo de negocio, siempre que esta prohibición sea temporal⁸⁸. La doctrina extranjera admite que también sería válida la cláusula penal en virtud de la cual se convenga en que los socios que infrinjan algunas cláusulas de los estatutos sociales de un determinado club al que pertenezcan, se mantendrán alejados durante un cierto tiempo de las instalaciones del mismo⁸⁹.

c) Quid iuris respecto de la estipulación que consiste en la pérdida o caducidad de un derecho

La doctrina discute si la estipulación que consiste en la *pérdida o caducidad de algún derecho* que el contrato reconocía al deudor es una

85 Al respecto, véase: DEMOLOMBE, C.: *loc. cit.* p.p. 569-570; FUZIER, Herman: *Code Civil Annoté*. Tome II. París, 1885-1898. p. 193; PEIRANO FACIO, Jorge: *op. cit.* p. 221.

86 LOBATO DE BLAS, Jesús María: *op. cit.* p. 133.

87 Cfr. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: *op. cit.* p. 17; DOMINICI, Anibal: *op. cit.* Tomo II. p.p. 720-721; RIVAS ROMERO, Luis José: *La Cláusula Penal*. Universidad Central de Venezuela. Tesis de Grado. Caracas, 1955. p.p. 13-14.

88 Al respecto, véase: LE TOURNEAU, Philippe: *op. cit.* p. 352 y la jurisprudencia francesa allí citada.

89 LOBATO DE BLAS, Jesús María: *loc. cit.*

cláusula penal como, por ejemplo, la cláusula según la cual si el deudor no paga puntualmente los intereses, caduca el plazo concedido para el pago del capital, que se hace exigible inmediatamente⁹⁰. Pensamos que, como dice Von Thur, no conforman el objeto de una cláusula penal las caducidades de los derechos del deudor, la disminución de estos mediante deducciones del precio, el vencimiento anticipado de las deudas o la resolución unilateral del contrato por el acreedor puesto que falta en tales casos un vínculo que sujete al deudor a la necesidad de realizar una prestación de dar, hacer o no hacer (*vinculum iuris*), como la que conforma el contenido típico de la cláusula penal⁹¹.

d) ¿Reviste el carácter de cláusula penal la pérdida de los pagos efectuados en virtud de un contrato que se resuelve por pacto comisorio?

Pero como ya dijimos, cuando un contrato de compra-venta a plazos se resuelve por falta de pago de las cuotas vencidas con el derecho del acreedor a retener la parte del precio ya pagado, no hay razón alguna para negar a esta pena el carácter de una verdadera cláusula penal⁹². La obligación del deudor consiste en no reclamar la cantidad que se le debe restituir lo que equivale, al menos en términos económicos, a la obligación de entregar una suma de dinero al acreedor en caso de incumplimiento (*supra*, N° III,3,b).

En algunos casos cuando el contrato queda resuelto por falta de pago de las cuotas, el legislador en protección de la parte débil del con-

90 Para un examen de las distintas posiciones de la doctrina francesa sobre la materia, véase: MAZEAUD, Denis: *op. cit.* p.p. 124-132.

91 En el mismo sentido, la doctrina francesa moderna se ha encargado de señalar que no debe incurrirse en el error de confundir nociones tan disímiles como un vínculo obligacional (la cláusula penal) con la extinción de una relación jurídica (caducidad de un derecho). Al respecto, véase: MAZEAUD, Denis: *loc. cit.* p. 128. En contra, en la doctrina francesa clásica, véase: DEMOGUE, René: *op. cit.* Tome VI. p. 489. Igualmente en contra pero sin fundamentar su aserto, en la doctrina italiana, De Nova afirma que “la pena puede consistir en la extinción de un crédito (DE NOVA, Giorgio: *op. cit.* p. 378).

92 *Cfr.*: LARROUMET, Christian: *Teoría General del Contrato*. Vol. II. Traducción castellana de Jorge Guerrero R. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, 1999. p. 111. Cabe hacer notar que en este caso con frecuencia se conjuga una cláusula penal con una cláusula resolutoria expresa que invoca el acreedor (*infra*, N° V,12).

trato establece que si se ha convenido que las cuotas pagadas o determinado porcentaje de estas queden en beneficio del vendedor a título de indemnización, el juez podrá reducir la indemnización si el comprador ha pagado ya más de una parte (generalmente más de una cuarta parte) del precio total de las cosas vendidas⁹³.

e) Otras variantes de la prestación penal

La cláusula penal puede tener por objeto una sola prestación o varias prestaciones que el deudor se obliga a realizar acumulativamente (*obligación conjuntiva*) como, por ejemplo, cuando en caso de incumplimiento de la obligación principal el deudor se obliga a pagar quinientos mil bolívares y a entregar una casa. También puede recaer la pena sobre varios objetos sobre los cuales el deudor se obliga a cumplir una determinada prestación ejecutando uno solo de ellos (*obligación alternativa*) como, por ejemplo, cuando el deudor en caso de incumplimiento de la obligación principal se obliga a pagar quinientos mil bolívares o a entregar una casa. También puede pactarse que la cláusula penal tenga por objeto una determinada prestación, pero otorgándose al deudor la facultad de cumplir la pena mediante una prestación sustitutiva con cuya ejecución quede liberado (*obligación facultativa*) como, por ejemplo, cuando se pacta que en caso de inejecución de la obligación principal el deudor se compromete a pagar en concepto de cláusula penal un millón de bolívares, pero se le da la facultad sólo al deudor de pagar la pena entregando una casa ubicada en una determinada localidad⁹⁴.

La cláusula penal puede tener por objeto una obligación divisible o indivisible. Por otra parte, nada impide que a la propia cláusula penal se le adjunte una pena adicional para el caso de inejecución o retardo⁹⁵, o que se garantice su cumplimiento mediante una fianza, prenda o hipoteca⁹⁶.

93 Véanse, en tal sentido, los artículos 17 de la Ley de Venta de Parcelas, 35 y 36 de la Ley de Propiedad Horizontal y 14 de la Ley sobre Ventas con Reserva de Dominio.

94 Como no existe ninguna prohibición o régimen especial previsto para esta clase de penas, se aplican en esta materia los principios generales.

95 Cfr: PIOLA, Giuseppe: *op. cit.* p. 367.

96 Cfr: MAGAZZÙ, Andrea: *op. cit.* § 6.

La cláusula penal puede tener por objeto una prestación única o prestaciones periódicas (*obligación de tracto sucesivo*)⁹⁷, que pueden ser escalonadas por cantidades progresivamente crecientes como, por ejemplo, cuando el deudor se obliga a pagar la cantidad de mil bolívars diarios por cada día de retardo en la entrega de la cosa; pero si el retardo se prolonga por más de treinta días, la pena será entonces a razón de dos mil bolívars diarios por cada día de retardo.

La cláusula penal moratoria se debe hasta el momento de producirse el cumplimiento o incumplimiento definitivo. En cambio, se admite que la cláusula penal compensatoria de tracto sucesivo debe contener un límite temporal a la pena estipulada. Lo contrario obligaría a alguien a pagar *sine die* una cantidad periódica en concepto de cláusula penal, lo que es contrario al carácter esencialmente temporal de los derechos de crédito⁹⁸.

f) Modalidades de la pena

Por último la pena puede quedar sujeta al cumplimiento de alguna modalidad, según lo previsto por las partes. No hay obstáculo para que una cláusula penal quede sujeta a un plazo después de vencida la obligación o al cumplimiento de una condición⁹⁹. Se aplican aquí los principios generales que gobiernan los elementos accidentales de la relación obligatoria.

4. FUENTE DE LA CLÁUSULA PENAL

Aunque normalmente la cláusula penal surge de un *contrato*, se admite que puede tener su origen en todos los actos creadores de obligaciones, aunque no sean contratos¹⁰⁰. La obligación principal cuyo cum-

97 Las cláusulas penales compensatorias consisten, por lo general, en una sola prestación. En cambio, las cláusulas penales moratorias suponen prestaciones duraderas o reiteradas (se devengan por mes, por día, etc.).

98 Cfr: TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale.... cit.* p.p. 29-30 y 78-82.

99 Cfr: *Ibidem.* p. 78; TRIMARCHI, Michele: Voz "Clausola Penale" en *Novissimo Digesto Italiano* diretto de Antonio Azara e Ernesto Eula. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Vol. III. Torino, 1959. p. 351.

100 Cfr: MAGAZZÙ, Andrea: *op. cit.* § 3; PIOLA, Giuseppe: *op. cit.* p. 365; TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale.... cit.* p.p. 32-33.

plimiento se garantiza mediante una cláusula penal puede provenir de un contrato o de cualquier otro negocio jurídico y aún de un ilícito civil o penal¹⁰¹.

No hay inconveniente en estipular una cláusula penal en un negocio jurídico unilateral como, por ejemplo, en un *testamento*. Así el testador puede prever una cláusula penal aplicable al heredero que no cumpla con un determinado legado, o imponer al heredero o legatario una carga y estipular una cláusula penal en caso de incumplimiento o de retardo en el cumplimiento de la carga en cuestión¹⁰² como, por ejemplo, cuando impongo a mi heredero XX la obligación de erigir un mausoleo en mi tumba que deberá quedar terminado dentro del plazo de un año contado a partir de la fecha de mi fallecimiento y, en caso de que dicho heredero no cumpliere oportunamente con esta carga, estipulo que deberá pagar una pena de cien mil bolívares por cada mes de retardo en beneficio de A. En cambio, si el testador establece que si el legatario no cumple con la carga establecida a favor de un tercero, perderá el beneficio, en este caso existirá una disposición testamentaria hecha bajo condición resolutoria y no una cláusula penal¹⁰³.

En cuanto a la cláusula penal estipulada para asegurar el cumplimiento de la obligación de pagar daños y perjuicios provenientes de un *hecho ilícito*, la doctrina afirma que si dicha cláusula se pacta con posterioridad a la comisión del hecho ilícito, supone una novación y transforma esta obligación en una obligación contractual¹⁰⁴.

Pero *¿quid iuris* si se pacta la cláusula penal con carácter previo como, por ejemplo, cuando A realiza una actividad peligrosa y se obliga

101 Cfr. VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *op. cit.* Tome VI. p.p. 447-448; TRABUCCHI, Alberto: *op. cit.* p. 736; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General... cit.* p. 571.

102 Cfr. TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.* p. 614; BOZZI, Aldo: *op. cit.* p.p. 214-215; PACIFICI-MAZZONI, Emidio: *Codice Civile Italiano Commentato*. Vol. III. Unione Tipografico – Editrice Torinese. Torino, 1929. p. 356; LÓPEZ HERRERA, Francisco: *Derecho de Sucesiones*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1994. p. 348. En contra, PIOLA, Giuseppe: *op. cit.* p. 366.

103 Cfr. BOZZI, Aldo: *loc. cit.*

104 Al respecto, véase: LOBATO DE BLAS, Jesús María: *op. cit.* p.p. 144-153 a quien seguimos ampliamente en el examen de las fuentes extracontractuales de la cláusula penal distintas del testamento.

a pagarle a su vecino, además de los daños y perjuicios que le cause en el desarrollo de esta actividad, una pena de Bs. 50.000,00? La doctrina afirma que en este supuesto, en virtud de ese pacto, la obligación principal garantizada sería más bien una obligación contractual.

Por el contrario, si se pacta una cláusula penal para garantizar el pago de los daños y perjuicios provenientes de un *hecho ajeno* como, por ejemplo, cuando el propietario de un edificio colindante con el campo de deporte de un colegio pacte con ese centro educativo una cláusula penal para el supuesto de rotura de vidrios a causa de los juegos de pelota, en virtud de la cual aquel además de repararle los daños que tales acciones ocasionen, le pagará, como pena la cantidad de Bs. 50.000,00, dicha cláusula sería perfectamente válida y la obligación principal garantizada sería de carácter extracontractual.

En todo caso la validez de la cláusula penal para fijar anticipadamente el monto de los daños y perjuicios indemnizables en el ámbito de la responsabilidad civil por hecho ilícito presupone que la pena sea igual o superior al monto de los daños que experimente la víctima; en caso contrario, dicha cláusula se asimilará a una cláusula limitativa de responsabilidad cuya validez generalmente no se admite en materia de responsabilidad civil delictual por hecho propio¹⁰⁵.

Se admite igualmente la validez de la cláusula penal pactada para garantizar el cumplimiento de la obligación derivada del *pago de lo indebido*. Por ejemplo, cuando dos empresas que mantienen entre sí una intensa relación comercial, para precaver errores provenientes de un deficiente control de facturas, pactasen una cláusula penal para el supuesto de que se realizaran pagos por alguna de ellas a la otra correspondientes a partidas no debidas, pero reflejadas en facturas presentadas al cobro por la otra. En tal caso la pena convencional pactada sería válida y la obligación principal garantizada tendría su origen en un pago de lo indebido.

Por el contrario, la doctrina admite que la *gestión de negocios ajenos* no puede ser fuente de una cláusula penal. En efecto, la gestión de negocios tiene como presupuesto que una persona intervenga o se ocupe de los asuntos de otra sin que esta última se oponga o le haya autorizado

105 Al respecto, véase: VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *op. cit.* Tome VI. p. 448.

a hacerlo. Pues bien, si dos personas pactan una cláusula penal contemplando la posibilidad de que una de ellas se encargue de los negocios de la otra, en ese mismo pacto se esta dando, *tácitamente*, o bien una *autorización* para la realización de tales gestiones en caso de que se presenten, o bien una *ratificación* de las gestiones que en su día se realicen. No hay duda que la cláusula penal pactada para esa eventualidad se traduce en un reconocimiento de la gestión realizada; por lo cual, no cabe en tal caso afirmar que la gestión de negocios haya sido la fuente de la cláusula penal, puesto que la obligación principal garantizada sería de fuente contractual. Y por último, la cláusula penal pactada con posterioridad para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la gestión de negocios ya realizada, supone una novación y transforma estas obligaciones en obligaciones contractuales.

Por otra parte, la adición de una cláusula penal a una relación contractual puede tener su fuente en un mandato de *la ley* cuando esta fije el contenido de la pena para un supuesto concreto y determinado como, por ejemplo, en el supuesto previsto en los artículos 172 y 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas¹⁰⁶ que ordena la imposición de determinadas penalidades aplicables a los contratos de obras con el sector público en caso de demora.

Por último, en nuestro ordenamiento la cláusula penal siempre tiene su origen en la voluntad de las partes (aunque su estipulación derive de una disposición legal). *Las penas no tienen origen judicial* puesto que no son fijadas por la autoridad judicial. Los jueces no están facultados para imponer en beneficio del acreedor penas o sanciones de carácter conminatorio destinadas a lograr el cumplimiento de una obligación por parte del deudor¹⁰⁷.

106 El Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas fue publicado en la Gaceta Oficial N° 39.181 de fecha 19 de mayo de 2009.

107 La situación es distinta en otros ordenamientos que contemplan las *astreintes* que son penas pecuniarias admitidas por la ley y aplicadas por los jueces en beneficio del acreedor con una finalidad compulsiva o conminatoria destinadas a vencer la resistencia del deudor a cumplir con un deber jurídico. En Francia, las *astreintes* constituyen un medio de presión de que se vale la autoridad judicial para lograr la ejecución de sus decisiones. Consisten en una condena impuesta al deudor recalcitrante a pagar una determinada cantidad de dinero por cada día, semana, mes o año de retardo en el cumplimiento de una obligación. Son una creación

5. CAUSA

La doctrina italiana moderna se ha encargado de señalar que la cláusula penal como negocio autónomo tiene su propia causa que consiste en la previsión de una sanción por la inobservancia de un deber jurídico. La causa de la cláusula penal es pues diferente de la del negocio principal al cual dicha cláusula se refiere.¹⁰⁸ Así, se afirma, en el contrato de compra-venta la función económico-social del contrato considerado en su conjunto es el intercambio de una cosa por un precio. Es esa la operación jurídica perseguida por las partes. En cambio, la causa de la cláusula penal incluida en un contrato de compra-venta es la previsión de la sanción para su cumplimiento¹⁰⁹.

Enfatizando la función compulsiva de la cláusula penal, se afirma que la pena se estipula como una sanción para asegurar el cumplimiento del negocio principal al cual accede. Son estos los motivos principales determinantes para que las partes estipulen una cláusula penal (*causa del contrato en sentido objetivo*)¹¹⁰ y que le dan una configuración propia al

de la jurisprudencia que fue incorporada a la legislación mediante una ley sancionada el 5 de julio de 1972 y reformada por la Ley N° 91-650 del 9 de julio de 1991. En la legislación argentina, el artículo 666 (bis) del Código Civil regula las *astreintes* en los siguientes términos: “Los jueces podrán imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplieron deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquel desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.” Nuestra legislación, como se indica en el texto, no atribuye a los jueces la facultad de imponer una pena conminatoria al deudor en beneficio del acreedor para lograr la ejecución de la obligación. Respecto de la posición de la doctrina y la jurisprudencia nacionales contraria a la legalidad de las *astreintes*, véase MÉLICH-ORSINI, José: “La ejecución forzosa de las obligaciones de hacer y de no hacer” en *Estudios de Derecho Civil*. Editorial Jurídica Alva. Caracas, 1986. p.p. 107-112.

108 Al respecto, véase: MAGAZZÙ, Andrea: *op. cit.* § 3; TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale... cit.* p.p. 26 y 46-59. La Casación italiana, por su parte, ha sostenido que la cláusula penal “a diferencia de cualquier otra cláusula contractual tiene una causa propia y autónoma, aunque eventualmente complementaria con la del contrato principal” (Sentencia de la Casación italiana del 7 de marzo de 1964 citada por GALGANO, Francesco: *op. cit.* p. 512, nota 51).

109 TRIMARCHI, Michele: *Ibidem*; MARINI, Annibale: *op. cit.* p. 36.

110 Para un examen de la noción de la causa del contrato entendida como la función jurídica típica que el contrato cumple, en la doctrina italiana, véase: PUGLIATTI, S.: “Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico” en *Diritto Civile*. Milano, 1951. p.p. 119 y ss. Para

nexo que vincula la obligación accesoria con la principal. Si la causa de la obligación fuese diferente, no se trataría ya de una pena convencional sino de otra relación jurídica. Así, si la causa de la obligación fuese añadir otro objeto al de la obligación principal de modo que la obligación pudiera extinguirse mediante el pago de cualquiera de los objetos previstos, a elección del acreedor o del deudor, estaríamos en presencia de una obligación alternativa (*infra*, N° V,1); si de lo que se trata es de dar al deudor la facultad de sustituir la prestación debida por otra que sólo está “*in solutionem*” estaríamos ante una *obligación facultativa*; si lo que se pretende es establecer una determinada prestación accesoria que una de las partes se obliga a dar a la otra en caso de que quiera desistir del contrato, estaremos en presencia de una *multa penitencial*. Todas estas figuras son diferentes del instituto objeto de nuestro estudio (*infra*, N° V,2 y V,10).

6. FORMA

La doctrina discute si la estipulación de una cláusula penal debe cumplir con las mismas formalidades que sean exigidas para el negocio principal del cual depende. Por ejemplo, la hipoteca requiere como formalidad *ad substantiam* el registro del documento ante una oficina del Registro Inmobiliario (Código Civil, artículo, 1.879)¹¹¹. Entonces, ¿la cláusula penal que accede a un contrato de hipoteca debe igualmente cumplir con esta formalidad? Asimismo, de acuerdo con el artículo 1.387 del Código Civil, una convención o acto cuyo valor excede de la cantidad de dos mil bolívares no puede demostrarse mediante testigos, por lo que debe efectuarse por escrito. Entonces ¿la cláusula penal que acceda a dicho contrato o convención debe igualmente constar por escrito a los efectos de la demostración de su existencia?

un enfoque más moderno en la doctrina francesa, véase: GHESTIN, Jacques: *Cause de l'Engagement et Validité du Contrat*. L.G.D.J. París, 2006. En la doctrina nacional, para un examen de la noción de causa del contrato, véase: MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General... cit.* p.p. 258 y ss.

111 En relación con el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro del derecho real de hipoteca, véase: URDANETA FONTIVEROS, Enrique: “Los Principios Inmobiliarios Registrales en la Nueva Ley de Registro Público y del Notariado” en *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2010. p.p. 25 y 26.

Por supuesto este problema sólo se plantea cuando la cláusula penal se estipula en un acto distinto, esto es, por separado del contrato principal.

Según algunos autores, debido a su carácter accesorio la cláusula penal exige siempre la misma formalidad que el negocio que da origen a la obligación principal. Además se dice que la solución contraria permitiría mediante la estipulación de una cláusula penal eludir el sistema de formas previsto por la ley y dar lugar a resultados no deseados por el legislador como, por ejemplo, en el caso de una cláusula penal estipulada para reforzar el cumplimiento de una disposición testamentaria¹¹².

Otros autores, por el contrario, sostienen el criterio de la independencia de las formas, es decir, el negocio principal debe ajustarse a la forma que le es requerida, pero la cláusula puede ser pactada libremente en cualquier forma, escrita, verbal, por teléfono, etc. No existe, afirman, ninguna disposición legal que requiera que la cláusula penal siga la misma forma que la obligación principal. Además, se dice que la regla *accessorium sequitur principale* no debe seguirse al pie de la letra, so pena de dar lugar a consecuencias absurdas como, por ejemplo, que un contrato de fianza de suyo *consensual*, se convierta en un contrato real por el solo hecho de estipularse como accesorio de un contrato *real* como, por ejemplo, un contrato de préstamo¹¹³.

A nuestro modo de ver, esta cuestión debe resolverse de acuerdo con los principios generales. Para la cláusula penal, al igual que para todos los contratos en general, rige el principio de la libertad de formas con las excepciones que señala la ley. Por lo cual, salvo que la propia naturaleza u objeto de la pena convencional imponga una determinada formalidad, la cláusula penal será válida y obligará a las partes cualquiera que sea la forma en que se haya establecido. Así, si el contrato en que está contenida la obligación principal se ha formalizado mediante documento público y la pena se ha establecido por documento privado,

112 PIOLA, Giuseppe: *op. cit.* p. 367; VON THUR, Andreas: *op. cit.* p. 450.

113 BOZZI, Aldo: *op. cit.* p.p. 226-227; GÓMEZ CALERO, Juan: *op. cit.* p.p. 124-125; SANZ VIOLA, Ana María: *op. cit.* p.p. 67-68; PEIRANO FACIO, Jorge: *op. cit.* p.p. 189-191; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: *op. cit.* p. 22.

ello no obsta a la validez de la cláusula penal; como tampoco afecta su validez el que ese contrato principal conste por escrito y la pena se pacte verbalmente. La misma regla se aplica en el supuesto de que la forma escrita del contrato venga impuesta por la ley. En tal caso el problema podrá ser la prueba de la existencia de la cláusula penal cuando la pena exceda de dos mil bolívares, cuestión distinta de la forma de la misma. A los fines de la prueba pertinente rige la limitación del artículo 1.387; o sea, si el valor de la pena –y no el del negocio principal– supera los dos mil bolívares, debe probarse por escrito. Pero ello no obsta a que la cláusula penal pueda convenirse de cualquier manera, incluso verbalmente. Por consiguiente, el principio de la accesoriedad ninguna influencia tiene en cuanto a la forma que debe adoptar la cláusula penal.

Ahora bien, si en atención a su naturaleza o en virtud de su objeto, la propia cláusula penal requiere cumplir con una determinada formalidad *ad substantiam* para su validez, debe cumplirse con esta exigencia, so pena de nulidad como, por ejemplo, cuando se pacta que la falta de cumplimiento de una obligación acarreará como cláusula penal la obligación del deudor de donar un determinado bien inmueble a un tercero, producido el incumplimiento de la obligación principal, si quien habrá de ser beneficiario de la donación pactada como cláusula penal exige el cumplimiento de la pena, deberá acreditar que esta consta en forma auténtica (arg.: *ex art.* 1.439 del Código Civil).

Pero, se insiste, esta conclusión no deriva del principio de la accesoriedad de la cláusula penal que no debe ser entendido hasta el extremo de exigir para la validez de esta última el cumplimiento de la misma formalidad requerida para el negocio que da origen a la obligación principal.

Es el contenido propio de la cláusula penal lo que puede determinar, por excepción, la exigencia de una determinada forma para su validez. El contenido específico de la cláusula penal y no el objeto de la obligación principal es pues el que ha de determinar, en cada caso, la necesidad de cumplir con una formalidad para la validez de la pena estipulada.

En resumidas cuentas, sólo en el supuesto de que el negocio que establezca la cláusula penal requiera una formalidad *ad substantiam*, habrá que satisfacer esta exigencia para la validez de dicha cláusula, bajo

sanción de nulidad. Pero si es la obligación principal la que requiere este requisito de forma, ello no implica que la cláusula penal también la exija.

Desde luego, si la ley exige una formalidad *ad substantiam* para la validez del negocio principal al cual la cláusula penal acceda, la inobservancia de esta formalidad acarrea la nulidad del negocio principal y, por vía de consecuencia, la de la cláusula penal (*accessorium sequitur principale*) (*infra*, N° IV, 1, b). En tal caso, la cláusula penal sería nula por razón de la nulidad de la obligación principal por falta de las formalidades necesarias, independientemente de la forma de la cláusula penal.

Por último, con respecto al argumento de la situación anómala que se crearía en las cláusulas penales impuestas por la voluntad del testador si se admitiera la validez de las mismas sin haberse cumplido con los requisitos de forma para la existencia del testamento, conviene recordar que los requisitos que se imponen para la validez de cualquier declaración de voluntad que haya de surtir efectos jurídicos *post mortem*, no son propiamente requisitos que se exigen para la validez de la cláusula penal por la especial naturaleza del negocio a que ella accede, ni son impuestos en atención a la propia cláusula penal, sino que son requisitos comunes a toda manifestación de voluntad dirigida a expresar la voluntad del testador, que debe expresarse cumpliendo con determinadas formalidades. La ley ha querido que la manifestación de voluntad del testador esté provista siempre de una serie de garantías que, efectivamente, aseguren la autenticidad de esa declaración de voluntad¹¹⁴.

7. ¿CUÁNDO DEBE PACTARSE LA CLÁUSULA PENAL?

La cláusula penal puede convenirse en el momento de la celebración del contrato principal al cual dicha cláusula accede, o con anterioridad, o con posterioridad a su celebración, por cláusula o convenio

114 Esto resulta claro en el caso, por ejemplo, de la remisión de la deuda que, a pesar de no estar sometida a ningún requisito de forma por parte del legislador, cuando se produce por testamento debe cumplir con las formalidades propias del testamento. Al respecto, véase: PEIRANO FACIO, Jorge: *op. cit.* p.p. 190-191; MÉLICH-ORSINI, José: *Modos de Extinción de las Obligaciones*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 60. Caracas, 2004. p. 238, especialmente, la nota 484.

separado. Si bien lo normal es que la cláusula penal se integre en una disposición o cláusula del contrato principal, de ahí su nombre, nada se opone a que pueda ser pactada en un documento separado antes o después de contraída la obligación principal¹¹⁵.

No existe pues impedimento legal a que la cláusula penal preceda a la obligación principal porque, al igual que la fianza, se admite que mediante una cláusula penal puede garantizarse el cumplimiento de una obligación futura¹¹⁶. Tampoco existe inconveniente a que durante la vida de la obligación se agregue a esta una cláusula penal.

Aun cuando el carácter accesorio de la cláusula penal exige la existencia y validez del contrato principal al cual dicha cláusula penal se refiere (*infra*, N° IV,1,b,b-1), ello no significa que únicamente pueda convenirse en la estipulación de la cláusula penal con anterioridad o en el momento de la celebración del contrato principal. La cláusula penal puede perfectamente pactarse con posterioridad a su celebración, siempre y cuando ello se haga antes del vencimiento de la obligación garantizada mediante la estipulación de la pena.

El requisito esencial, por tanto, es que la cláusula penal se pacte con anterioridad al incumplimiento de la obligación para cuya seguridad se pacta. En efecto, la cláusula penal es una garantía del resarcimiento de los daños y perjuicios, lo que presupone el incumplimiento de la obligación principal. Por lo cual, mientras este no se produzca, las partes pueden pactar una cláusula penal, que cumplirá en tal caso su función de “garantía” y de determinación y liquidación anticipada de los daños y perjuicios. La eficacia de la cláusula penal no requiere pues que la misma deba pre-existir o ser coetánea a la celebración del contrato cuyo cumplimiento ella garantiza. Es suficiente que se convenga antes de la inejecución de la obligación principal a la cual dicha cláusula penal se refiere.

115 *Cfr.* DE PAGE, Henri: *op. cit.* Tome III. (Les Obligations - Seconde Partie). p. 149; VON THUR, Andreas: *loc. cit.* En contra, Piola afirma que es necesario que la cláusula penal se estipule con anterioridad o en el momento en que se asume la obligación principal que ella garantiza (PIOLA, Giuseppe: *op. cit.* p. 365).

116 *Cfr.* SCUTO, Carmelo: *Teoria Generale delle Obligazioni*. Vol. I. Napoli, 1953. p. 683; TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale.... cit.* p. 35.

De pactarse después del incumplimiento, obviamente que se frustraría el fin u objetivo propio de ese instituto. La cláusula penal pactada después de la inexecución de la obligación principal no cumpliría su función compulsiva ni sería una liquidación anticipada de los daños y perjuicios. Se trataría más bien de una transacción o, simplemente, de un convenio de fijación de daños y perjuicios ya ocurridos¹¹⁷.

En fin, de lo que se trata es que la cláusula penal se pacte en un tiempo compatible con la consecución de las finalidades perseguidas por las partes mediante su estipulación¹¹⁸.

117 Cfr: DE PAGE, Henri: *loc. cit.*

118 Cfr: BOZZI, Aldo: *op. cit.* p.p 220-223.

CAPÍTULO IV

CARACTERES DE LA CLÁUSULA PENAL

La doctrina señala los caracteres que debe reunir la cláusula penal, algunos de los cuales son exigidos expresamente en nuestro Código Civil. Dichos caracteres son:

1. LA CLÁUSULA PENAL ES ACCESORIA

a) Significado de la accesoriedad

La cláusula penal se explica por la existencia de una obligación principal a la cual accede. La cláusula penal carece de sentido por sí sola. Por ser accesorio de una obligación principal, la cláusula penal depende estrechamente de ella y sigue en principio su suerte.

Su finalidad, ya lo hemos dicho, es garantizar la ejecución de la obligación principal. Por lo cual, si no hay una obligación principal que garantizar, no puede existir cláusula penal.

Como la validez de la cláusula penal presupone la existencia de una obligación principal cuyo cumplimiento está dirigida a asegurar, la cláusula por la cual una persona sin obligarse a una prestación conviene en pagar la pena para el caso de que no la cumpliera no es una cláusula penal. Dicha estipulación se rige por las reglas de las obligaciones condicionales (*infra*, N° IV,3).

Asimismo, la cláusula penal pactada para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato que, en definitiva, no llega

a formarse carece de toda eficacia¹¹⁹ y, por tanto, los daños y perjuicios deben estimarse, en tal caso, conforme al Derecho común.

La accesoriidad de la cláusula penal también se pone de manifiesto por la circunstancia de que la pena convencional sólo se hace exigible cuando la obligación principal se incumple o se cumple con retraso (Código Civil, artículo 1.257)¹²⁰. De acuerdo con la doctrina moderna, ya lo hemos dicho, *la causa* de la pena convencional pactada en la cláusula penal es la previsión de la sanción para la ejecución del negocio principal al cual dicha cláusula penal se refiere (*supra*, N° III,5)¹²¹.

La cláusula penal es la determinación anticipada que hacen las partes de los daños y perjuicios derivados de la inejecución o retardo de la obligación principal. De ahí que la cláusula penal 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)¹²².

Pero la accesoriidad de la cláusula penal no impide que esta se configure como un negocio autónomo con unos particulares requisitos

119 Esto no impide, desde luego, convenir en una cláusula penal para indemnizar los daños y perjuicios que ocasione la no celebración de un contrato como, por ejemplo, en el caso de una ruptura intempestiva e injustificada de las tratativas o negociaciones conducentes a la formación del contrato.

120 La doctrina es conteste sobre el carácter accesorio de la cláusula penal. Al respecto, véase: MAZEAUD, Denis: *op. cit.* p.p. 87-106; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *op. cit.* Tome VI. p.p. 448-450; DE PAGE, Henri: *op. cit.* Tome II. (Les Obligations - Seconde Partie). p. 146; RICCI, Francisco: *Derecho Civil Teórico y Práctico*. Tomo XIII. Traducción Castellana. Editorial Antalbe. Barcelona, s.d. p. 282; MAGAZZÙ, Andrea: *op. cit.* § 3; MARINI, Annibale: *op. cit.* p.p. 75-81; DÁVILA GONZÁLEZ, Javier: *op. cit.* p.p. 149-155; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida: *op. cit.* p.p. 58-84; PEIRANO FACIO, Jorge: *op. cit.* p.p. 134-146.

121 Al respecto, véase: TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale... cit.* p. 26.

122 Al respecto, véase: COLMET DE SANTERRE, E.: *Cours Analytique du Code Civil*. Tome V. París, 1873. p. 165. Pero, por supuesto, no procede investigar si el acreedor experimentó o no un daño como consecuencia del incumplimiento de la obligación principal puesto que cuando se estipula una cláusula penal aquel se presume ya por el solo hecho del incumplimiento. *Cfr.* FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc y SAVAUX, Éric: *op. cit.* Vol. III. p. 178, especialmente, la nota 5 y la jurisprudencia francesa allí citada; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.* p. 616, especialmente, la nota 1 y la jurisprudencia francesa allí citada; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *op. cit.* Tome VI. p. 461, especialmente, la nota 135 y la jurisprudencia francesa allí citada.

de forma y de fondo exigidos por la particular naturaleza jurídica de esta figura (*supra*, N° III). El negocio jurídico cláusula penal si bien es accesorio de otro principal, ya lo hemos dicho, tiene sus propios elementos constitutivos. Por eso la doctrina moderna considera que la cláusula penal más que una *obligación* accesorias es un *negocio jurídico* accesorio¹²³.

b) Consecuencias

El carácter accesorio de la cláusula penal produce las siguientes consecuencias:

b-1) La extinción o nulidad de la obligación principal produce la extinción o nulidad de la cláusula penal

La cláusula penal sigue la suerte de la obligación principal y, por tanto, si esta se extingue o es nula, también se extingue o cae la cláusula penal pues *accessorium sequitur principale*. Si la obligación principal para cuya seguridad se pactó la cláusula penal es nula, dicha nulidad trae consigo la de la cláusula penal ya que desaparece la causa de la pena convencional estipulada. Si la obligación principal es anulable, la misma suerte sigue la cláusula penal. Si la obligación principal se confirma, también resulta confirmada la cláusula penal.

La nulidad de la obligación principal trae consigo la de la cláusula penal aun en aquellos casos en los cuales los contratantes hayan conocido la ineficacia de la obligación principal cuya validez se garantizó mediante la cláusula penal¹²⁴. Lo contrario le permitiría a las partes, por un rodeo, dar al traste con las reglas sobre nulidad. En efecto, como la cláusula penal es un medio de reforzar la obligación principal, mediante la estipulación de una pena convencional las partes podrían eludir las

123 TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale....loc. cit.* p.p. 15 y ss.; MAGAZZÙ, Andrea: *loc. cit.*

124 Cfr: BORDA, GUILLERMO A.: *op. cit.* Tomo I. p.p. 228-229. En contra, en la doctrina italiana, RICCI, Francisco: *op. cit.* Tomo XIII. p.p. 282-283. Cabe hacer notar que la solución que se indica en el texto es la que consagra expresamente el párrafo 344 del Código Civil alemán (B.G.B.) según el cual “si la ley declara ineficaz la prestación prometida, el acuerdo realizado para llevar a cabo una pena por incumplimiento de la promesa también es ineficaz, incluso si las partes sabían que la promesa era eficaz”.

prohibiciones de la ley y atribuir eficacia, aunque fuera indirecta, a las convenciones que tuviesen un objeto o una causa ilícita.

En atención a su carácter accesorio, si la obligación principal se extingue por cualquier causa, también se extingue, por vía de consecuencia, la cláusula penal (*infra*, N° IX,1). Extinguido el vínculo no tiene sentido lógico que subsista la pena. Si, por ejemplo, la obligación principal se extingue por una causa extraña no imputable, también se extingue la cláusula penal, salvo que el deudor hubiese asumido los riesgos de la causa extraña no imputable y pactado la cláusula penal para cualquier tipo de incumplimiento, incluyendo el involuntario.

En ciertos casos, por excepción, la cláusula penal puede sobrevivir a la extinción del contrato principal para garantizar el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de su terminación como, por ejemplo, en el caso de la nulidad de la venta de la cosa ajena (arg.: *ex art.* 1.483 del Código Civil). Es decir, si no obstante la nulidad de la venta de la cosa ajena, deben pagarse daños y perjuicios *ex artículo* 1.483 del Código Civil, nada impide que estos sean contractualmente fijados y garantizados mediante la estipulación de una cláusula penal¹²⁵.

De la misma manera, si se trata de una cláusula penal constituida por un tercero (*supra*, N° III,1), consideramos que la misma será válida no obstante la nulidad (relativa) de la obligación principal por incapacidad del deudor (arg.: *ex art.* 1.805, primer aparte, del Código Civil). Esta es pues otra situación en la cual, por excepción, la nulidad de la obligación principal no incide sobre la validez de la cláusula penal.

La doctrina y la jurisprudencia francesa y belga consideran que la cláusula penal pactada como accesorio a una *estipulación a favor de tercero* constituye una excepción al principio del carácter accesorio de la cláusula penal puesto que aún siendo nula la prestación principal garantizada, puede ser exigido el cumplimiento de la pena (Baudry-Lacantinerie, Planiol y Ripert, Laurent, De Page).

Esto se explica porque en Francia la estipulación a favor de tercero, conforme al artículo 1.121 del *Code*, sólo es válida cuando es

125 Al respecto, véase lo que expongo en mi trabajo *Las Arras en la Contratación... cit.* p.p. 86-87.

condición de una estipulación que se hace para sí mismo o de una donación que se hace a otro. En los demás casos es inválida porque se estima que su cumplimiento carece de interés para el estipulante. Por tanto, en Francia la manera de asegurar que exista ese interés es mediante el establecimiento de una cláusula penal que deberá pagar el promitente al estipulante en caso de inejecución del contrato. La cláusula penal viene así a dar eficacia a una estipulación que, sin ella, sería nula. De ahí que la doctrina francesa correctamente recoja esta excepción.

Pero en nuestro ordenamiento dicha excepción no se justifica ya que de acuerdo con el artículo 1.166 del Código Civil la estipulación a favor de tercero es siempre válida sin las limitaciones que consagra el Derecho francés para su validez. Por lo cual, en nuestro ordenamiento la validez de la cláusula penal destinada a asegurar el cumplimiento de la obligación del promitente en la estipulación a favor de tercero no constituye una excepción al carácter accesorio de la cláusula penal que determine que ella subsista no obstante la invalidez de la obligación principal.

Asimismo, según la doctrina y la jurisprudencia francesa y belga, la cláusula penal añadida a la *promesa del hecho ajeno* es válida y purga el vicio de nulidad que afecta a la promesa del hecho de otro. Según Laurent, quien promete el hecho de un tercero no se obliga a nada (arg.: ex art. 1.119 del Código Civil francés), pero si estipula una pena para el caso de que el tercero no haga aquello que se ha prometido por él, el motivo de la nulidad de la promesa desaparece y la obligación pasa a ser válida por la cláusula penal que se le ha agregado.

En nuestro ordenamiento, la situación es distinta: No hay una disposición como la del artículo 1.119 del *Code*, sino que el artículo 1.165 reconoce la validez de la promesa del hecho ajeno y confiere al acreedor el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios al otro contratante, si el tercero rehúsa obligarse o no cumple el hecho prometido. Por consiguiente, la pena añadida a la promesa del hecho ajeno, tampoco constituye en nuestro ordenamiento una excepción al carácter accesorio de la cláusula penal que determine que dicha cláusula subsista por sí misma sin necesidad de acceder a una obligación válida.

Por otra parte, cabe anotar que si bien la extinción o nulidad de la obligación principal, con las excepciones antes examinadas, trae consigo la de la cláusula penal, la situación inversa no es cierta porque la extinción o nulidad de la cláusula penal no afecta en nada a la obligación principal la cual conserva su validez¹²⁶. *Utile per inutile non vitiatur*. Por ejemplo, la nulidad de la cláusula penal que se encuentra afectada por un vicio del consentimiento no se comunica al contrato principal. Lo mismo ocurre cuando la cláusula penal consista en entregar una cosa que se encuentre fuera del comercio.

Por excepción, la nulidad de la cláusula penal determina la nulidad de la obligación principal para cuya seguridad se pactó cuando esa haya sido la intención de las partes, es decir, cuando la validez de la cláusula penal hubiese sido determinante del consentimiento prestado para la celebración del contrato y así lo hayan indicado o hecho suponer inequívocamente las partes.

b-2) La cesión del crédito garantizado con cláusula penal produce la cesión de la cláusula penal

La cesión del crédito garantizado mediante la estipulación de una cláusula penal produce la cesión de esta última y da derecho al cesionario a exigir el cumplimiento de la pena en caso de inejecución de la obligación principal por parte del deudor cedido. Así lo prescribe el artículo 1.552 del Código Civil según el cual “la venta o cesión de un crédito comprende los accesorios de ese crédito, tales como las cauciones, privilegios o hipotecas”. Entre los accesorios transferidos se encuentra, sin duda, el derecho a exigir el cumplimiento de la cláusula penal que garantice el crédito cedido (*infra*, N° IX,1)¹²⁷. De la misma manera la cláusula penal seguirá adherida a la obligación principal, en caso de *subrogación del crédito*¹²⁸.

126 Así lo consagra expresamente el artículo 1.227 del Código Civil francés.

127 Cfr. LOKSAIER, Fredj: *La Clause Pénale dans les Contrats Internes et dans les Contrats Internationaux*. Lausanne, 1.985. p. 59. En contra, en la doctrina española, LOBATO DE BLAS, Jesús María: *op. cit.* p.p. 128-129. En nuestro concepto, negar la transmisibilidad de la cláusula penal cuando se produce la cesión del crédito equivale a desvincular al deudor del cumplimiento de una obligación que libremente asumió cumplir, lo que es contrario a los principios más elementales que gobiernan la relación obligatoria.

128 Cfr. DEMOGUE, René: *op. cit.* Tome VI. p. 500.

b-3) Las modalidades que afectan la obligación principal inciden sobre la cláusula penal

En razón del carácter accesorio de la cláusula penal, las modalidades a las que está sujeta la obligación principal afectan igualmente a la cláusula penal. Por ejemplo, si aquella está sometida a condición o a término, también lo estará la pena convencional. Pero las modalidades a que está sujeta la cláusula penal no afectan el cumplimiento de la obligación principal, en virtud de la regla de que lo accesorio no influye sobre lo principal.

b-4) Prelaciones y garantías de la obligación principal

Por último, en lo concerniente al carácter accesorio de la cláusula penal, conviene tener en cuenta que las prelaciones y garantías de que se halle provista la obligación principal no se extienden al crédito derivado de la cláusula penal, salvo pacto en contrario. La dependencia de la cláusula penal respecto de la obligación principal no puede por sí sola producir como consecuencia la extensión de los derechos de prelación o de garantía de esta a aquella, por referirse estos derechos accesorios únicamente al crédito principal como tal y no a toda la relación jurídica que vincula a las partes.

En cuanto a *la fianza*, el artículo 1.808 del Código Civil confirma esta regla y el artículo 1.809 constituye una excepción a la misma aplicable a la fianza indefinida.

Por lo que respecta a *la hipoteca*, también confirman la regla los artículos 1.877 y 1.879 que requieren que la obligación garantizada se determine expresamente y que el monto de la hipoteca sea también determinado.

En materia de *prenda*, podría pensarse que el artículo 1.852 aparece como excepción a la regla. No obstante, a nuestro modo de ver, esta disposición sólo se refiere al derecho de retención del acreedor prendario y no a su preferencia para el cobro¹²⁹.

129 Como es bien sabido, el derecho de retener la prenda es un *derecho entre las partes* derivado de la celebración del contrato; en cambio, el derecho de preferencia es el derecho que

Tampoco *los privilegios* de que se halle provisto el crédito del acreedor garantizado con una cláusula penal, amparan el cobro de la pena puesto que los privilegios los concede la ley en atención a *la causa del crédito* (Código Civil, artículo 1.866) y la causa de la obligación principal es distinta de la de la obligación penal (*supra*, N° III,5). Al cambiar la causa cesa el privilegio a menos que una disposición legal establezca lo contrario.

Lo que se ha dicho hasta aquí se deduce además de los principios generales. En efecto, la extensión de las garantías o prelación de la obligación principal a la pena convencional como regla contradiría lo dispuesto en el artículo 1.864 que consagra el principio de que todos los acreedores concurren, a prorrata de sus créditos, a hacerlos efectivos sobre el patrimonio del deudor en un plano de igualdad, salvo las causas legítimas de preferencia las cuales, como excepción a este principio, deben aplicarse restrictivamente.

2. LA CLÁUSULA PENAL ES SUBSIDIARIA

La cláusula penal sólo es exigible en caso de inejecución o retardo en el cumplimiento de la obligación principal. Al igual que la indemnización de los daños y perjuicios, la cláusula penal presupone la inejecución culposa de la obligación a la cual accede. Sólo si el deudor no cumpliere la prestación principal o se retrasare en su cumplimiento, puede ser exigido el pago de la pena. De ahí su carácter subsidiario¹³⁰.

Del carácter subsidiario de la cláusula penal derivan dos consecuencias: 1) el acreedor siempre tiene el derecho a exigir el cumplimiento en especie de la obligación principal (Código Civil, artículo 1.259). Por tanto, el deudor no puede eximirse de cumplir la prestación principal pagando la pena (*infra*, N° VIII,2,a); y 2) el acreedor no puede reclamar el cumplimiento de la obligación principal y al mismo tiempo la pena, si no

tiene el acreedor prendario respecto de los terceros después de ejecutada la prenda y que le confiere frente a los demás acreedores prelación sobre el precio de la prenda en orden al cobro de la deuda garantizada. *Cfr.* AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *op. cit.* p.p. 75-78.

130 *Cfr.* DE PAGE, Henri: *op. cit.* Tome II. (Les Obligations - Seconde Partie). p.p. 156-157; MAZEAUD, Denis: *op. cit.* p. 187.

la hubiere estipulado por el simple retardo (Código Civil, artículo 1.258, segunda parte) (*infra*, N° VIII,2,b).

En fin, la eficacia particular de la pena sólo entra en funcionamiento en caso de inexecución o retardo de la obligación principal. Hasta ese momento no es exigible; incluso, una vez llegado este, el acreedor puede elegir entre exigir la obligación principal o la cláusula penal, lo que demuestra aun más el carácter subsidiario de esta última.

3. ¿TIENE CARÁCTER CONDICIONAL?

Según algunos autores la cláusula penal da nacimiento a una *obligación condicional*. Se afirma, en tal sentido, que en la cláusula penal el deudor vendría obligado a pagar la pena bajo la condición de que no cumpliera la obligación principal. Por lo cual, se dice que la cláusula penal da nacimiento a una obligación condicional: La prestación accesoria en que consiste la pena está sujeta a una condición suspensiva de carácter negativo, esto es, al incumplimiento de la obligación principal lo que constituye un acontecimiento futuro e incierto en el momento en que se estipula dicha cláusula. La pena convencional está pues sometida a una condición cuyo cumplimiento depende de la exclusiva voluntad del deudor (*condición puramente potestativa*)¹³¹.

Nos parece que ese criterio es incorrecto y que no puede asimilarse la cláusula penal a una obligación condicional por varias razones:

1) La inexecución o retardo en el cumplimiento de la obligación principal, en realidad, no constituye una condición en sentido técnico-jurídico, sino una *conditio iuris* de la exigibilidad de la cláusula penal.

131 Poco más o menos en el mismo sentido, véase: PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *op. cit.* Tomo VII. p. 186; LAURENT, F.: *op. cit.* Tomo XVII p.p. 465-466; *Cfr.*: BOZZI, Aldo: *op. cit.* p.p. 224-226; PIOLA, Giuseppe: *op. cit.* p. 367 VON THUR, Andreas: *op. cit.* p. 451; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *op. cit.* p.p. 84-85. En cambio los autores españoles en general niegan el carácter condicional de la cláusula penal. Al respecto, véase: DÍEZ PICAZO, Luis: *op. cit.* Vol. II. (Las Relaciones Obligatorias). p. 466; ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *op. cit.* p.p. 152-153; LOBATO DE BLAS, Jesús María: *op. cit.* p.p. 112-115. La doctrina italiana en general niega igualmente el carácter condicional de la pena. Al respecto, véase: MAGAZZÙ, Andrea: *op. cit.* § 4; TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale.... cit.* p. 66.

En efecto, la subordinación de la pena convencional al evento futuro e incierto del incumplimiento de la obligación principal deriva no tanto de un elemento arbitrario y contingente dependiente de la voluntad de las partes, sino de la naturaleza misma y de la configuración legal de ese instituto. El hecho condicionante de la prestación accesoria en que consiste la pena constituye más bien un presupuesto lógico de naturaleza legal y no una verdadera y auténtica condición. No se trata, por tanto, de una condición como modalidad o elemento accidental de la relación obligatoria impuesto por la voluntad de las partes, sino de un elemento necesario y constante de la cláusula penal¹³².

2) En la obligación condicional antes del advenimiento de la condición, no hay obligación alguna. Sólo existirá la obligación cuando la condición se cumpla. En cambio, en la obligación con cláusula penal hay una obligación principal existente antes del advenimiento de la condición, independientemente de que esta se cumpla o no. Esta diferencia se pone de manifiesto con el siguiente ejemplo que trae Giorgi: “Cuando alguno promete pagar mil liras si no derriba un árbol, no contrae precisamente la obligación de derribar el árbol, porque dicha prestación, en lugar de presentarse como objeto de la promesa, aparece únicamente como un hecho futuro e incierto, del que depende el pago de las mil liras. Estamos, pues, en los términos de una obligación condicional, dependiente de la voluntad del deudor. Ningún vínculo serio liga a este con el acreedor, y este por su parte, no tiene ninguna acción que ejercitar en

132 Como afirma Santoro Passarelli existe una diferencia esencial entre la modalidad condición y la *conditio iuris* ya que mientras la primera es una cláusula arbitraria y contingente, el elemento *conditio iuris* es necesario y constante puesto que viene impuesto por una norma legal (SANTORO PASSARELLI, F.: *Doctrinas Generales del Derecho Civil*. Traducción al castellano de Luna Serrano. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1964. p. 234). En el mismo sentido, en la doctrina nacional, Zambrano Velasco afirma que la condición debe ser un acontecimiento voluntario procedente de la voluntad de las partes “ya que si la subordinación al evento futuro e incierto derivase de la naturaleza misma del negocio jurídico más bien que de la voluntad de sus autores, se hablaría de una *conditio iuris* pero no de una verdadera y auténtica condición, porque ello ocurre por disposición de la ley. Algunos llaman por esta razón, “impropia” a la *conditio iuris* en cuanto que por no ser verdadera y propia condición y tampoco elemento accidental, constituye más bien un presupuesto lógico de naturaleza legal o un requisito objetivo tácito o sobreentendido”. (ZAMBRANO VELASCO, José Alberto: *op. cit.* p. 491).

juicio. Pero si el deudor, por el contrario, ha prometido derribar el árbol, y en su defecto se ha obligado al pago de mil liras, los términos están invertidos; el derribar el árbol se ha convertido en el verdadero objeto de la obligación, y el pago de las mil liras se ha transformado en cláusula penal destinada a garantizar el cumplimiento de aquella¹³³.”

Dicho en otros términos, en la obligación condicional, el hecho en que consiste la condición no comporta un deber jurídico de ninguna especie; no es coercible. El hecho constitutivo de la condición no es obligatorio y su evitación no es exigible jurídicamente. En cambio, en la obligación con cláusula penal, la obligación principal es debida y el acreedor puede exigir que no se cumpla la condición puesto que esta consiste en el incumplimiento de una obligación¹³⁴. De donde resulta que la exigibilidad de la pena depende del incumplimiento de la obligación principal, cuya evitación el acreedor puede exigir reclamando su ejecución. En fin, el hecho del cual depende la efectividad de la pena, a saber, el cumplimiento de la prestación principal, a diferencia del hecho que constituye la condición, es susceptible de coerción.

3) Por último, no puede asimilarse la cláusula penal a una obligación condicional porque la condición suspende el nacimiento de la obligación hasta que se cumpla el acontecimiento futuro e incierto del cual depende. En cambio, la cláusula penal existe desde la celebración del contrato y coexiste con la obligación principal¹³⁵. Sólo la particular eficacia de la cláusula penal depende del incumplimiento de la obligación principal y de la circunstancia de que el acreedor opte por exigir el cumplimiento de la pena.

Por las razones antes expuestas, la cláusula penal no da lugar al nacimiento de una obligación sometida a una condición suspensiva.

133 GIORGI, Jorge: *op. cit.* Tomo IV. p. 480.

134 Cfr: ALBALADEJO, Manuel: *op. cit.* Tomo XV. Vol II. p.p. 454-455.

135 En el mismo sentido expuesto en el texto, en la doctrina nacional Dominici, Maduro Luyando y Pittier Sucre sostienen que la cláusula penal no puede asimilarse a una obligación condicional (DOMINICI, Anibal: *op. cit.* Tomo II. p.p. 722-723; MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.* Tomo II. p. 942).

4. LA CLÁUSULA PENAL ES PREVENTIVA

Al igual que los negocios jurídicos de garantía, la cláusula penal se estipula porque las partes prevén de antemano la posibilidad de un eventual incumplimiento, así como los daños y perjuicios que el mismo pudiera ocasionar. Si bien de ordinario se estipula en el momento de la celebración del contrato principal, la cláusula penal también puede convenirse, con posterioridad, durante la vida de la relación obligatoria, pero siempre antes de producido el incumplimiento. Por el acto constitutivo de la obligación o por uno posterior a su nacimiento, pero siempre antes de su inejecución, pueden las partes establecer una cláusula penal para determinar y liquidar anticipadamente el monto de los daños y perjuicios. De ahí su carácter preventivo.

5. LA CLÁUSULA PENAL ES INMUTABLE

a) Significado de la inmutabilidad

Cuando se afirma que la cláusula penal es inmutable se quiere significar que una vez convenida por las partes no se puede modificar – salvo que medie un nuevo acuerdo de las partes – ni su contenido, pretendiendo cambiar el objeto de la pena, ni su cuantía pretendiendo aumentar o disminuir la pena estipulada¹³⁶.

En nuestra legislación civil, la inmutabilidad de la pena tiene carácter absoluto: De acuerdo con el artículo 1.276, cuando la determinación de los daños y perjuicios se hace bajo la fórmula de cláusula penal, no puede el acreedor pedir una suma mayor ni el deudor pretender que se le reciba una menor, quedando la autoridad judicial facultada para disminuir el monto de la pena solamente cuando la obligación principal cuyo cumplimiento se hubiere garantizado mediante una cláusula penal, haya sido parcialmente ejecutada (Código Civil, artículo 1.260).

Se admite, sin embargo, que el artículo 1.276 no es de orden público; sólo existe si las partes no han pactado otra cosa. Por lo cual,

136 Al respecto, por todos, véase: COVIELLO Jr., Leonardo: “Clausola penale e risarcimento del danno” en *Il Foro Italiano*, 1933, Parte prima. Columna 1.697.

los contratantes pueden estipular una pena, sin perjuicio del derecho del acreedor de reclamar una indemnización mayor, o convenir en que la autoridad judicial pueda en determinados casos modificar la pena estipulada (*infra*, N° IV,5,d,d-2).

b) Fundamento

La inmutabilidad de la pena se fundamenta en el principio de la intangibilidad de los contratos que consagra el artículo 1.159 del Código Civil de acuerdo con el cual los contratos tienen fuerza de ley entre las partes¹³⁷. Por lo cual, al juez no le está permitido modificar los efectos de un contrato salvo que la ley lo autorice expresamente para ello. Además, mediante la estipulación de una cláusula penal las partes han querido evitar toda discusión futura acerca de la existencia del daño y su cuantía y esto no se lograría si fuese posible alterar la pena modificando su monto.

La inmutabilidad de la cláusula penal se establece para favorecer tanto al deudor como al acreedor; aprovecha al deudor, porque no se le permite al acreedor pretender una cantidad mayor ni siquiera demostrando que la pena estipulada es insuficiente para reparar el daño sufrido; aprovecha al acreedor porque tampoco puede el deudor liberarse de la pena ni aún probando que el acreedor sufrió daños menores o no sufrió daño alguno. Estas son, en breve síntesis, las consecuencias que derivan del artículo 1.276 del Código Civil.

c) Evolución histórica y legislación comparada

Antes de examinar el principio de la inmutabilidad de la pena en nuestra legislación civil, es conveniente hacer una sucinta mención a sus antecedentes históricos y a las soluciones adoptadas al respecto por otros ordenamientos.

El principio de la inmutabilidad de la cláusula penal tiene su origen en *el Derecho romano*, que consagró el carácter fijo de la

137 *Cfr.*: CHARTIER, Yves: *La Réparation du Prejudice*. Dalloz, 1983. p. 573; MARTY, Gabriel y RAYNAUD, Pierre: *op. cit.* Tome II. Premier volume. p. 590; MAZEAUD, Denis: *op. cit.* p.p. 325-326; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *op. cit.* Tome VI. p. 463, especialmente, la nota 149 y la jurisprudencia francesa allí citada.

cláusula penal. El juez no podía modificar la pena aunque fuese excesiva. La única limitación era que podía dejar sin efecto la cláusula penal si la misma encubría un pacto usurario¹³⁸.

En *el Antiguo Derecho francés*, y bajo la influencia de Dumoulin, se le reconoció a los jueces la facultad de reducir el monto de la cláusula penal. Se consideró que era equitativo moderar las penas excesivas para evitar situaciones abusivas. Este criterio fue también seguido por Pothier. Sin embargo, *el Código Napoleón* (art. 1.152) y los códigos que lo siguieron conjuntamente con el principio de la autonomía de la voluntad adoptaron la doctrina opuesta y establecieron el principio de la inmutabilidad de la pena. El *Code* no confirió pues a los jueces, al menos en principio, la facultad de moderar el monto de la pena estipulada¹³⁹. Sólo reconoció a la autoridad judicial, por vía de excepción, la facultad de reducir la pena en caso de ejecución parcial del contrato (art. 1.231). El fundamento de esta excepción se encuentra en la prohibición de acumular el cumplimiento de la obligación principal y la pena (art. 1.220). La cláusula penal, por tanto, no podía ser reducida en modo alguno, si no se había producido el cumplimiento parcial, aunque se constatará que era manifiestamente excesiva, por el principio de la fuerza obligatoria de los contratos consagrado en el artículo 1.134 del Código Civil francés, y así lo reconoció la jurisprudencia¹⁴⁰.

Igual criterio, como se dijo, siguieron los Códigos inspirados en el francés, tales como el español (arg.: *ex art. 1.154, a contrario sensu*) el boliviano (art. 745), el portugués (art. 675), el italiano de 1865 (art. 1.230) el uruguayo (art. 1.347) y el venezolano (art. 1.276).

En cambio, en *el Derecho germánico*, la evolución fue totalmente inversa a la seguida en el Derecho Civil francés. El primitivo Derecho germánico con fundamento en el principio de la libertad

138 Al respecto, véase: BONFANTE, Pedro: *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción castellana de Baci y Larrosa. Editorial Reus, 1965. p. 446.

139 Al respecto, véase: DEMOLOMBE, C.: *op. cit.* Vol. XXVI. p.p. 585-587; BAUDRY LACANTINERIE G. y BARDE L.: *op. cit.* Vol. XII. p.p. 436-437.

140 Al respecto, véase: LOKSAIER, Fredj: *op. cit.* p. 138 y la jurisprudencia de los tribunales franceses allí citada.

de contratación establecía la inmutabilidad de la indemnización a pagar por concepto de cláusula penal y prohibía a los jueces modificar el monto de la pena estipulada. Luego al sancionarse el Código Civil alemán (B.G.B.), se admitió no sólo la reducción de la cláusula penal que fuese desproporcionada con los daños y perjuicios efectivamente causados, sino también la ampliación de la indemnización prevista bajo la fórmula de cláusula penal, hasta la totalidad del daño efectivamente sufrido por el acreedor cuando su importe excediera el monto de la pena (§340).

El Código suizo de las Obligaciones confiere a los jueces el poder de moderar las penas excesivas (art. 163, numeral 3)¹⁴¹. De acuerdo con este sistema se permite pues, por razones de equidad y de justicia y con el objeto de mantener el equilibrio entre las prestaciones surgidas de un contrato bilateral, la revisión judicial de la cláusula penal en caso de ser la pena *extraordinariamente alta*.

El sistema latino, por el contrario, al no permitir la modificación judicial de la pena, dio lugar a situaciones claramente abusivas en perjuicio de los consumidores y, en general, de la parte económicamente débil del contrato. Ante esta situación se hizo necesario arbitrar fórmulas que permitieran a la autoridad judicial modificar el monto de la pena convenida por las partes, lo que se logró en muchas ocasiones a través de reformas legislativas.

En Italia, el nuevo Código Civil de 1942, le concede al juez el poder de disminuir equitativamente la pena, no sólo cuando la obligación principal haya sido cumplida en parte, sino también cuando la cuantía de la pena sea manifiestamente excesiva, teniendo en cuenta siempre, añade el precepto, el interés que el acreedor tenga en el cumplimiento (art. 1.384). El *Codice* prevé pues dos supuestos distintos en que cabe la moderación de la pena por el juez. El primero de ellos es el cumplimiento parcial de la obligación principal; y el segundo, su excesividad¹⁴². La disposición del *Codice* no requiere, contrariamente a lo que ocurre en el Derecho alemán, para que el juez pueda acordar la reducción de la pena, que la misma sea solicitada por la parte interesada. Sin embargo, la doctrina italiana no vacila en señalar que constituye un presupuesto

141 Al respecto, véase: VON THUR, Andreas: *op. cit.* p.p. 454-456.

142 Al respecto, véase: MARINI, Annibale: *op. cit.* p.p. 138-139.

del pronunciamiento judicial sobre la reducción, que el deudor la haya exigido¹⁴³.

En Francia debido a una serie de abusos escandalosos denunciados en diferentes clases de contratos en los cuales se estipulaban cláusulas penales excesivas en caso de inejecución, la Ley francesa N° 75-597 del 9 de julio de 1975, atribuyó al juez el poder de revisar el monto de la pena cuando este fuera “evidentemente excesivo o irrisorio” quedando, por tanto, los artículos 1.152 y 1.231 del *Code* que consagraban el principio de la inmutabilidad absoluta de la cláusula penal modificados mediante la precitada ley para permitir la moderación de la pena aunque no mediara, en el caso concreto, ejecución parcial de la obligación garantizada con cláusula penal. Se concede a tal efecto poder al juez tanto para reducir las penas excesivas, como para aumentar las penas irrisorias. Por consiguiente, contrariamente al sistema seguido en otros ordenamientos de igual tradición que el Derecho francés, no se facultó solamente al juez para reducir la pena, sino para aumentarla. El fundamento de la revisión judicial de la cláusula penal no se encuentra ya en la prohibición de acumular el cumplimiento forzoso y la pena, como era el caso del artículo 1.231, sino en razones de equidad que no toleran la aplicación de penas excesivas¹⁴⁴. Posteriormente, la Ley francesa N° 85-1097 del 11 de octubre de 1985 modificó la redacción del artículo 1.231 del *Code*, estableciendo que, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1.152, se reducirá el monto de la cláusula penal en proporción al beneficio que el cumplimiento parcial le haya reportado al acreedor. Además, dicha ley permitió al juez de oficio modificar el monto de la cláusula penal.

En Bélgica, sin embargo, debido a la interpretación más flexible del Código Napoleón hecha por la jurisprudencia, no se sintió la imperiosa necesidad de una reforma legislativa hasta el año 1998. En ese país la jurisprudencia consideraba nulas las cláusulas penales que imponían penas exorbitantes, por ser contrarias al orden público. El control de las cláusulas penales por los tribunales

143 Al respecto, véase: MAGAZZÙ, Andrea: *op. cit.* § 7; DE MARTINI, Angelo: *L'Excesiva Onerosità nell'Esecuzione del Contratto*. Giuffrè Editore. Milano, 1950. p. 137.

144 Al respecto, véase: SALUDEN, Marianne: “L’entendue du controle exercé par la Cour de Cassation sur les juges du fond en matière de clause pénale” en *Gazette du Palais*, 1984. p. 262.

belgas no se llevaba a cabo mediante la moderación de su cuantía, para lo cual la ley no autorizaba a los jueces, sino por la vía de la *anulación*, siguiendo en cierto modo la orientación del Derecho inglés. El artículo 5º de la Ley belga del 23 de noviembre de 1998 que entró en vigencia el 23 de enero de 1999 prohíbe las cláusulas penales excesivas y permite que el juez de oficio reduzca el monto de la pena¹⁴⁵.

En el Derecho comparado, los ordenamientos siguen, en esencia tres *orientaciones* distintas por lo que respecta al carácter inmutable de la cláusula penal: 1) la *inmutabilidad absoluta de la pena* que sólo permite la reducción de la pena en caso de ejecución parcial de la obligación principal. Este sistema es el que adoptan, entre otros, el Código español (art. 1.154), uruguayo (art. 1.227) y venezolano (art. 1.260); 2) la *inmutabilidad relativa* que permite a la autoridad judicial moderar las penas excesivas. Es el sistema que siguen actualmente, entre otros, los Códigos Civiles francés, alemán, argentino y suizo se las Obligaciones. Como contrapartida de la posibilidad de reducir la pena exagerada, los Códigos francés, alemán y argentino contemplan la eventual ampliación de la pena insuficiente, lo que no admite el Código suizo; y 3) la *reducción de la pena dentro de ciertos límites*. Es el sistema seguido, entre otros, por el Código mexicano que fija el límite de la pena en un valor equivalente al de la prestación principal (art. 1.843); por los Códigos de Chile (art. 544) y de Bolivia (art. 74), que no autorizan la cláusula penal que exceda del doble del valor de la prestación principal; y por el Código de Nicaragua que limita el monto de la pena compensatoria a la cuantía de la obligación principal; en cambio, si la pena es moratoria y se acumula a la prestación principal, aquella no puede exceder de la cuarta parte del valor de esta (art. 2.002).

En nuestro Derecho, como se dijo, la inmutabilidad tiene carácter absoluto.

145 Para un examen de la evolución de la legislación civil belga sobre las cláusulas penales, véase: DALCQ, Roger: “Les clauses pénales et les clauses abusives (Rapport belge)” en *Les Sanctions de l’Inexécution des Obligations Contractuelles. Études de Droit Comparé* sous la direction de Marcel Fontaine y et Geneviève Viney. Bibliothèque de la Faculté de Droit de l’Université Catholique de Lovain. Bruylant. Bruxelles, 2001. p.p. 435-450.

d) La inmutabilidad de la pena en el Código Civil venezolano

d-1) Consagración legal

Como indicamos poco antes, el artículo 1.276 del Código Civil consagra de modo expreso el principio de la inmutabilidad absoluta de la pena. De acuerdo con esta disposición: “Cuando en el contrato se hubiere estipulado que quien deje de ejecutarlo debe pagar una cantidad determinada por razón de daños y perjuicios, no puede el acreedor pedir una mayor, ni el obligado pretender que se le reciba una menor. Sucede lo mismo cuando la determinación de los daños y perjuicios se hace bajo la fórmula de cláusula penal o por medio de arras”.

Esto significa que: a) el deudor no puede pedir que se reduzca la pena aunque demuestre que ella excede los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el acreedor; y b) el acreedor no puede pedir una suma mayor aunque demuestre que los daños y perjuicios realmente sufridos por el incumplimiento exceden el monto de la pena.

Las partes pueden pues pactar en sus convenciones la cláusula penal que deseen. Rige aquí el principio de la autonomía de la voluntad en toda su extensión¹⁴⁶. La autoridad judicial no puede pues modificar

146 La autonomía privada, sin embargo, no podrá contradecir las normas legales de carácter imperativo, en particular, las normas sobre protección de los consumidores y usuarios (arg: ex arts. 6º del Código Civil y 2 de la Ley de Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios) (LEDEPABIS). Por lo cual, a nuestro modo de ver, no son válidas en los contratos de adhesión que se celebren con los consumidores, entre otras, las cláusulas penales que limiten la responsabilidad del proveedor en el supuesto previsto en el artículo 74 (numeral 1) de la precitada ley, o que signifiquen para el proveedor una inversión de la carga de la prueba del daño experimentado, en perjuicio del consumidor. Tampoco son válidos los convenios que estipulen una pena manifiestamente excesiva a cargo del consumidor como, por ejemplo, aquella de cuantía muy elevada en relación con la de la obligación que garantizan, o con los daños y perjuicios previsibles según la experiencia común en casos semejantes, o aquella que sobrepase significativamente el monto de los daños reales que el incumplimiento le produzca al proveedor; o cuando se le niegue al consumidor la posibilidad de probar que no se ha producido un daño indemnizable o que la cuantía del mismo es sustancialmente inferior a la cantidad representada en la cláusula penal pactada en garantía. Estas cláusulas muy probablemente califiquen como abusivas y, por ende, ineficaces de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 70 (primer aparte) y 74 (numeral 7) de la LEDEPABIS. Pero ante esta situación, como los jueces carecen de atribuciones para modificar las condiciones del contrato libremente convenido entre las partes, frente a una *cláusula penal*

la cláusula penal, so pretexto de que por exceso o por defecto la misma resulta desproporcionada a la entidad del daño.

d-2) Excepciones

La regla de la inmutabilidad de la pena tiene las siguientes excepciones:

1) El juez puede moderar la pena cuando las partes le hayan otorgado esta facultad. De modo que las partes pueden pactar que si el importe de los daños y perjuicios supera la pena, se puede pedir el exceso. Nuestro Código Civil no contiene una disposición expresa en tal sentido¹⁴⁷. Sin embargo, la doctrina nacional admite sin discusiones la validez de esta convención¹⁴⁸.

Este pacto puede asumir dos modalidades: a) puede pactarse que la pena se deba independientemente de la indemnización ordinaria (*pena acumulativa*); o b) puede convenirse que el acreedor pueda exigir la pena como indemnización mínima, conservando su derecho a reclamar los mayores daños experimentados.

2) El juez puede, además de la pena, condenar al deudor a pagar al acreedor una indemnización por los daños y perjuicios a los cuales no se extienda la cláusula penal pactada. Por ejemplo, si se pactó una cláusula penal de 500 bolívares por cada día de retraso en la entrega; si además de retardar la entrega, el vendedor deteriora o destruye la cosa, el comprador tendría derecho a la pena pactada por el retardo y, además, a la indemnización por los daños y perjuicios que le produzca el deterioro o la destrucción de la cosa. El juez puede en tal caso reconocer, a título de

abusiva contenida en un contrato de adhesión celebrado con consumidores, los jueces pueden y deben anularla pero nunca reducir su importe.

147 En cambio, en otros códigos sí existe norma expresa. Así, el artículo 1.152 del Código Civil español establece: “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 esta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código.” Y de acuerdo con el Código Civil italiano de 1.942: “La cláusula penal... tiene el efecto de limitar el efecto del resarcimiento a la prestación prometida, si no se hubiera convenido la resarcibilidad del daño ulterior.” (art. 1.382, *in fine*).

148 MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.* Tomo II. p. 940; BERNAD MAINAR, Rafael: *op. cit.* Tomo II. p. 252.

daños y perjuicios, una indemnización mayor que la pena. Pero como fácilmente puede apreciarse, esta hipótesis no constituye, en realidad, una excepción al principio de la inmutabilidad de la pena la cual sólo puede desplegar su eficacia particular de sustituir la indemnización ordinaria de los daños y perjuicios respecto de aquellos daños para los cuales se la estipuló¹⁴⁹, pero no en relación con otros distintos de los compensables por la pena. Dicho en otras palabras, el principio de la inmutabilidad no impide la acumulación de la cláusula penal y de los daños y perjuicios cuando la pena tuvo en consideración determinados perjuicios y se producen otros.

3) El juez puede acordar una indemnización superior al monto de la pena cuando el deudor incumpla dolosamente su obligación y ocasione al acreedor daños superiores a la cuantía de la cláusula penal. La responsabilidad por dolo se extiende a todos los daños y perjuicios que se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación (arg. *ex art.* 1.274 del Código Civil)¹⁵⁰.

149 Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *op. cit.* p. 169.

150 Cfr. AUBRY, C. y RAU, C.: *op. cit.* Tome IV. p. 174; DEMOGUE, René.: *op. cit.* Tome VI p. 486; FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc y SAVAUX, Éric: *op. cit.* Vol. III. p. 177; MAZEAUD, H. L. y TUNC, A.: *op. cit.* Tomo III. Vol. II. p.p. 137-138; LE TOURNEAU, Philippe: *op. cit.* p. 353; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.* p. 617, especialmente, la nota 4 y la jurisprudencia francesa allí citada; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *op. cit.* Tome VI. p. 466, especialmente, la nota 165 y la jurisprudencia de los tribunales franceses allí citada; GIORGI, Jorge: *op. cit.* Tomo IV. p. 476; BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 232; GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 905; TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale... cit.* p. 40, especialmente, la nota 42. Cabe hacer notar, sin embargo, que en la doctrina clásica italiana algunos autores sostuvieron el criterio de que cuando se estipula una cláusula penal, aun en el caso de que se hubiere incurrido dolosamente en incumplimiento de la obligación principal, no nace para el acreedor un derecho a la total indemnización del daño sufrido, puesto que no entran en funcionamiento en tal caso los principios relativos a la nulidad del *pactum dolus*. Al respecto, véase: ROSSI, Gaetano: “*Pactum ne dolus praestetur e clausola penale*” en *Studi in Onore di Mariano D’Amelio*. Vol. III. Società Editrice del Foro Italiano. Roma, 1933. p.p. 268-271; COVIELLO, Jr., Leonardo: “*Clausola penale e risarcimento del danno*” en *Il Foro Italiano*, 1933, Parte prima, columnas 1698 y 1699; STOLFI, Nicola: *op. cit.* Vol. III. p. 302. Sin embargo, la moderna doctrina italiana excluye la eficacia de la cláusula penal en caso de que el incumplimiento de la obligación obedezca al dolor del deudor, criterio este que ha sido ratificado por la Casación italiana. Al respecto véase lo que exponemos en la nota 204 de este trabajo. En la doctrina nacional, en el mismo sentido expuesto en el texto, véase: MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General... cit.* p.p. 574-575.

Por consiguiente, si la cláusula penal fue estipulada previendo el incumplimiento culposo y el deudor incumple dolosamente la obligación principal, el acreedor tendrá derecho a obtener el resarcimiento integral, pudiendo sin embargo elegir reclamar el cumplimiento de la pena si esta opción le resultare más ventajosa, es decir, si el monto de la pena fuese superior al daño, puesto que el deudor que incumpla dolosamente su obligación no puede disminuir el derecho de su acreedor a obtener el monto íntegro de la pena¹⁵¹. En cambio, si la pena fue estipulada previendo el dolo, o tanto el dolo como la culpa, y el deudor incumple dolosamente la obligación principal, el resarcimiento se rige por las reglas generales que gobiernan la responsabilidad civil contractual sin que pueda el acreedor, en tal caso, hacer valer la cláusula penal puesto que la misma tendrá *causa ilícita* y, por tanto, no tendrá ningún efecto (artículo, 1.157).¹⁵²

4) El juez puede reducir la cláusula penal cuando la obligación haya sido cumplida parcialmente.

d-3) Reducción de la pena en caso de cumplimiento parcial de la obligación

1. Disposición legal

La pena puede disminuirse por la autoridad judicial, dice el artículo 1.260, cuando la obligación principal se haya ejecutado en parte.

2. Fundamento

El fundamento de esta disposición legal radica en la *imposibilidad* legal de acumular la obligación principal y la pena. El acreedor no puede reclamar a un mismo tiempo, dice el artículo 1.258, la cosa principal y la pena, si no la hubiere estipulado por el simple retardo. El artículo 1.260 es pues una consecuencia lógica del primer aparte del artículo 1.258 del Código Civil. Si se permitiera al acreedor que recibe una parte de la prestación principal, percibir la totalidad de la pena, quedaría autorizada la acumulación que impide el artículo 1.258¹⁵³.

151 Cfr: MAZEAUD, H. L. y TUNC, A.: *loc. cit.*

152 Cfr: BOZZI, Aldo: *loc. cit.*

153 Cfr: BAUDRY LACANTINERIE G. y BARDE L.: *op. cit.* Vol. XII. p.p. 437-438; DEMO-LOMBE, C.: *op. cit.* Tome XXVI. p. 587; LAURENT, F.: *op. cit.* Tomo XVII p.p. 486-487; BOZZI, Aldo: *op. cit.* p.p. 230-232; GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 904.

Algunos autores fundamentan la solución legal en la idea de *causa*¹⁵⁴. Ante el incumplimiento parcial de la obligación principal, la obligación de pagar la pena ha visto disminuida su causa en la misma proporción del pago parcial efectuado.

Según otros, la reducción de la pena en esta hipótesis encuentra su fundamento en la teoría del *enriquecimiento sin causa*: si al acreedor que acepta el pago parcial se le concediera, además, el derecho de obtener también el pago íntegro de la pena, se estaría permitiendo una doble reparación del daño, con lo cual se estaría tolerando un enriquecimiento sin causa¹⁵⁵.

3. Principios que rigen la reducción

La reducción de la pena convencional en el supuesto previsto en el artículo 1.260 del Código Civil se rige por los siguientes principios generales:

a) La reducción sólo procede en caso de cumplimiento parcial

Nuestro Código Civil, al igual que los Códigos Civiles francés de 1804 e italiano de 1865, solamente contempla la reducción judicial de la pena cuando la obligación principal se haya cumplido en parte, lo que supone la realización por el deudor de actos de ejecución de la prestación. Por consiguiente, si el incumplimiento es total no cabe modificar la pena, aunque esta sea excesiva, o por cualquier causa mayor que los daños y perjuicios experimentados por el acreedor¹⁵⁶.

Pero el juez tiene la facultad de reducir la pena cuando el deudor haya realizado actos de *cumplimiento* de la prestación, sea que esta no se haya ejecutado en su totalidad (*cumplimiento parcial*), o que lo haya sido

154 PEIRANO FACIO, Jorge: *op. cit.* p.p. 245-246.

155 DÍEZ PICAZO, Luis: *op. cit.* Vol. II. (Las Relaciones Obligatorias). p.p. 468-469. En la doctrina italiana moderna, Marini fundamenta la moderación de la pena por el juez en caso de cumplimiento parcial en “la adecuación de la sanción al comportamiento ilícito verificado en el caso concreto, siendo este cuantitativamente menos relevante que el predeterminado como condición para que se aplicara la sanción” (MARINI, Annibale: *op. cit.* p.p. 138-139).

156 Desde luego, la situación es distinta si la obligación con cláusula penal, en conjunto, constituye un *contrato usurario encubierto*, en cuyo caso será nula y no simplemente reducible la pena (*infra*, N° VI,3).

de modo imperfecto (*cumplimiento defectuoso*). En efecto, la obligación principal cuando se cumple irregularmente no se cumple en su integridad, es decir, no se cumple totalmente lo que, a los fines de lo dispuesto en el artículo 1.260, equivale a decir que se cumple parcialmente. De ahí que tanto el cumplimiento parcial como el cumplimiento de modo o en tiempo o lugar distinto del pactado pueden dar lugar a la moderación judicial de la pena¹⁵⁷.

b) El cumplimiento parcial requiere la aceptación por parte del acreedor

Naturalmente, el acreedor no puede ser obligado a recibir pagos parciales (Código Civil, artículo 1.291); por consiguiente, para que sea procedente la reducción de la pena es necesario que el acreedor acepte el pago parcial¹⁵⁸. El deudor no puede pues obligar al acreedor a recibir una parte de la prestación principal y una parte de la pena.

La aceptación del cumplimiento parcial no requiere una declaración de voluntad expresa, por lo que se admite una manifestación tácita de voluntad del acreedor.

Puede ocurrir que el acreedor reciba un pago parcial bajo reserva del cumplimiento total de la obligación por parte del deudor, en cuyo caso si el deudor no cumple totalmente la obligación, el acreedor puede restituir lo que recibió y exigir la totalidad de la pena, o bien aceptar la ejecución parcial y la pena disminuida por la autoridad judicial.

c) El cumplimiento parcial debe ser útil para el acreedor

La reducción de la pena presupone, en caso de ejecución parcial, que el acreedor obtenga alguna utilidad de ese modo anormal

157 Así lo consagra expresamente el Código Civil español (art. 1.154) y el Código Civil argentino (art. 660). Para evitar confusiones conviene tener en cuenta, sin embargo, que no siempre la pena convencional estipulada para la inejecución absoluta es aplicable a los casos de cumplimiento defectuoso. Véase, en tal sentido, la decisión de la Corte de Casación francesa reseñada en el Capítulo II, N° 2 *ut. supra*. Por consiguiente, cuando la conducta realizada no encuadra dentro de la prevista por las partes para desencadenar la eficacia particular de la cláusula penal, los daños y perjuicios tienen que liquidarse de conformidad con las reglas generales que gobiernan la responsabilidad civil contractual y no aplicando la pena prevista para la inejecución absoluta, pero reducida en su monto.

158 Sentencia del 07-03-1985 en Ramírez & Garay. Tomo XC. p.p. 160-162.

de ejecución¹⁵⁹. Nuestro Código Civil no establece expresamente este requisito, pero el mismo va implícito en la regla de acuerdo con la cual la ejecución parcial debe ser aceptada por el acreedor, pues hay que presumir que este no la aceptará si ella no le significa alguna utilidad. Así lo ha dejado establecido la jurisprudencia de nuestros tribunales¹⁶⁰.

Naturalmente, la utilidad que el cumplimiento parcial revista para el acreedor depende de la naturaleza del objeto de la obligación cuyo cumplimiento se asegura mediante la cláusula penal¹⁶¹. Por ejemplo, si A se obliga a trasladar a B de Caracas a Maracaibo, bajo pena de pagar una determinada cantidad de dinero si no lo hiciere, esta pena no debe reducirse si se limita a llevar a B hasta una localidad donde este no tuvo acceso a otros medios de transporte; o si A se compromete frente a B a pintar un cuadro bajo pena de que si no lo hace pagará una cantidad de dinero, si le entrega el cuadro sin terminar, puesto que el cumplimiento parcial en estos casos no le fue útil al acreedor. En cambio, si A se compromete a entregar a B la casa vendida con todas sus pertenencias y accesorios, el haber hecho la tradición de la casa sin algunos accesorios bien puede suponer una utilidad para el acreedor que autorice la reducción judicial de la pena.

Todo depende, en definitiva, de la utilidad que el pago parcial le reporte al acreedor lo que deberá apreciar el juez según las circunstancias del caso.

d) La reducción se aplica tanto a las cláusulas penales compensatorias como a las moratorias

La ley al indicar que la obligación principal *se haya ejecutado en parte* no consagra ninguna distinción entre el caso de retardo en la

159 Cfr. BAUDRY LACANTINERIE G. y BARDE L.: *op. cit.* Vol. XII. p. 438; DEMOGUE, René.: *op. cit.* Tome VI. p. 489; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *op. cit.* Tome VI. p. 482; BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 231; GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 905; PACIFICI-MAZZONI, Emidio: *Istituzioni...cit.* Vol. V. p. 85; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martín: *op. cit.* Tomo II. Vol. I. p. 190; DOMINICI, Aníbal: *op. cit.* Tomo II. p. 730; SANOJO, Luis: *op. cit.* Tomo II. p.p. 103-104.

160 Sentencia del 07-03-1985 en Ramírez & Garay. Tomo XC. p. 161. Por lo demás, la ejecución parcial que no revista utilidad alguna para el acreedor equivale a inejecución total. Cfr. BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 231.

161 Cfr. SALVAT, Raymundo M.: *Tratado de Derecho Civil Argentino.* (Obligaciones en General). Buenos Aires, 1941. p. 113.

ejecución y el de incumplimiento definitivo. Por lo cual, no hay razón para negar que la pena pueda ser disminuida aun cuando haya sido prevista solamente para el caso de simple retardo¹⁶². Por ejemplo, si A se obliga a entregar cincuenta toneladas de arroz el primero de abril y se establece que en caso de que no se cumpla la obligación en la fecha estipulada, pagará en concepto de cláusula penal la cantidad de mil bolívares diarios. Si A entrega veinte y cinco toneladas de arroz en la fecha prevista y las veinte y cinco restantes el 10 de abril, en razón de la ejecución parcial cabe la reducción de la pena estipulada para el caso de retardo.

Ni siquiera es necesario decir, puesto que es evidente, que si la pena moratoria consiste en el pago de una cantidad de dinero por cada día o mes de retraso, si no se produce un pago parcial aceptado por el acreedor dentro del plazo estipulado para la exigibilidad de la pena, dicha pena no podría moderarse; de producirse el retraso por cada día o mes, se debería pagar totalmente la pena, es decir, se debería la cantidad pactada por ese período de tiempo. Así, retomando el ejemplo anterior, si A se compromete a entregar diez toneladas de arroz el primero de abril y se establece que en caso de que no cumpla la obligación en la fecha prevista pagará por concepto de cláusula penal la cantidad de mil bolívares diarios. Si A entrega las diez toneladas de arroz el diez de abril, no habría lugar al cumplimiento parcial. Los diez días pasaron y por tanto se debe la pena completa correspondiente a esos diez días. Pero si se conviene en que la entrega debe hacerse el día primero de abril y se estipula una pena de mil bolívares diarios por cada mes de retraso en la entrega, si A entrega las diez toneladas de arroz el día diez de abril, el mes no pasó y por consiguiente no debería computarse, ni hacerse exigible la cláusula penal.

e) Sólo procede cuando la ejecución parcial se realiza antes de la mora del deudor

Para que la autoridad judicial acuerde la reducción de la pena es necesario que la obligación principal se haya ejecutado en parte antes

162 Cfr: DE NOVA, Giorgio: *op. cit.* p.p. 377 y 381-383, especialmente, la nota 69 y la jurisprudencia de la Casación Italiana allí citada. En contra, en la doctrina española: ROCA SAS-TRE, RAMÓN M^a y PUIG BRUTAU, José: *op. cit.* Vol. I. p.p. 284-285; SANZ VIOLA, Ana María: *op. cit.* p.p. 87-88.

de que el deudor haya incurrido en mora. Una vez que el deudor cae en mora, el acreedor adquiere el derecho a exigir la totalidad de la pena (*infra*, N° VII,3)¹⁶³.

f) *La reducción de la pena en caso de ejecución parcial no procede si así lo han convenido las partes*

El artículo 1.260 del Código Civil no es una norma de orden público. Por consiguiente, las partes pueden perfectamente convenir que el cumplimiento parcial o irregular no priva al acreedor del derecho de exigir el pago íntegro de la pena¹⁶⁴. La reducción judicial de la pena contemplada en el artículo 1.260 no es pues procedente cuando por acuerdo de las partes se haya establecido que pese a ser el incumplimiento sólo parcial, se deberá la totalidad de la pena¹⁶⁵. Por tanto, aún mediando la ejecución parcial de la obligación principal, no podrá la autoridad judicial reducir la pena estipulada cuando las partes hayan pactado la cláusula penal para garantizar la ejecución puntual y completa de la prestación principal de modo que el más mínimo incumplimiento baste para hacer incurrir al deudor en la totalidad de la pena.

Del mismo modo, como la obligación indivisible no es susceptible de cumplimiento parcial por la naturaleza de su objeto o por determinación de las partes, en caso de indivisibilidad legal o convencional del

163 *Cfr.* BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 231; PIOLA, Giuseppe: *op. cit.* p. 372; RICCI, Francisco: *op. cit.* Tomo XIII. p. 287.

164 La solución legal es distinta en Francia. El artículo 1.231 del Código Civil francés modificado por la Ley N° 75-597 del 7 de julio de 1975 establece que toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita.

165 Esa fue la posición tradicional de la doctrina francesa antes de la reforma del artículo 1.231 del Código Civil. Al respecto, véase: DEMOGUE, René: *loc. cit.*; BAUDRY-LACANTINERIE, G y BARDE, L.: *op. cit.* Vol. XII. p. 439; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *op. cit.* Tomo VII. p. 184, especialmente, la nota 3 y la jurisprudencia francesa allí citada. En el mismo sentido para la doctrina del Código italiano de 1865, véase: GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p.p. 905-906. Para la doctrina del Código vigente, en el mismo sentido expuesto en el texto, véase: MAGAZZÙ, Andrea: *op. cit.* § 7. Sin embargo en contra, Mirabelli afirma que el artículo 1.384 del *Codice* que contempla la reducción judicial de la pena es de carácter imperativo (MIRABELLI, Giuseppe: *op. cit.* p. 262), posición que coincide con la de De Nova (DE NOVA, Giorgio: *op. cit.* p. 381).

objeto del contrato, se admite que tampoco es procedente la moderación de la pena convenida¹⁶⁶.

La voluntad de las partes de exigir la totalidad de la pena aun en caso de cumplimiento parcial debe presumirse cuando ellas han pactado una pena indivisible como, por ejemplo, la entrega de un cuerpo cierto¹⁶⁷.

g) La reducción de la pena debe ser solicitada por el deudor

El juez no puede aplicar de oficio la reducción. Sólo puede declararla a solicitud del deudor (arg.: *ex art.* 11 del Código de Procedimiento Civil). Lo contrario atentaría contra la garantía constitucional del debido proceso y el derecho a la defensa del acreedor. La reducción de la pena, ya lo hemos dicho, sólo es procedente si se cumplen determinados requisitos, entre ellos el de la aceptación del pago parcial por parte del acreedor. Si el juez pudiera declarar de oficio la reducción de la pena, el acreedor se colocaría en una situación de indefensión al impedirsele demostrar los hechos impositivos de dicha reducción.

Además, la revisión de oficio de la pena colide con el principio según el cual la facultad judicial de revisión es excepcional lo que le impide al juzgador intervenir en la relación obligatoria, en este caso incluso novándola, si no hay petición de parte en ese sentido¹⁶⁸.

166 PAISANT, Giles: “Dix annes d’application de la reforme des articles 1152 et 1231 du Code civil: 1975-1985” en *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1985. p. 132; BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 232; GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 905.

167 *Cf.*: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida: *op. cit.* p. 97; LOBATO DE BLAS, Jesús María: *op. cit.* p. 184. La doctrina y la jurisprudencia francesa anterior a la reforma del artículo 1.231 del Código Civil mediante la Ley del 9 de julio de 1975 se orientó en el mismo sentido. Al respecto, véase: TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.* p. 619, especialmente, las notas 5 y 6 y la jurisprudencia francesa allí citada. En la doctrina nacional, en el mismo sentido expuesto en el texto, véase: DOMINICI, Aníbal: *op. cit.* Tomo II. p.p. 729-730.

168 La doctrina italiana bajo el *Codice* de 1942 sostiene igualmente que la reducción judicial de la pena sólo es procedente si la solicita el deudor. Al respecto, véase: DE NOVA, Giorgio: *op. cit.* p. 381, especialmente, la nota 67 y la jurisprudencia de la Casación italiana allí citada; MAGAZZU, Andrea: *op. cit.* § 7. No obstante, en fecha más reciente, la Casación italiana ha modificado su posición al respecto admitiendo la revisión judicial de oficio de la pena y su consiguiente reducción. Al respecto, véase: GALGANO, Francesco: *op. cit.* p. 509, especialmente, la nota 45 y la jurisprudencia de la Casación italiana allí citada.

h) La autoridad judicial tiene la facultad, pero no el deber de reducir la pena

El juez no está obligado a acoger la solicitud de reducción de la pena que le formule el deudor¹⁶⁹. La pena, dice el artículo 1.260, puede disminuirse por la autoridad judicial cuando la obligación principal se haya ejecutado en parte. Esta disposición dice *puede*, no dice *debe*. Consagra pues una facultad pero no una obligación judicial¹⁷⁰. Se trata pues de un simple poder discrecional del juez al cual corresponde un mero interés y no un derecho subjetivo del deudor, quien en caso de ejecución parcial se encuentra siempre en un supuesto de contravención, puesto que las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas (artículo 1.264)¹⁷¹.

Por consiguiente, *por lo que al Derecho venezolano concierne*, el deudor no tiene un derecho a la reducción de la pena en caso de ejecución parcial¹⁷². Cualquier otra interpretación colide con el texto de la ley. Así el juez podrá negar la reducción solicitada cuando la ejecución parcial resulte inútil para el acreedor o cuando la pena sea indivisible, o cuando las partes hayan convenido, expresa o tácitamente, en que el más mínimo incumplimiento haría procedente el pago total de la pena o, en general, cuando por un motivo u otro, el juez obrando racionalmente según su prudente arbitrio apreciando todas las circunstancias del caso estime improcedente la disminución de la pena.

169 Desde luego, como la facultad de reducir la pena cuando la obligación principal haya sido ejecutada parcialmente corresponde exclusivamente a la autoridad judicial, no puede el deudor pretender liberarse ofreciendo el cumplimiento parcial de la obligación principal y el pago de una parte de la pena.

170 La solución legal es distinta en España y en Argentina. El artículo 1.154 del Código Civil español dice “el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”. Los términos en que está redactada esta disposición “el juez modificará” excluyen el arbitrio judicial en esta cuestión, que queda reducido sólo a la cuantía de la moderación. *Cfr.* ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *op. cit.* p. 166. El artículo 660 del Código Civil argentino establece que “si el deudor cumple sólo 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...”. De acuerdo con esta disposición, el juez tiene *el deber* y no la mera facultad de reducir la pena en caso de ejecución parcial o cumplimiento defectuoso de la obligación principal. *Cfr.* WAYAR, Ernesto: *op. cit.* Tomo II. p. 96.

171 *Cfr.* BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 230.

172 Sentencia del 16-12-1971 en Gaceta Forense. Segunda Etapa N° 74 p.p. 501-502.

i) El juez tiene un poder discrecional para determinar la cuantía de la reducción

La autoridad judicial no solamente tiene el poder discrecional para *reducir*¹⁷³ o no la pena sino que puede, además, establecer las bases con arreglo a las cuales efectuar dicha reducción.

Naturalmente si las partes han establecido un régimen para regular la reducción de la pena, la autoridad judicial deberá respetar ese criterio¹⁷⁴. Pero *¿quid iuris* si las partes no han estipulado nada al respecto? La doctrina extranjera se encuentra dividida al respecto.

Según algunos autores, como principio de carácter general, la pena debe reducirse en tal caso en proporción de lo ejecutado y de lo dejado de ejecutar¹⁷⁵. Por ejemplo, si A se obliga a construir una pared de clausura de 30 metros de longitud y a pagar a B una multa de Bs. 1.000 en caso de no cumplir. Según este criterio si construye quince metros debe pagar una pena de Bs. 500.

Otros autores sostienen que la reducción debe hacerse teniendo en cuenta no el valor material de lo ejecutado, sino en función de la utilidad o ventaja que la ejecución parcial haya realmente reportado al acreedor, en relación con la utilidad que le hubiese proporcionado el cumplimiento total¹⁷⁶. Por ejemplo, en el caso anterior la construcción de una parte de la pared no le reporta al acreedor una ventaja equivalente a lo ejecutado y dejado de ejecutar, porque consistiendo la prestación principal en construir una pared de clausura, esta finalidad no se alcanza, sino con la

173 Cabe hacer notar que la ley confiere a la autoridad judicial la facultad de *reducir* la pena. Pero la pena no puede ser suprimida totalmente porque para no imponerle al deudor el cumplimiento de la pena, este tendría que haber cumplido totalmente la prestación principal. *Cfr.* BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 232. Por otra parte, la reducción de la pena procede, no por el hecho de haber cumplido el deudor en parte sus obligaciones, sino por haber cumplido en parte *la obligación para la cual se estipuló la pena*. Por lo cual, si el deudor incumplió la obligación garantizada con cláusula penal, no cabe la reducción judicial de la pena, aunque haya cumplido las demás obligaciones que le imponía el contrato. *Cfr.* ALBALADEJO, Manuel: *op. cit.* Tomo XV. Vol. II. p. 485.

174 *Cfr.* PEIRANO FACIO, Jorge: *op. cit.* p. 246.

175 SALVAT, Raymundo M.: *op. cit.* p. 113.

176 BAUDRY-LACANTINERIE, G y BARDE, L.: *op. cit.* Vol. XII p. 438; DEMOLOMBE, C.: *op. cit.* Vol. XXVI. p. 590; BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 231; GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 905.

construcción total. Por lo cual, no cabe reducir la pena en un cincuenta por ciento, sino en una proporción menor, debido a que aunque la ejecución parcial no cumple la finalidad perseguida, el acreedor la aceptó. En cambio, si la prestación principal hubiese consistido en cercar un fundo con diez cables de alambre y se hubiesen colocado ocho, la utilidad para el acreedor sería casi la misma pues la finalidad de encercamiento se había logrado. En consecuencia no cabe reducir la pena en un veinte por ciento, sino en un porcentaje mayor.

Según otro sector de la doctrina, la pena no tiene que reducirse en la medida del valor de lo ejecutado, sino que debe graduarse tomando en cuenta el valor de lo no ejecutado, medido sobre la base de la valuación que del incumplimiento total se haya hecho al haberse estipulado la cláusula penal¹⁷⁷.

En nuestro ordenamiento, la facultad de reducir parcialmente la pena se atribuye a los jueces sin mayores limitaciones y con la más grande amplitud¹⁷⁸. Siendo el caso de difícil solución normativa, el legislador se ha abstenido de dictar una regla de carácter general y ha optado por delegar la cuantía de la reducción en el órgano jurisdiccional, cuando las partes no se ponen de acuerdo. La cuestión de la reducción queda pues librada a la libre y prudente apreciación del juez¹⁷⁹. Por consiguiente, de estimar procedente la disminución, la autoridad judicial reducirá la pena a los límites de lo justo, actuando conforme a la equidad (arg.: *ex art. 23 del Código de Procedimiento Civil*) para lo cual apreciará todas las circunstancias que rodeen el caso concreto sometido a su consideración.

177 BUSSO, Eduardo: *Código Civil Anotado Tomo IV*. Ediciones Ediar. Buenos Aires, 1958. p. 18.

178 La solución legal es distinta en otros ordenamientos: El Código Civil francés establece que en caso de ejecución parcial la pena será disminuida por el Juez “en proporción al interés que la ejecución parcial ha procurado al acreedor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1.152”. De acuerdo con el artículo 660 del Código Civil argentino, en caso de ejecución parcial o cumplimiento irregular “la pena debe disminuirse proporcionalmente”. El artículo 1.154 del Código Civil español dice que “en tales supuestos, el juez modificará equitativamente la pena”. El artículo 1.384 del Código italiano de 1942 establece que en caso de ejecución parcial “la pena podrá disminuirse equitativamente por el juez... teniendo siempre en cuenta el interés que el acreedor tenía en el cumplimiento”.

179 Una aplicación práctica del poder de apreciación del juez para reducir la pena puede verse en la sentencia del 07-04-1964 parcialmente transcrita en Ramírez & Garay. Tomo IX. p.p. 230-231.

Desde luego al aplicar la reducción los jueces deberán tomar en cuenta no sólo el daño efectivamente causado sino la función de la cláusula penal¹⁸⁰. En efecto, la finalidad del artículo 1.260 del Código Civil, no es reducir la pena a la cuantía de los daños y perjuicios efectivamente causados, sino fijarla en una cantidad que guarde, al menos en principio, la misma relación que la pena total con el incumplimiento total, para lo cual la autoridad judicial podrá tomar especialmente en cuenta, entre otros elementos, la mayor o menor satisfacción del interés del acreedor, el valor material de la ejecución parcial, así como la utilidad o ventaja que ella representó para el acreedor en comparación con el provecho que le habría deparado el cumplimiento total de la prestación¹⁸¹. Por lo cual, cuando el juez reduzca la pena en caso de cumplimiento parcial, no tendrá que ajustarse necesariamente a la proporción entre la prestación prometida y la parte de esta pagada, porque aun así podría darse un resultado excesivo. Por consiguiente, si el deudor está obligado a dar cien mil bolívares y sólo da cincuenta mil, la pena debe reducirse necesariamente a la mitad. En fin, la reducción judicial de la pena en caso de ejecución parcial del contrato es una facultad excepcional que debe ser ejecutada con la debida precaución¹⁸².

180 Como lo ha dejado establecido la Casación italiana: “Al momento de fijar el monto de la reducción, el juez apreciará no tanto la prestación *in abstracto*, sino el interés que el acreedor tenía en el exacto cumplimiento de la prestación según las circunstancias, tomando en cuenta la repercusión del cumplimiento sobre el equilibrio de las prestaciones correspondientes de las partes, así como la efectiva incidencia del incumplimiento sobre la situación contractual *in concreto*”. (Sentencia de la Casación italiana citada por GALGANO, Francesco: *op. cit.* p. 509, nota 45).

181 Pero, tal y como se indica en el texto, la pena no tiene que reducirse a la cuantía de los daños y perjuicios efectivamente experimentados por el acreedor. Por ejemplo, si A promete a B entregarle ocho automóviles y ochenta mil bolívares de pena si no los entrega, aunque el daño que B sufra por cada automóvil que deje de recibir sea sólo de cinco mil bolívares, si A le entrega sólo tres automóviles, deberá pagar cincuenta mil bolívares por concepto de cláusula penal aunque los daños únicamente sean de veinte y cinco mil bolívares. Desde luego, en virtud de que la cláusula penal tiene por objeto la reparación del daño sufrido por el acreedor, no le es dable a la autoridad judicial, en caso de ejecución parcial, reducir la pena a un monto inferior al perjuicio. Así lo ha decidido la Corte de Casación francesa. Al respecto véase: LARROUMET, Christian: *op. cit.* Vol. II. p. 131 y la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa allí citada.

182 Cfr. TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale.... cit.* p.p. 138 y 146; ZOPPINI, Andrea: *op. cit.* p.p. 262 y ss.

Cabe hacer notar, por último, que por ser la determinación judicial de la cuantía en que debe reducirse la pena una cuestión reservada a la apreciación equitativa de los jueces de instancia, ella no es revisable en casación¹⁸³, aunque sí lo sea la calificación de si el incumplimiento fue total o parcial, así como la cuestión de si realmente hubo o no incumplimiento.

j) Protección especial del comprador en algunos contratos de venta a plazos

Por último, en los contratos de venta a plazos cuando se pacta que el precio se pagará por cuotas, a veces las partes convienen en que resuelto el contrato las cuotas pagadas o determinado porcentaje de estas queden en beneficio del vendedor a título de daños y perjuicios (cláusula penal). Pues bien en algunos casos el legislador en protección de la parte más débil del contrato establece que el juez, según las circunstancias, podrá reducir la indemnización convenida si el comprador ha pagado ya más de una cuarta parte del precio total (ejecución parcial)¹⁸⁴

d-4) La cláusula penal insuficiente

Como indicamos poco antes, en Venezuela rige el principio de la inmutabilidad absoluta de la cláusula penal, exceptuando únicamente la facultad que se concede a la autoridad judicial para *reducir* el monto de la pena en caso de ejecución parcial del contrato.

Nuestra legislación no contempla la posibilidad de aumentar judicialmente la cláusula penal en ningún caso. Por consiguiente, la autoridad judicial no puede incrementar el monto de la pena cuya cuantía resulte irrisoria o insuficiente para compensar al acreedor los daños y perjuicios efectivamente sufridos. La cláusula penal, dice el artículo 1.258, es la compensación de los daños y perjuicios causados por la inejecución de la obligación principal. Y según el artículo 1.276, cuando la determinación de los daños y perjuicios se hace bajo la fórmula de cláusula penal no puede el acreedor pedir ni la autoridad judicial acordar una cantidad mayor de la estipulada en la cláusula penal.

183 Sentencia del 16-12-1971 en Gaceta Forense. Segunda Etapa. N° 74. p.p. 501-502.

184 Por ejemplo, en los artículos 14 de la Ley sobre Ventas con Reserva de Dominio, 35 y 36 de la Ley de Propiedad Horizontal y 17 de la Ley de Venta de Parcelas.

No obstante, si se tiene en cuenta que cuando se estipula una pena insuficiente, se produce en fin de cuentas una limitación de la responsabilidad, hay que concluir que la cláusula penal sólo será válida en la medida en que esta lo sea¹⁸⁵. En los supuestos en los cuales no se admite la validez de las cláusulas limitativas de la responsabilidad civil, el acreedor tiene derecho a la reparación integral del daño experimentado y el deudor no podrá invocar la cláusula penal para limitar su responsabilidad (*infra*, N° V,6)¹⁸⁶.

Tampoco está facultada la autoridad judicial para reajustar la cláusula penal para aumentar la indemnización pactada como consecuencia de la *depreciación monetaria*. El acreedor no tiene pues derecho a que la suma adeudada por concepto de cláusula penal sea actualizada en razón de la ulterior depreciación de la moneda. El artículo 1.276 es absolutamente claro y no admite ninguna indemnización mayor en favor del acreedor. Cualquier otra interpretación colide con el texto de la ley¹⁸⁷.

185 En caso contrario, como afirman Mazeaud y Tunc, “sería fácil eludir las disposiciones que anulan esas cláusulas limitativas. En lugar de fijar en el contrato un máximo lo cual sería un cláusula nula de responsabilidad limitada, bastaría con indicar un tanto alzado sumamente reducido, lo cual sería una cláusula penal válida”. (MAZEAUD, H. L. y TUNC, A.: *op. cit.* Tomo III. Vol. II. p. 136). En el mismo sentido, véase: MARTY, Gabriel y RAYNAUD, Pierre: *op. cit.* Tome II. Premier volume. p. 592, especialmente, las notas 3 y 4 y la jurisprudencia de los tribunales franceses allí citada; RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean: *op. cit.* Tomo IV. p. 497.

186 La Casación francesa, en el mismo sentido indicado en el texto, en sentencias dictadas con anterioridad y con posterioridad a la reforma del artículo 1.152 del Código Civil francés, no ha vacilado en asimilar la cláusula penal a las cláusulas limitativas de responsabilidad civil para excluir su validez en caso de incumplimiento doloso de la obligación principal. Al respecto, véase: VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *op. cit.* Tome VI. p. 466, especialmente, las notas 163, 164 y 165, y la jurisprudencia francesa allí citada. Un sector de la doctrina excluye la validez de la cláusula penal cuando el incumplimiento de la obligación principal obedece a la culpa grave del deudor, aplicando la máxima *culpa lata dolo aequiparatur* (VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *Ibidem*). No obstante, Mazeaud pone en duda esta equiparación (MAZEAUD, Denis: *op. cit.* p.p. 332-339).

187 En el mismo sentido expuesto en el texto, véase: Sentencia del 12-03-1999 en Ramírez & Garay. Vol. CLII. p.p. 45-46. Estamos de acuerdo con el criterio de esta decisión no sólo por las razones indicadas en el texto sino, además, porque cuando se estipula una cláusula penal, su pago no corresponde a un precio que deba pagarse por algo que haya salido del patrimonio del acreedor, sino que se realiza a título de una indemnización de los daños y perjuicios prefijada por las partes. Cabe hacer notar, sin embargo, que la jurisprudencia más reciente de nuestros tribunales se ha orientado en otra dirección y admite la indexación judicial de

Por lo expuesto anteriormente, si las partes desean que el monto de la cláusula penal que consista en el pago de una determinada cantidad de dinero se reajuste porque el mismo pueda hacerse insuficiente por efecto de la depreciación monetaria, deben acordar la corrección de la pena por medio de la estipulación de una cláusula de valor.

d-5) Conclusión

El artículo 1.260 del Código Civil venezolano prevé que la autoridad judicial puede disminuir la cláusula penal solamente en un supuesto muy concreto, a saber, cuando la obligación principal se haya ejecutado en parte. La solución legal es distinta en otros ordenamientos cuyas legislaciones permiten al juez modificar la cláusula penal cuando su monto sea manifiestamente excesivo (o incluso, en algunos casos, irrisorio) en atención a un criterio de equidad¹⁸⁸. De ahí que *por lo que al Derecho venezolano concierne*, en atención al principio de la intangibilidad del contrato, la cláusula penal no puede ser modificada en su monto por el juez salvo en el supuesto de que la prestación principal haya sido parcialmente cumplida, o cuando las partes hayan contemplado esa posibilidad. Cualquier otra interpretación es contraria al texto de la ley. La doctrina nacional es conteste al respecto¹⁸⁹.

la cláusula penal. Al respecto, véase: Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 30-07-2008 con ponencia de la Magistrada Evelyn Marreno Ortiz, caso *Babcock de Venezuela C.A. vs. CVG Siderúrgica del Orinoco C.A. (SIDOR)* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/julio/00881-30708-2008-1997-14259.html> y Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia del 03-05-2005 con ponencia de la Magistrada Isbelia Pérez de Caballero, caso *Jasmin Alcalá vs. Marysabel Sánchez* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/mayo/rc-00201-030505-02829.html>. Para un examen crítico de estos recientes fallos, véase lo que exponemos en la Sección 3g) del Capítulo VIII de este trabajo.

188 Al respecto, véase: Código Civil francés, artículo 1.152; Código Civil italiano, artículo 1.394; Código Civil alemán, § 344; Código suizo de las Obligaciones, artículo, 163.

189 En tal sentido, véase: BERNAD MAINAR, Rafael: *op. cit.* Tomo II. p. 252; MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.* Tomo II. p. 940; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...cit.* p.p. 572-574.

CAPÍTULO V

DIFERENCIAS ENTRE LA CLÁUSULA PENAL Y OTRAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

La cláusula penal presenta algunas semejanzas con otras figuras de las que conviene diferenciarla; por lo que pasamos a resaltar los principales rasgos diferenciales entre una y otras.

1. CLÁUSULA PENAL Y OBLIGACIÓN ALTERNATIVA

Las principales diferencias entre la cláusula penal y la obligación alternativa son las siguientes:

1) En la obligación alternativa hay una sola obligación que tiene varios objetos sobre los cuales el deudor se obliga a cumplir determinada prestación, con la particularidad de que el deudor se libera ejecutando sólo uno de ellos. La elección del objeto debido pertenece, en primer término, al deudor, a menos que expresamente le haya sido concedida al acreedor (Código Civil, artículo 1.217).

Esto no ocurre en las obligaciones con cláusula penal, en las que el objeto de la obligación es uno sólo, esto es, la prestación principal, y la pena queda como un mero accesorio, debido sólo en caso de incumplimiento (*supra*, N° IV,1,a). En la obligación con cláusula penal hasta el momento del incumplimiento de la obligación principal, no existe ninguna posibilidad de optar por una u otra prestación, ni por parte del acreedor ni del deudor. La pena sólo es exigible en caso de incumplimiento de la obligación principal. Por lo cual, en la obligación con cláusula penal

el deudor no puede ofrecer el pago de la pena en lugar de la prestación principal, ni el acreedor puede pedir la pena si el deudor no ha incurrido aún en mora¹⁹⁰. Sólo cuando el deudor cae en mora nace una especie de alternativa a favor del acreedor que puede pedir la ejecución forzosa de la obligación principal o la pena (artículo 1.259).

2) En las obligaciones alternativas sus dos o más objetos son principales o sucedáneos; mientras que en la cláusula penal hay una prestación principal y otra accesoria (*supra*, N° IV,1,a).

3) Por otra parte, en la obligación alternativa si una de las prestaciones se pierde sin culpa del deudor, se debe la otra (Código Civil, artículo 1.219, primer párrafo); en cambio, si la prestación principal se hace imposible por el mismo motivo, la cláusula penal se extingue (*infra*, N° IX,1).

4) En la obligación alternativa una vez hecha la elección por una de las prestaciones desaparece la otra posibilidad. En cambio, en la obligación con cláusula penal el acreedor aunque haya exigido el cumplimiento no pierde la posibilidad de pedir la pena hasta lograr el cumplimiento efectivo (*ius variandi*)¹⁹¹.

2. CLÁUSULA PENAL Y OBLIGACIÓN FACULTATIVA

La obligación con cláusula penal se asemeja a la obligación facultativa en que en ambas existe un solo objeto debido y, por tanto, su pérdida o perecimiento fortuito determina la extinción de la obligación, aunque el objeto de la cláusula penal o la prestación *in facultatis*

190 Sentencia del 08-02-1979 en Ramírez & Garay. Tomo LXIV. p. 186.

191 La doctrina está de acuerdo con los particulares expuestos. Al respecto, véase: DEMOLOMBE, C.: *op. cit.* Vol. XXVI. p.p. 570-571; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *op. cit.* Tomo VII. p. 186; RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean: *op. cit.* Tomo IV. p. 495; BOZZI, Aldo: *loc. cit.* p.p. 224-225; GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 897; GIORGI, Jorge: *op. cit.* Tomo IV. p. 479; STOLFI, Nicola: *op. cit.* Vol. III. p. 239; ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *op. cit.* p. 150; ROCA SASTRE, RAMÓN M^a y PUIG BRUTAU, José: *op. cit.* Vol. I. p. 272; SANZ VIOLA, Ana María: *op. cit.* p.p. 33-37; CARVALHO DE MENDONÇA: Manoel: *Doutrina e Pratica das Obrigações*. Río de Janeiro, s.d. p. 650; PEIRANO FACIO, Jorge: *op. cit.* p.p. 148-149; DOMINICI, Aníbal: *op. cit.* Tomo II. p.p. 723-724; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...cit.* p.p. 568-569.

solutionis permanezca. Por ejemplo, si la obligación consiste en entregar un caballo de raza bajo cláusula penal de pagar una suma de dinero; muerto el caballo se extingue la obligación y nada se debe. Lo mismo ocurriría en el supuesto de que el objeto de la obligación fuese entregar un caballo de raza con la facultad para el deudor de sustituirlo por el pago de una suma de dinero.

Pero la cláusula penal no es una obligación facultativa puesto que en esta el deudor tiene la facultad de cumplir su obligación realizando una prestación distinta con cuya ejecución queda liberado. En cambio, la obligación con cláusula penal no le permite al deudor la posibilidad de liberarse de la obligación principal pagando la pena porque el acreedor tiene el derecho de pedir el cumplimiento en especie (si este todavía es posible) de la obligación principal en lugar de la pena (Código Civil, artículo 1.259) (*infra*, Nº VIII,2). El objeto de la pena no está *in facultatis solutionis* del deudor Por lo cual, la obligación que nace de la cláusula penal no constituye una obligación facultativa.

Desde el punto de vista del acreedor, el acreedor en la obligación con cláusula penal puede imponer, después de producida la mora del deudor, el cambio de una prestación por otra (*infra*, Nº VIII,1); en cambio, el acreedor de la obligación facultativa carece de este derecho. Dicho en otras palabras, en la obligación facultativa el acreedor solamente puede demandar la prestación principal en tanto que en la obligación con cláusula penal el acreedor puede reclamar a su elección, una vez colocado el deudor en mora, la prestación principal o el pago de la pena y puede llegar incluso a reclamar ambas cosas, si la cláusula penal se ha estipulado por el simple retardo, o si por su pago, de acuerdo con lo convenido por las partes, no se produzca la extinción de la obligación principal (*cláusula penal acumulativa*)¹⁹².

192 La doctrina en general está de acuerdo con los particulares indicados. Al respecto, véase: DEMOLOMBE, C.: *loc. cit.*; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *loc. cit.*; LAURENT, F.: *op. cit.* Tomo XVII. p.p. 467-468; GIORGI, Jorge: *loc. cit.*; BOZZI, Aldo: *loc. cit.* p.p. 224-226; GASCA, Cesare Luigi: *loc. cit.* Vol. I. p. 896; STOLFI, Nicola: *loc. cit.*; ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *loc. cit.*; ROCA SASTRE, RAMÓN M^a y PUIG BRUTAU, José: *loc. cit.* p.p. 271-272; SANZ VIOLA, Ana María: *loc. cit.* p.p. 37-40; MÉLICH-ORSINI, José: *loc. cit.*

3. CLÁUSULA PENAL Y OBLIGACIÓN CONDICIONAL

En la obligación condicional, el derecho a la prestación es incierto. La obligación existe o no según que se cumpla o no la condición. La condición suspende la existencia de la obligación hasta que se cumpla el hecho futuro e incierto del cual depende la obligación condicional. En cambio, en la obligación con cláusula penal no existe ninguna incertidumbre respecto de la existencia de la obligación principal pudiendo esta última exigirse por el acreedor. Además la cláusula penal existe desde la fecha de la celebración del contrato, pudiendo el acreedor exigirla en caso de incumplimiento de la obligación principal. Ambas obligaciones coexisten desde el momento de la celebración del contrato.

Tampoco es la cláusula penal una obligación bajo condición potestativa dependiente de la sola voluntad del deudor puesto que, como dijimos en su oportunidad, mientras el deudor bajo condición potestativa es libre de realizar el hecho puesto como condición, el deudor en la obligación con cláusula penal está obligado a cumplir la obligación principal (*supra*, N° IV,3)¹⁹³.

4. CLÁUSULA PENAL Y FIANZA

Si un tercero es el que se obliga a pagar la pena en caso de inejecución o retardo por parte del deudor (*supra*, N° III,1), la cláusula penal ofrece semejanzas con la fianza. Pero entre ambas instituciones existen las siguientes diferencias importantes:

1) Cuando se estipula una cláusula penal, la obligación a cargo del tercero tiene por objeto una prestación distinta de la prometida por el deudor; en cambio, el fiador se obliga a la misma prestación que el

193 Poco más o menos en el mismo sentido, véase: DEMOLOMBE, C.: *Ibidem*. p. 572; GIORGI, Jorge: *Ibidem*. p.p. 479-480; CARRESI, Franco: *Il Contratto*. Milano, 1987. p. 255, especialmente, la nota 124; GASCA, Cesare Luigi: *loc. cit.* Vol. I. p. 917; DÍEZ PICAZO, Luis: *op. cit.* Vol. II. (Las Relaciones Obligatorias). p. 466; ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Ibidem*. p. 152; MÉLICH-ORSINI, José: *Ibidem*.; MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.* Tomo II. p. 942; BERNAD MAINAR, Rafael: *op. cit.* Tomo II. p. 251. En contra, en la doctrina italiana, véase: BOZZI, Aldo: *Ibidem*. p.p. 226-227; MESSINEO, Francesco: *Doctrina General.... cit.* Tomo I. p. 219.

deudor principal (Código Civil, artículo 1.804); es decir, su obligación consiste en cumplir la obligación que el deudor principal no cumplió.

2) La cláusula penal puede consistir en una obligación de dar, hacer o no hacer (*supra*, N° III,3,b); esta prestación puede o no ser de la misma naturaleza que la prestación principal. En cambio, la fianza no puede tener por objeto una prestación diferente de la que constituye el objeto de la obligación principal.

3) El tercero que estipula una cláusula penal puede obligarse en términos más gravosos que el deudor principal. La pena estipulada para el caso de incumplimiento es normalmente de valor superior a la prestación principal. El fiador, en cambio, no puede obligarse bajo condiciones más onerosas que el deudor (Código Civil, artículo 1.806).

4) En caso de que el tercero obligado al pago de la cláusula penal lo haga, no podría repetir lo pagado contra el deudor principal. En cambio, el fiador que paga la obligación principal tiene recurso de regreso en contra del deudor afianzado (Código Civil, artículo 1.821)¹⁹⁴.

5. CLÁUSULA PENAL Y SIMPLES CLÁUSULAS DE REGULACIÓN CONVENCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Tanto en la cláusula penal como en las cláusulas de regulación convencional de la responsabilidad civil, son los contratantes quienes predeterminan las consecuencias del incumplimiento. Así se deduce del artículo 1.276 del Código Civil según el cual “cuando en el contrato se hubiere estipulado que quien deje de ejecutarlo debe pagar una cantidad determinada por razón de daños y perjuicios, no puede el acreedor pedir una mayor, ni el obligado pretender que se le reciba una menor. Sucede lo mismo cuando la determinación de los daños y perjuicios se hace bajo la fórmula de cláusula penal o por medio de arras”. De donde resulta que tanto las cláusulas de fijación convencional de la responsabilidad civil

¹⁹⁴ En el mismo sentido, véase: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida: *op. cit.* p.p. 329-330; PEIRANO FACIO, Jorge: *op. cit.* p.p. 151-153; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: *op. cit.* p. 23; MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *loc. cit.* p.p. 942-943; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...cit.* p. 569; BERNAD MAINAR, Rafael: *loc. cit.* p. 252.

como la cláusula penal, y también las arras, son modalidades particulares de regulación convencional de la responsabilidad contractual.

La diferencia fundamental entre la cláusula penal y la simple cláusula de regulación convencional del daño estriba en que esta última siempre se estipula en dinero efectivo, por tratarse de una compensación de los daños y perjuicios. Así la precitada disposición legal al referirse a las cláusulas de liquidación se limita a considerar la obligación “de pagar una cantidad determinada por razón de daños y perjuicios”. La cláusula penal, en cambio, puede consistir en una cosa distinta del dinero. Hay obligación con cláusula penal, dice el artículo 1.257, “cuando el deudor, para asegurar el cumplimiento de la obligación, se compromete a dar o hacer alguna cosa para el caso de inejecución o retardo en el cumplimiento”. De donde resulta que la cláusula penal puede consistir en el pago de una suma de dinero o de cualquier otra prestación de dar, o de hacer (o incluso de no hacer), si así lo establecen las partes (*supra*, N° III,3,b).

Pero adicionalmente la simple cláusula de regulación convencional de la responsabilidad civil cumple una función estrictamente indemnizatoria. No tiene por finalidad constreñir al deudor al cumplimiento; es sólo una liquidación anticipada de la reparación debida en caso de incumplimiento. En cambio, la cláusula penal, como dijimos en su oportunidad, cumple no solamente una función indemnizatoria, sino también una función compulsiva: Sirve para conminar al deudor al cumplimiento puesto que él sabe que si no paga la obligación principal deberá afrontar graves consecuencias. La cláusula penal normalmente se estipula sobre la base de una prestación más onerosa o una cantidad superior a los daños y perjuicios derivados de la inejecución o retardo y entonces se tratará de una verdadera sanción que actuará sobre el deudor como medio de presión para el cumplimiento en especie de la obligación principal (*supra*, N° I,4,a)¹⁹⁵.

195 En el mismo sentido, véase: VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *op. cit.* Tome VI. p. 442; ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *loc. cit.* p. 153; GÓMEZ CALERO, Juan: *op. cit.* p.p. 27-28; MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *loc. cit.* p.p. 938-939; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...cit.* p.p. 562-564.

De tal manera que cuando las partes sólo se proponen establecer con carácter previo la prestación pecuniaria que, a título de indemnización, ha de satisfacerse en caso de incumplimiento del contrato, se trata de una mera cláusula de regulación convencional de la responsabilidad contractual. En cambio, cuando las partes predeterminan las consecuencias del incumplimiento del contrato, de modo que la prestación indemnizatoria comporte además una conminación al cumplimiento, estamos ante una cláusula penal propiamente dicha¹⁹⁶.

6. CLÁUSULA PENAL Y CLÁUSULAS EXONERATIVAS Y LIMITATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Por los elementos estructurales propios del negocio jurídico cláusula penal (*supra*, Cap. III) y por su eficacia como mecanismo de garantía para el pago de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato, la cláusula penal se diferencia de las cláusulas exonerativas y limitativas de la responsabilidad contractual¹⁹⁷. Atendiendo a su función, la cláusula penal sustituye a la responsabilidad contractual; en cambio, las cláusulas limitativas, manteniendo esa responsabilidad, solamente la limitan.

No obstante, presenta con estas cláusulas algunos elementos en común: Tanto la cláusula penal como las cláusulas exonerativas y limitativas de la responsabilidad constituyen una desviación de los princi-

196 Cabe hacer notar que en los países regidos por el *common law* se distingue claramente entre “cláusulas de indemnización fijada convencionalmente” y “cláusulas penales”; las primeras se limitan a señalar la naturaleza o la cuantía del resarcimiento y son siempre válidas; en cambio, las cláusulas penales –que intentan obligar al cumplimiento bajo la amenaza de una pena– se consideran nulas. Por el contrario, en los ordenamientos jurídicos propios del sistema continental, las dos figuras son modalidades de regulación convencional de la responsabilidad civil. Cuando las partes no solamente predeterminan el resarcimiento sino que lo hacen de manera tal que la prestación indemnizatoria adquiera la categoría de una verdadera sanción y sirva así para persuadir al deudor de que es mejor que cumpla las obligaciones contraídas, tal como se indica en el texto, se habla de cláusula penal. Como principio de carácter general, la validez de la cláusula penal no se discute en nuestro ordenamiento.

197 Para un examen de la naturaleza, características, clases y efectos de estas cláusulas, véase: GARCÍAAMIGO, Manuel: *Cláusulas Limitativas de la Responsabilidad Contractual*. Editorial Tecnos. Madrid, 1965.

pios que rigen la responsabilidad contractual. Esta desviación es posible porque las reglas contenidas en el Código Civil sobre la responsabilidad civil contractual no son de orden público; por lo cual, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden en principio exonerar, limitar o fijar anticipadamente el monto de los daños y perjuicios por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales¹⁹⁸.

Tanto la cláusula penal como las cláusulas limitativas de responsabilidad surgen de un acuerdo de voluntades anterior a la inejecución de la obligación principal. Además, ambas figuras presuponen el incumplimiento culposo por parte del deudor. Por otra parte, hay que reconocer que les es común la nota de accesoriedad con respecto a las obligaciones principales de las cuales dependen, en el sentido de que mientras la nulidad de la obligación principal a la que accede la cláusula penal y a la que se refieren las cláusulas limitativas de responsabilidad, trae consigo la nulidad de ambos tipos de cláusula; la nulidad de cualquiera de ellas no implica por si sola la nulidad de la obligación principal.

Por otra parte, una vez que se produzca el daño, la cláusula penal puede igualmente producir los efectos de una cláusula limitativa de responsabilidad, lo que ocurrirá cuando la liquidación convencional de los daños y perjuicios contractuales resulte inferior a los efectivamente experimentados de manera tal que la misma aproveche al deudor incumpliente; cada vez que el daño derivado del incumplimiento sea superior a la suma representada por la pena, la cláusula penal produce los efectos propios de una cláusula limitativa de responsabilidad¹⁹⁹.

Sin embargo, aún en este caso subsisten algunas diferencias: En el caso de las cláusulas limitativas de responsabilidad civil contractual,

198 *Cfr.* DE PAGE, Henri: *op. cit.* Tome III. (Seconde Partie). p. 145; LE TOURNEAU, Philippe: *op. cit.* p. 339; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *op. cit.* Tome VI. p.p. 352 y 463; BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 232.

199 Como afirma García Amigo, la intersección entre la cláusula penal y las cláusulas limitativas de responsabilidad se produce en todos aquellos casos en que el daño derivado del incumplimiento es superior a la suma fijada en la cláusula penal. En este caso aunque las partes hayan querido establecer una cláusula penal, en realidad constituye una cláusula de limitación de responsabilidad pues el resultado es el mismo que el perseguido por estas cláusulas.

el acreedor tiene la carga de demostrar el *an* y el *quantum* de los daños, pero la reparación tiene un límite máximo fijado por las partes de modo que el acreedor no puede pretender una reparación superior al monto máximo indemnizable establecido en la cláusula limitativa²⁰⁰. La suma fijada como tope en una cláusula limitativa de responsabilidad, por definición, no puede ser mayor que los daños reales causados por el incumplimiento. Por lo cual, cada vez que los daños reales sean inferiores a la cantidad fijada como máxima en dicha cláusula, el deudor puede liberarse pagando los daños reales. En cambio, cuando se pacta una cláusula penal para garantizar el pago de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación, el acreedor que desee prevalerse de ella, para hacerlo, no tiene que demostrar el daño (su existencia y consistencia) ni su cuantía y puede exigir el pago de la pena (*infra*, N° VIII,3,a)²⁰¹. Además, la cláusula penal fija la medida del resarcimiento, independientemente de que la pena estipulada sea superior o inferior a los daños reales.

Por otra parte, mientras la cláusula penal representa una garantía de la sanción por el incumplimiento de la obligación principal (*supra*, N° III,5), las cláusulas limitativas de responsabilidad significan precisamente lo contrario: una reducción de la sanción normal por el incumplimiento²⁰². De donde resulta que la cláusula penal tiende a favorecer al acreedor que cumple el contrato. En cambio, las cláusulas limitativas de responsabilidad tienden a favorecer al deudor incumpliente. La primera aumenta las garantías del crédito; las segundas lo disminuyen al limitar la responsabilidad contractual²⁰³.

Pero adicionalmente, cuando se regula convencionalmente la responsabilidad civil contractual mediante cláusulas limitativas de responsabilidad, la compensación debida al acreedor por los daños y

200 *Cfr.*: LE TOURNEAU, Philippe: *loc. cit.* p. 353; MAZEAUD, H.L. y J. y CHABAS, François: *op. cit.* Tome II. Premier Volume. p.p. 770-771.

201 Sentencia del 30-07-1997 en Ramírez & Garay. Tomo CXLIV. p.p. 37-38.

202 Como afirma Bozzi, la cláusula penal no elimina ni limita la responsabilidad, sino que en previsión de una futura responsabilidad por parte del deudor fija la medida del resarcimiento con el objeto de evitar toda discusión judicial ulterior acerca de la existencia del daño y su cuantía (BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 232).

203 Al respecto, véase lo que expongo en mi libro *Las Arras en la Contratación... cit.* p.p. 150-151.

perjuicios siempre es en dinero efectivo que es el equivalente mediante el cual el acreedor satisface al deudor en caso de incumplimiento. En cambio, como la cláusula penal puede consistir en el pago de una cantidad de dinero, una obligación de dar, hacer o no hacer, la compensación del acreedor que hace valer la cláusula penal en caso de incumplimiento no será siempre en dinero efectivo.

Por otra parte, mientras en las cláusulas limitativas de responsabilidad el juez no tiene la facultad de reducir el monto de la responsabilidad del deudor, sí la tiene en la cláusula penal cuando la obligación principal se cumple parcialmente (Código Civil, artículo 1.260) (*supra*, N° IV,5,d,d-3).

Con respecto a las cláusulas limitativas de responsabilidad, cabe hacer notar que a veces se utiliza la cláusula penal para introducir subrepticamente en el contrato una disminución indebida de responsabilidad. La doctrina y la jurisprudencia extranjeras estiman ineficaz la cláusula penal en los supuestos en que los daños y perjuicios hayan sido causados por *dolo*, cuando la pena no cubra el monto de los mismos. El principio que impide limitar la responsabilidad en caso de *dolo* también resulta aplicable a la cláusula penal lo que permite excluir la validez de esta cláusula en tal caso y hace procedente la reparación integral del daño conforme a los principios generales que gobiernan la responsabilidad civil contractual (Código Civil, artículos 1.273-1.275)²⁰⁴.

204 Al respecto, véase: FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc y SAVAUX, Éric: *op. cit.* Vol. III. p. 177; MAZEAUD, Denis: *op. cit.* p.p. 332-340; MAZEAUD, H.L. y J. y CHABAS, François: *op. cit.* Tome II. Premier Volume. p. 772, especialmente, las notas 9 y 20 y la jurisprudencia francesa allí citada; MAZEAUD, H. L. y TUNC, A.: *op. cit.* Tomo III. Vol. II. p. 136; STARK, Boris: *op. cit.* p. 301; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.* p. 617, especialmente, la nota 4 y la jurisprudencia francesa allí citada; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *op. cit.* Tome VI. p. 466, especialmente, las notas 163 y 165 y la jurisprudencia francesa allí citada. Para la doctrina del Código italiano de 1865, en el mismo sentido, véase: BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 232; GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 905; PIOLA, Giuseppe: *op. cit.* p. 371; GIORGI, Jorge: *op. cit.* Tomo IV. p. 476. Cabe hacer notar, sin embargo, que en la doctrina clásica italiana algunos autores, bajo el imperio del Código Civil italiano de 1865, sostuvieron el criterio de que cuando se estipula una cláusula penal, aun en el caso de que se hubiere incurrido dolosamente en incumplimiento de la obligación principal, no nace para el acreedor un derecho a la total indemnización del daño sufrido, puesto que no entran en funcionamiento en tal caso los principios relativos a la nulidad del *pactum dolus*. Al respecto, véase: ROSSI, Gaetano:

Por último, en relación con la eficacia de la cláusula penal como mecanismo de regulación convencional de la responsabilidad contractual, conviene tener en cuenta que la función limitativa del *quantum* del daño resarcible que cumple la cláusula penal tampoco opera cuando una norma de orden público no permita atenuar la responsabilidad contractual como ocurre, por ejemplo, en el supuesto previsto en el artículo 74 (numeral 1) de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, en cuyo caso el acreedor podrá exigir la reparación de la totalidad del daño efectivamente causado. Tampoco servirá la cláusula penal como mecanismo de determinación y liquidación anticipada de la responsabilidad civil contractual en los casos en los cuales a un daño, el legislador fije una determinada reparación como límite máximo, como ocurre en los casos previstos en los artículos 100 y 101 de la Ley de Aeronáutica Civil²⁰⁵.

Por supuesto, las cláusulas exonerativas o limitativas de responsabilidad contractual tampoco son eficaces en estos casos.

“*Pactum ne dolus praestetur e clausola penale*” en *Studi in Onore di Mariano D’Amelio*. Vol. III. Società Editrice del Foro Italiano. Roma, 1933. p.p. 268-271; COVIELLO, Jr., Leonardo: *op. cit.* Parte prima, columnas 1698 y 1699; STOLFI, Nicola: *op. cit.* Vol. III. p. 302. Sin embargo la doctrina italiana que comenta el Código de 1.942 es pacífica en el sentido de excluir la eficacia de la cláusula penal en caso de incumplimiento doloso de la obligación. Al respecto, véase: DE NOVA, Giorgio: *op. cit.* p. 378; TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale... cit.* p.p. 37 y ss. La Casación italiana, por su parte, ha dejado establecido que a los efectos de determinar si una cláusula penal por su carácter irrisorio constituye, en el caso concreto, un medio para excluir o limitar la responsabilidad por dolo o culpa grave en contra de lo dispuesto en el artículo 1.229 del *Codice*, “la intención exclusiva de las partes no puede deducirse confrontando el monto de la pena con la cuantía de los daños producidos después en el caso concreto, sino (reconstruyendo *in parte qua* la voluntad de los contratantes al momento de la formación del contrato) tomando en consideración la relación entre el monto de la pena y la entidad presumible del daño eventual y futuro a ser resarcido en función de un pronóstico *ex post*” (Sentencia de la Casación italiana del 28 de julio de 1997 citada por GALGANO, Francesco: *op. cit.* p. 510, nota 49). En la doctrina nacional, en el mismo sentido expuesto en el texto, Mélich-Orsini adhiere a la tesis que postula que en caso de que la cláusula penal sirva para limitar la responsabilidad del que dolosamente dejó de cumplir con una obligación, la autoridad judicial puede disponer que se pague, además de lo debido por concepto de cláusula penal, una cantidad suplementaria para el resarcimiento integral de los daños y perjuicios. (MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...cit.* p.p. 574- 575).

205 La Ley de Aeronáutica Civil fue publicada en la Gaceta Oficial N° 38.215 de fecha 23 de junio de 2005.

7. CLÁUSULA PENAL E INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS FIJADA POR EL JUEZ

La cláusula penal, ya lo hemos dicho, es un mecanismo de determinación y liquidación de los daños y perjuicios en caso de que el acreedor opte por reclamar la pena estipulada. Cumple pues una *función indemnizatoria*. Nos toca ahora examinar las diferencias entre la cláusula penal y la indemnización ordinaria de los daños y perjuicios fijada judicialmente²⁰⁶.

La doctrina señala las siguientes diferencias entre una y otra forma de indemnización:

1) La cláusula penal constituye un mecanismo de determinación de los daños y perjuicios que fijan las propias partes; en cambio, es el juez quien fija el monto de los daños y perjuicios indemnizables según el régimen ordinario.

2) La cláusula penal se pacta antes de producirse el incumplimiento; constituye un mecanismo de determinación preventiva de los daños y perjuicios. En cambio, la indemnización judicial es siempre posterior al incumplimiento.

3) La cláusula penal consiste en una prestación de dar o de hacer (o, incluso de no hacer) alguna cosa en caso de inejecución (o retardo) de la obligación principal (Código Civil, artículo 1.257). La indemnización judicial, por ser una compensación de los daños y perjuicios, será siempre en dinero efectivo que es el equivalente mediante el cual el deudor satisface al acreedor en caso de incumplimiento.

4) Cuando se estipula una cláusula penal, si el acreedor opta por reclamar la pena queda relevado de la carga de demostrar el *an y el quantum* del daño; en la fijación judicial de los daños y perjuicios, el daño debe ser demostrado por el acreedor. Este tiene que aportar la prueba de la existencia del daño que le produzca el incumplimiento así como

206 Para un examen de las reglas que debe seguir el juez para determinar la consistencia de la reparación que él está en el deber de acordar a la víctima, en la doctrina nacional, véase: MÉLICH-ORSINI, José: “La reparación de los daños por el juez” en *Estudios de Derecho Civil*. Vol. II. Ediciones Fabreton. Caracas, 1974. p.p. 303-350.

también la de su consistencia, esto es, debe demostrar en que consistió el daño experimentado²⁰⁷. El acreedor debe además demostrar la cuantía de los daños existentes y cuya consistencia haya sido probada. Esto, por supuesto, sin perjuicio de que la determinación de la cuantía la fije el juez mediante experticia complementaria al fallo, cuando así lo haya solicitado el actor en el libelo, o cuando la existencia del daño haya sido probada en el proceso, pero no su cuantía (Código de Procedimiento Civil, artículo 249).

5) Los daños y perjuicios se le reparan siempre a quien ha sufrido la pérdida o menoscabo patrimonial, es decir, al acreedor; en cambio, la cláusula penal puede estipularse en beneficio de un tercero (*supra*, N° III,1)²⁰⁸.

8. CLÁUSULA PENAL E INTERESES MORATORIOS

Los intereses moratorios son aquellos que indemnizan al acreedor los daños y perjuicios experimentados por el retardo en el cumplimiento de una obligación de pagar una suma de dinero. Están consagrados expresamente en el artículo 1.277 del Código Civil según el cual “a falta de convenio en las obligaciones que tienen por objeto una cantidad de dinero, los daños y perjuicios resultantes del retardo en el cumplimiento consisten siempre en el pago del interés legal, salvo disposiciones especiales”.

De acuerdo con el Código Civil consisten en el pago del interés legal, pero las partes pueden convenir en intereses moratorios diferentes de los legales (Código Civil, artículo 1.746, encabezamiento).

207 *Cfr.* BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 213; GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 899; DE CUPIS, Adriano: *op. cit.* p.p. 540-543; KUMMEROW, Gert: “Esquema del daño contractual resarcible según el sistema normativo venezolano” en *Indemnización de Daños y Perjuicios*. (Autores venezolanos). Ediciones Fabreton. Caracas, 1998. p.p. 339 y 345-348; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...cit.* p.p. 474-y 479.

208 Poco más o menos en el mismo sentido expuesto en el texto, véase: LE TOURNEAU, Philippe: *op. cit.* p. 356 y la jurisprudencia francesa allí citada; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *op. cit.* Tome VI. p.p. 463-465; DE CUPIS, Adriano: *op. cit.* p.p. 505-513; TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale... cit.* p.p. 109 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *op. cit.* p.p. 339-341.

Los intereses moratorios se asemejan a la cláusula penal moratoria por la función resarcitoria que cumplen: Constituyen la liquidación legal y *a forfait* del daño causado por el incumplimiento moroso de una obligación. Los intereses moratorios buscan el resarcimiento de los daños y perjuicios que se han causado por la demora en el cumplimiento de la obligación. Su función resarcitoria asemeja a ambas figuras, pero hay diferencias importantes entre una y otra.

Como es bien sabido, los intereses moratorios, como todo interés, son frutos civiles de un capital, es decir, su monto o cuantía no es discrecional, sino proveniente de una tasa o porcentaje que se calcula con referencia a una suma determinada. El interés se calcula como una cantidad de dinero que representa un porcentaje o tasa de una suma determinada (capital) por un período de tiempo²⁰⁹. Representa pues una tasa sobre una cantidad de dinero adeudada.

La cláusula penal, en cambio, puede tener un contenido muy variado y consistir en una prestación de dar, hacer o no hacer y, por tanto, puede estar vinculada o no con la suma de dinero adeudada (*supra*, N° III,3,b).

Además, se diferencian por la obligación principal a la cual acceden: La cláusula penal puede acceder a cualquier tipo de obligaciones; los intereses moratorios, en cambio, sólo pueden aplicarse cuando se reclamen obligaciones pecuniarias.

Ahora bien, la aproximación entre la pena y los intereses moratorios se pone de relieve cuando la pena se fija en una suma de dinero. El pago de unos determinados intereses por no haber restituido oportunamente el deudor una cantidad de dinero es una de las modalidades que puede revestir la cláusula penal. Según algunos autores, en tal caso, no

209 Al respecto, en la doctrina nacional, véase: PULIDO MÉNDEZ Víctor: “Los Intereses Moratorios Correspectivos y Compensatorios en el Derecho Venezolano Vigente y en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil” en *Los Intereses y la Usura. Estudios Jurídicos*. (Autores varios). Caracas, 1988. p.p. 253-254; RODNER, James Otis: *El Dinero. Obligaciones de Dinero y de Valor. La Inflación y la Deuda en Moneda Extranjera*. Academia de Ciencia Políticas y Sociales. Caracas. 2005. p. 526.

existe diferencia cualitativa alguna desde el punto de vista jurídico²¹⁰. En nuestro concepto ambos institutos pueden diferenciarse por la función que cumplen uno y otro: indemnizatoria en el primer caso; conminatoria, en el segundo²¹¹.

Nuestros tribunales al observar la analogía entre ambos institutos han declarado que como los intereses moratorios, a falta de convenio en contrario, son el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del retardo en el cumplimiento de una obligación pecuniaria (Código Civil, artículo 1.277) y como la pena estipulada sustituye a los intereses moratorios, cuando “la pretensión del actor está referida al cumplimiento de una cláusula penal relativa al pago de una cantidad de dinero, el monto estipulado por tal concepto no puede incrementarse (Código Civil, artículo 1.276) ... luego, la pretensión del actor de que se le paguen también intereses de mora es contraria al ordenamiento jurídico. Aceptarlo sería acordar una doble indemnización por una misma causa”²¹².

Por consiguiente, si la cláusula penal fue estipulada con el propósito de asegurar el pago de una cantidad de dinero, la pena aparece como sustitutiva de los intereses moratorios debidos como consecuencia de la mora en que incurra el deudor. De ahí que, partiendo de esta similitud de ambos institutos, no pueden acumularse cláusula penal e intereses moratorios (legales), en razón de que la pena entra en lugar de estos y la acumulación resulta improcedente como consecuencia del principio de la inmutabilidad de la pena²¹³.

210 Al respecto, véase: GÓMEZ CALERO, Juan: *op. cit.* p.p. 79-80.

211 Respecto de si la cláusula penal estipulada en las obligaciones que tienen por objeto el pago de una cantidad de dinero tiene necesariamente que limitarse a la tasa máxima de interés legalmente permisible, véase lo que expongo sobre el particular en el Capítulo VI de este trabajo.

212 Sentencia del Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy de fecha 02-03-2010, caso *Olinto de Jesús Cestari Hernández vs. Elida Josefina Cuenca* en <http://yaracuy.tsj.gov.ve/decisiones/2010/marzo/1428-2-5618-.html>; Sentencia del 07-03-1985 en Ramírez & Garay. Tomo XC. p.p. 160-162.

213 Empero, las partes pueden acumular una cláusula penal e *intereses moratorios convencionales (cláusula penal acumulativa)*, siempre y cuando la suma por ambos conceptos no exceda la tasa máxima de interés legalmente permisible.

9. CLÁUSULA PENAL Y ARRAS PENALES²¹⁴

Ciertamente la cláusula penal y las arras penales o confirmatorias previstas en el artículo 1263 del Código Civil tienen caracteres comunes. Ambos son mecanismos de reforzamiento del crédito que operan como una determinación y liquidación anticipada de los daños y perjuicios para el caso de incumplimiento de la obligación principal, siempre y cuando el acreedor no prefiera exigir que la obligación asumida sea estrictamente cumplida.

Entre una y otra forma de garantía del crédito existen los siguientes rasgos comunes: 1) las dos constituyen una cláusula accesoria, con todas las consecuencias que de este carácter derivan; 2) las dos estipulan una indemnización fija para el caso de incumplimiento de la obligación; y 3) las dos exigen como condición de aplicación que haya inejecución o retardo imputable al deudor²¹⁵.

Pero en todo caso, existen diferencias importantes entre las arras penales o confirmatorias y la cláusula penal, tanto en lo referente a su estructura y objeto, como en cuanto a su campo de actuación y fuente de constitución.

Los principales rasgos diferenciales entre una y otra forma de garantía son los siguientes:

1) Las arras aseguran el cumplimiento de una obligación mediante la entrega real y actual de una cosa (*datio rei*) que, si no se cumple, se perderá, mientras que la cláusula penal asegura la ejecución de una obligación mediante la promesa de una prestación que habrá que realizar en caso de incumplimiento de la obligación principal. Por consiguiente, la cláusula penal consiste en un deber jurídico, en una promesa de dar o entregar una cosa en caso de incumplimiento de una obligación; en cambio, las arras requieren para su perfeccionamiento la dación actual y

214 Sigo aquí, en líneas generales, la exposición que hago en mi trabajo *Las Arras en la Contratación... cit.* p.p. 155-158.

215 Cabe hacer notar, sin embargo, que según un sector de la doctrina italiana, las arras no producen sus efectos en caso de retardo en el cumplimiento. Al respecto, véase: URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *Las Arras en la Contratación... cit.* p. 111, especialmente, la nota 126.

efectiva de una cosa. En síntesis, la cláusula penal supone una promesa de entrega en caso de incumplimiento, mientras que las arras penales suponen para una de las partes una entrega efectiva y previa que se pierde en caso de incumplimiento y la promesa de una entrega del duplo para la otra parte.

2) Las arras tienen una eficacia bilateral y recíproca. Con su constitución se garantiza tanto el crédito del *accipiens* quien puede apropiarse de las arras en caso de incumplimiento del *tradens*; como también el crédito de este último a quien corresponde su restitución doblada en caso de inejecución del contrato imputable al *accipiens*. Frente a la eficacia recíproca de las arras, la obligación accesoria que impone la cláusula penal sólo garantiza la obligación de una de las partes, salvo acuerdo expreso en contrario de los contratantes.

Aunque la cláusula penal puede ser recíproca, en la mayoría de los casos se utiliza para asegurar la prestación de uno solo de los contratantes. En cambio, es de la esencia de las arras que la posibilidad de pérdida de las mismas por quien las entregó tenga su correlato en una idéntica posibilidad para quien las recibió de tener que devolverlas duplicadas.

3) La cláusula penal y las arras se diferencian, además, por su objeto. La primera consiste en una prestación accesoria de dar o de hacer que el deudor se obliga a cumplir en caso de inejecución de la obligación principal (Código Civil, artículo 1.257) y en la mayoría de los casos es de un valor superior a esta última. En cambio, la prestación accesoria propia de las arras consiste en una suma de dinero u otras cosas fungibles que una de las partes entrega a la otra en el momento de la celebración del contrato, o con anterioridad a su celebración. Además, el objeto de las arras representa generalmente una parte proporcional del precio.

4) A diferencia de lo que ocurre en sede de cláusula penal, las arras penales sólo cumplen la función de servir de mecanismo de liquidación anticipada de los daños y perjuicios y límite del resarcimiento en el caso de que la parte cumplidora del contrato elija la facultad de pedir la resolución del contrato, puesto que cuando esta última prefiere la ejecución coactiva, tiene derecho a obtener un resarcimiento integral a cuyo monto se imputan las arras dadas o recibidas. Cuando median arras, si la parte

que cumple opta por la vía del cumplimiento, puede pretender la indemnización de todos los daños y perjuicios experimentados, independientemente de que dicha indemnización sobrepase o no el monto de las arras, ya que estas se imputan al precio y son irrelevantes para la determinación del resarcimiento.

5) Las arras sólo pueden entregarse para garantizar el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento o del retardo en el cumplimiento de obligaciones de fuente contractual. En cambio, la obligación principal cuyo cumplimiento se garantiza mediante una cláusula penal puede provenir de un contrato o de cualquier otro negocio jurídico y aún de un ilícito civil o penal (*supra*, N° III,4).

6) Las arras surgen siempre de un acuerdo de las partes. Frente al origen voluntario de las arras, la adición de una cláusula penal a una relación contractual puede provenir de un acuerdo de voluntades o de un mandato de la ley como, por ejemplo, en el supuesto previsto en los artículos 172 y 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas²¹⁶ que ordena la imposición de determinadas penalidades aplicables a los contratos de obra con el sector público, en caso de demora.

7) El juez no puede reducir las arras confirmatorias o penales, lo que sí puede hacer en el caso de la cláusula penal (*supra*, N° IV,5,d,d-3).

10. CLÁUSULA PENAL Y MULTA PENITENCIAL

Tampoco hay que confundir la cláusula penal con la *multa penitencial* (*multa poenitentialis, pactum displicentiae, faculté de dédit*). Se dice que hay multa penitencial cuando en un contrato se establece una determinada prestación que una de las partes se obliga a dar a la otra en caso de que quiera desistir del contrato. La multa penitencial se configura pues como una promesa: Es la cantidad de dinero que debe pagar o la prestación que debe cumplir quien desiste del contrato, de acuerdo con lo convenido por las partes. Se trata pues de una facultad concedida al deudor de la obligación principal. En virtud de la multa penitencial, este

216 El Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas fue publicado en la Gaceta Oficial N° 39.181 de fecha 19 de mayo de 2009.

puede desistir libremente del contrato ofreciendo el pago de la prestación (*multa penitencial*) convenida, sin que la otra parte, es decir el acreedor de la obligación principal, tenga derecho a insistir en la ejecución de la misma, o a pretender cualquier otra cosa a título de indemnización de daños y perjuicios²¹⁷.

La cláusula penal se establece en interés del acreedor. Es la compensación de los daños y perjuicios causados por la inejecución o el retardo de la obligación principal. Se estipula para asegurar el cumplimiento de una obligación y conminar al deudor a su ejecución; dispensa al acreedor de la necesidad de probar los daños y perjuicios. En cambio, la multa penitencial se pacta siempre en interés del deudor permitiéndosele desistir libremente del contrato mediante el pago de la cantidad que se había establecido como multa penitencial. De donde resulta que la cláusula penal no da al deudor la facultad de desligarse de su obligación principal, mientras que la multa penitencial sí²¹⁸.

11. CLÁUSULA PENAL Y PRENDA IRREGULAR

La prenda irregular se constituye mediante la entrega de una cantidad de dinero u otras cosas fungibles no individualizadas para asegurar el cumplimiento de una obligación²¹⁹. Supone la transmisión de

217 Cfr: GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p.p. 919-922; GIORGI, Jorge: *op. cit.* Vol. IV. p.p. 493-495; TRABUCCHI, Alberto: *op. cit.* p. 736; HERNÁNDEZ GIL, Félix: “Las Arras en el Derecho de la Contratación” en *Acta Salamanticensia. Derecho*. Tomo III. N° 2. Salamanca, 1958. p.p. 55-60; DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel: *El Contrato en General*. Tomo VI. Pontificia Universidad del Perú. Fondo Editorial. Lima, 1999. *op. cit.* Tomo VI. p. 224.

218 La doctrina en general está de acuerdo con los particulares expuestos. Al respecto, véase: LOBATO DE BLAS, Jesús María: *op. cit.* p.p. 108-109; PEIRANO FACIO, Jorge: *op. cit.* p.p. 153-157; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida: *op. cit.* p.p. 356-364; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...cit.* p. 569.

219 Según algunos autores, la prenda irregular constituye un auténtico derecho de prenda sobre cosas corporales. Según otros, cumple una función de garantía pero no hace surgir un derecho real de garantía. Al respecto, véase: DALMARTELLO, Arturo: Voz “Pegno Irregolare” en *Novissimo Digesto Italiano*. T. XII. Torino, 1967. p.p. 798 y ss. En Venezuela no existe una regulación especial aplicable a la prenda irregular. Por lo cual, se configura como un contrato atípico. En cambio, en Italia el *Codice* de 1942 regula esta figura en los siguientes términos: “*Prenda irregular en garantía de anticipo*.- Si en garantía de uno o varios créditos, son vinculados depósitos de dinero, mercaderías o títulos que no hayan

la propiedad de la cantidad de dinero o cosas fungibles entregadas al acreedor. En virtud de su carácter traslativo, no rige la prohibición del pacto comisorio.

Se admite como efecto fundamental de la prenda irregular la aplicación de la garantía al pago de la deuda y la restitución de una cantidad igual a la recibida (*tantumdem*) en caso de cumplimiento²²⁰.

Existen diferencias importantes entre la cláusula penal y la prenda irregular. A continuación indicamos los principales rasgos diferenciales.

1) La cláusula penal asegura la ejecución de una obligación mediante la promesa de una prestación que habrá que realizar en caso de incumplimiento de la obligación principal. Por consiguiente, la cláusula penal consiste en un deber jurídico, en una promesa de dar o entregar una cosa en caso de incumplimiento de una obligación. En cambio, la prenda irregular supone una entrega efectiva de dinero u otras cosas fungibles.

2) En la cláusula penal en caso de incumplimiento el deudor está obligado a pagar la pena y el acreedor no necesita probar los daños y perjuicios. En cambio, en la prenda irregular, en caso de incumplimiento, la cantidad entregada se aplica al pago de la deuda, pero es necesario probar los daños y perjuicios ocasionados al acreedor por el incumplimiento si se quiere hacer efectiva esa responsabilidad sobre la cantidad entregada y si sobra algo se le devolverá al constituyente de la prenda. La responsabilidad del deudor incumpliente se rige por las normas generales que gobiernan la indemnización de los daños y perjuicios; por lo cual, el demandante tiene que alegar y probar la existencia y cuantía del daño sufrido.

sido individualizados o por los cuales se haya conferido al banco la facultad de disponer, el banco debe restituir sólo la suma o la parte de las mercaderías o de los títulos que exceden del monto de los créditos garantizados. El excedente es determinado en relación al valor de las mercaderías o de los títulos al tiempo del vencimiento de los créditos” (artículo 1.851).

220 Respecto de la regulación del depósito en garantía del cumplimiento de las obligaciones del arrendatario en el contrato de arrendamiento de inmuebles urbanos y suburbanos a que se contrae el Decreto N° 427 con Rango y Fuerza de Ley de Arrendamientos Inmobiliarios publicado en la Gaceta Oficial N° 36.845 del 7 de diciembre de 1999, véanse los artículos 22 al 28 del precitado Decreto-Ley.

3) La cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios causados por la inejecución de la obligación principal (Código Civil, artículo 1.258). Cumple pues una función indemnizatoria de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación principal. Las partes, mediante la estipulación de una cláusula penal, como ya dijimos, han determinado y liquidado previamente dichos daños y perjuicios. Por lo cual, en caso de inejecución imputable al deudor, el acreedor, si así lo desea, puede optar por exigir el cumplimiento de la pena. Como la cláusula penal constituye una liquidación anticipada de los daños y perjuicios para el caso de incumplimiento, la autoridad judicial no puede acordar a la parte cumplidora del contrato a título de resarcimiento, ni una suma mayor ni una menor (Código Civil, artículo 1.276).

La prenda irregular, en cambio, no opera como un mecanismo de resarcimiento del daño previamente liquidado por las partes. Por consiguiente, si el deudor no cumple la obligación garantizada, el acreedor prendario lo que tiene es el recurso a la compensación entre la deuda y la obligación de restituir la prenda, de acuerdo con las normas generales aplicables a la compensación como medio de extinción de las obligaciones; por lo cual, si ambas deudas son líquidas y exigibles opera la compensación hasta concurrencia de la deuda menor (Código Civil, artículo 1.332) quedando, por consiguiente, como deudor del saldo aquel cuyo crédito sea inferior²²¹. Nada de esto, como se acaba de ver, ocurre con la cláusula penal en caso de inejecución de la obligación principal.

12. CLÁUSULA PENAL Y CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA (PACTO COMISORIO)

La distinción entre la cláusula penal y la cláusula resolutoria expresa es bastante clara.

Mediante la estipulación de una cláusula resolutoria expresa las partes de un contrato bilateral convienen en darle el derecho al acreedor de declarar unilateralmente resuelto el contrato sin necesidad de acudir a los tribunales de justicia, cuando así lo hayan previsto las partes, siempre

221 Cfr: DALMARTELLO, Arturo: *loc. cit.*; MESSINEO, Francesco: *Manual de Derecho... cit.* Tomo IV. p.p. 91-92.

y cuando el incumplimiento se refiera a una o más obligaciones individualizadas en el contrato (*pacto comisorio*)²²².

Cuando en un contrato bilateral se incluye un pacto comisorio²²³, el incumplimiento de una de las partes le confiere a la otra la facultad de dar por resuelto el contrato, a no ser que opte por exigir su ejecución; en uno y otro casos procederá el resarcimiento de los daños y perjuicios causados conforme a los principios generales que gobiernan la responsabilidad civil contractual. En cambio, cuando en un contrato se pacta una cláusula penal, el incumplimiento de uno de los contratantes atribuye al otro una opción diferente: la de reclamar el cumplimiento del contrato o la cláusula penal. La indemnización de los daños y perjuicios en caso de inejecución del contrato no puede exceder el monto de la cláusula penal estipulada (artículo 1.276). Por lo cual, una cláusula resolutoria no tiene nada que ver con una cláusula penal. Mientras la primera tiene por objeto la extinción del contrato, la segunda sólo constituye una indemnización predeterminada *a forfait* de los daños y perjuicios²²⁴.

Con frecuencia, la cláusula penal se combina con una cláusula resolutoria expresa como, por ejemplo, cuando en una venta a plazos se conviene que la falta de pago de dos o tres cuotas acarrea de pleno derecho la resolución del contrato (*pacto comisorio*) con pérdida de lo pagado por el comprador (*cláusula penal*). En caso de incumplimiento

222 Al respecto, en la doctrina nacional, véase: KUMMEROW, Gert: “Anotaciones sobre la estructura y el mecanismo de la cláusula resolutoria expresa” en *Studia Iuridica* N° 2. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1958. p.p. 171 y ss.; MÉLICH-ORSINI, José: *La Resolución del Contrato por Incumplimiento*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 59. Caracas, 2003. p.p. 66-75.; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General... cit.* p.p. 747-751; OCHOA, Oscar: “El Pacto Comisorio o Acuerdo Tácito o Expreso de Resolución de los Contratos Bilaterales por Incumplimiento de Alguna de las Partes de sus Obligaciones” en *Estudios de Derecho Civil*. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Vol. I. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2002. p.p. 965-984; GORRÍN, Guillermo: “Desnaturalización de la cláusula resolutoria expresa” en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Asociación Venezolana de Derecho Privado. Serie Eventos. N° 23. Caracas, 2010. p.p. 433-485.

223 El término “pacto comisorio” deriva de la *lex commissoria* del Derecho romano que permitía la inclusión en el contrato de compra-venta de una cláusula en virtud de la cual el vendedor podía considerar el contrato como no concluido si dentro de cierto tiempo el comprador no había pagado el precio. (*Digesto, XVIII, III, 2.*)

224 Cfr: LARROUMET, Christian: *op. cit.* Vol. II. p. 128 y la jurisprudencia francesa allí citada; MAZEAUD, Denis: *op. cit.* p.p. 63-64 y 393-394.

podrá el vendedor hacer valer la cláusula resolutoria expresa y resolver el contrato, pero en tal caso la resolución es un efecto de la cláusula resolutoria expresa y no de la cláusula penal que cumple una función resarcitoria puesto que tiene por objeto, en ese supuesto, reparar el perjuicio que resulte de la inejecución y de la resolución del contrato por culpa del comprador que no pagó. El monto de la cláusula penal es la liquidación anticipada de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación principal que dio lugar a la resolución del contrato.

Pero la ley a veces alude al pacto comisorio en otro sentido, esto es, como la cláusula accesoria de un convenio que faculta al acreedor en caso de vencer la deuda y no pagarla el deudor, para quedarse con el objeto que constituye la garantía de la obligación, pacto este expresamente prohibido por la ley²²⁵. Así, en el artículo 1.844 del Código Civil cuando se establece que el acreedor no puede apropiarse de la cosa recibida en prenda ni disponer de ella aunque así se hubiese estipulado, o en el artículo 1.878 que prohíbe el pacto por el cual el acreedor se haga propietario de la cosa hipotecada por la sola falta de pago en el término convenido.

Se ha pensado que la obligación de dar una cosa determinada a título de cláusula penal en caso de incumplimiento de la obligación principal, o la facultad atribuida al acreedor para que en caso de falta de pago del saldo del precio adeudado pueda retener en concepto de cláusula penal las cuotas pagadas por el deudor, plantea problemas de licitud debido a la prohibición del pacto comisorio²²⁶. Sin embargo, en nuestro concepto, con la cláusula penal no se presenta ningún problema por lo que respecta a la burla de la prohibición del pacto comisorio, ya que es muy diferente la situación que se plantea y, por ende, la regulación aplicable en los casos de prenda e hipoteca que la que se origina con ocasión de la estipulación de una cláusula penal. En efecto, los derechos reales de garantía no tienen incidencia alguna sobre la obligación de pagar el monto

225 Respecto del origen y alcance de la prohibición legal del pacto comisorio así entendido, véase: MÉLICH-ORSINI, José: “Los verdaderos alcances de la prohibición del pacto comisorio en el Derecho venezolano y una errónea sentencia de la Corte Suprema de Justicia” en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*. Tomo II. Caracas, 1984. p.p. 1108 y 1125.

226 Al respecto, véase: MARINI, Annibale: *op. cit.* p.p. 131 y ss.

de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, sino que aseguran el pago de lo adeudado sujetando a tal fin determinados bienes; por eso, al ser idéntica la reclamación y como el valor de la prenda o hipoteca generalmente excede el monto de la obligación principal, se prohíbe el pacto comisorio para que el acreedor no obtenga más de lo debido, y de ese modo se le obliga a vender judicialmente la cosa para que cobre sólo lo procedente²²⁷. En la cláusula penal, en cambio, debido a la propia configuración de este instituto se admite que la reclamación del acreedor sea superior a los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, de manera que si la pena consiste en el pago de una cantidad de dinero, el deudor podrá verse, en definitiva, privado de una cantidad superior a la que correspondería de estimarse dichos daños y perjuicios conforme a las reglas generales que gobiernan la responsabilidad civil contractual. Por consiguiente, es también lícito que este pueda verse privado de una cosa por el incumplimiento de una obligación principal cuyo monto sea inferior al de aquella²²⁸. Si, por ejemplo, por una obligación principal cuyo incumplimiento produzca un perjuicio de cien mil bolívares, se puede pactar una cláusula penal cuyo objeto sea pagar ciento cincuenta mil bolívares, no hay razón para negar la licitud de una cláusula penal en virtud de la cual se convenga en la entrega (o, en su caso, en la retención) de ciento cuarenta mil bolívares.

Por último, como se dijo a veces en los contratos de venta a plazos cuando se pacta que el precio se pagará por cuotas y las partes convienen en que resuelto el contrato las cuotas pagadas o determinado porcentaje de estas queden en beneficio del vendedor a título de indemnización de daños y perjuicios (cláusula penal), en algunos casos el legislador en protección de la parte débil del contrato establece que el juez, según las circunstancias, podrá reducir la indemnización convenida si el comprador ha pagado ya más de una cuarta parte del precio total. Pero no prohíbe tales pactos²²⁹.

227 Cfr. MÉLICH-ORSINI, José: *loc. cit.*; AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *op. cit.* p. 77-78; Sentencia del 30-05-1940 en Jurisprudencia de la Corte Federal y de Casación 1924-1949. José Enrique Machado. Caracas, 1951. p. 277.

228 Cfr. DÁVILA GONZÁLEZ, Javier: *op. cit.* p. 249.

229 Así, en los artículos 14 de la Ley sobre Ventas con Reserva de Dominio, 35 y 36 de la Ley de Propiedad Horizontal y 17 de Venta de Parcelas.

13. CLÁUSULA PENAL Y CLÁUSULA DE VALOR

Debido a la pérdida del poder adquisitivo del dinero como consecuencia de la inflación, se ha extendido el uso de cláusulas de valor en los contratos. La cláusula de valor se utiliza frecuentemente en los contratos que tienen por objeto el pago de una cantidad de dinero permitiendo que el monto de la prestación que debe pagar el deudor se determine de acuerdo con un valor de referencia²³⁰.

Existen distintas modalidades de cláusulas de valor como, por ejemplo, la cláusula valor oro, o mercadería, la cláusula valor moneda extranjera, o índice de precios, etc.

La doctrina enumera las diferencias fundamentales entre una cláusula penal y una cláusula de valor así:

1) La cláusula penal es una obligación accesoria; la cláusula de valor no configura una prestación accesoria, sino una reexpresión cuantitativa de la misma obligación principal.

2) Para que la cláusula penal pueda tener efecto se requiere que el incumplimiento revista carácter culposo y la constitución en mora del deudor (*infra*, N° VII, 2 y 3). La cláusula de valor, en cambio, cumple su función independientemente del momento en que se cumpla la obligación.

3) La cláusula penal está destinada a garantizar el cumplimiento de la obligación (*función compulsiva*) y a fijar el monto de los daños y perjuicios (*función indemnizatoria*) (*supra*, N° I,4). En cambio, la cláusula de valor no tiene una función compulsiva sino que persigue mantener más o menos constante el valor de las prestaciones convenidas.

4) La cláusula penal es subsidiaria porque entra en lugar del cumplimiento de la obligación principal y no permite al deudor liberarse de esta pagando la pena (*supra*, N° IV,2). En cambio, la cláusula de valor se

230 Para un análisis de la definición, naturaleza y clases de cláusulas de valor, así como de sus modalidades de aplicación en la contratación, en la doctrina nacional, véase: RODNER, James Otis: *op. cit.* p.p. 715-825.

suma al capital pactado y, por ende, hace variar el monto de la obligación en forma automática.

A pesar de estas diferencias, algunas cláusulas son de tipificación dudosa sobre todo cuando se conviene en el reajuste en caso de inejecución o de retardo culposo en el cumplimiento de una obligación como, por ejemplo, si A le da un préstamo a B por la cantidad de cien mil bolívares pagaderos el día 30 de mayo de 2011, conviniendo las partes que en caso de que el capital adeudado no fuera pagado en el término señalado, la obligación se reajustará de acuerdo con la variación que experimente el índice de precios al consumidor para el área metropolitana de Caracas, hasta el mes anterior al del pago efectivo. La doctrina califica a la cláusula redactada en los términos antes descritos como una cláusula penal moratoria que autoriza al acreedor a acumular la prestación (cien mil bolívares) y la pena consistente en la diferencia entre el capital originariamente debido y la suma que resulte de aplicar el ajuste en atención a la variación de precios, pudiendo el acreedor exigir el cumplimiento de ambas. Dicha cláusula penal, se afirma, cumple su función compulsiva puesto que incita al deudor a que cumpla la obligación principal por el temor de verse expuesto a pagar la pena, y cumple también su función indemnizatoria por cuanto fija de antemano los daños y perjuicios que el retardo en el cumplimiento de la obligación le causará al acreedor²³¹.

231 Al respecto, véase: GURFINKEL DE WENDY, Lilian: *Efectos de la Inflación en los Contratos. Reajuste según Cláusula de Estabilización*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1979. p.p. 86-87.

CAPÍTULO VI

LA CLÁUSULA PENAL Y LA PROHIBICIÓN DE LA USURA

1. INTRODUCCIÓN

Las estipulaciones usurarias revisten particular importancia para el objeto de nuestro estudio ya que, según algunos autores, ellas configuran uno de los casos de excepción al principio de que la pena no puede ser modificada por el juez. Un sector de la doctrina extranjera considera limitada la cuantía de la cláusula penal por los preceptos que prohíben la usura. Se plantea pues el problema de si es posible aplicar, independientemente de que las partes hayan tratado o no de simular una estipulación usuraria, las disposiciones represivas de la usura cuando la pena posea una cuantía excesiva.

Dentro de las estipulaciones usurarias, la doctrina engloba las estipulaciones sobre intereses usurarios y los contratos usurarios propiamente dichos.

2. LA CLÁUSULA PENAL Y EL COBRO DE INTERESES USURARIOS

El artículo 1º del Decreto-Ley N° 247 sobre la Represión de la Usura dictado por la Junta Revolucionaria de Gobierno el 9 de abril de 1946 dice textualmente:

“Sin perjuicio de la limitación que establece el Código Civil en su artículo 1.746, se considera constitutivo del delito de usura el préstamo de dinero en el cual se estipule o de alguna manera se obtenga un interés que exceda del uno por ciento mensual.”

Esta disposición considera pues como delito de usura el préstamo de dinero en el cual se estipule o se obtenga de alguna manera el pago de un interés superior al uno por ciento (1%) mensual.

De acuerdo con la sentencia de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia de fecha 19 de febrero de 1981, la limitación al uno por ciento mensual a que se contrae el Decreto-ley de Represión de la Usura sólo es aplicable a los intereses derivados de un contrato de préstamo de carácter civil²³². En materia mercantil, en cambio, de acuerdo con esa sentencia no rige esa limitación y se aplica lo dispuesto en el primer aparte del artículo 1.746 del Código Civil; por lo cual, los contratantes pueden estipular en las operaciones mercantiles en general intereses convencionales que no excedan en una mitad al interés corriente en el mercado al tiempo de la convención. En materia bancaria, los límites máximos y mínimos a la tasa de interés que pueden cobrar los bancos y las instituciones financieras son los fijados por el Banco Central de Venezuela (Ley del Banco Central, artículo 50)²³³. Por último, en las operaciones de venta a crédito de cualquier tipo de bienes o servicios o de financiamiento para tales operaciones, no puede obtenerse por concepto de intereses, comisiones o recargos ninguna cantidad que exceda los límites máximos fijados por el Banco Central de Venezuela (Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, artículo 77)²³⁴.

La ley castiga pues no sólo a quien presta dinero en forma usuraria, sino también al que obtiene esta clase de utilidad o ventaja en la venta de bienes o servicios a plazos. Esta segunda modalidad se relaciona con las adquisiciones que los consumidores realizan a plazo de bienes como, por ejemplo, automotores, electrodomésticos, etc., operaciones en las cuales los intereses en la mayoría de los casos son disimulados de diversas formas y superan muchas veces los corrientes o legales.

232 Sentencia del 19-02-1981 en Gaceta Forense. Tercera Etapa. N° III. Vol. III. p.p. 290 y ss.

233 La Ley del Banco Central de Venezuela fue publicada en la Gaceta Oficial N° 39.419 de fecha 7 de mayo de 2010.

234 La Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (LEDEPABIS) fue publicada en la Gaceta Oficial N° 39.358 de fecha 1° de febrero de 2010.

Ahora bien, la usura en el cobro de intereses en las obligaciones pecuniarias se configura cuando se estipulan *intereses* en exceso de los límites legales, conforme a lo antes expuesto. La doctrina admite que la estipulación de intereses usurarios es un supuesto de *lesión* que da a lugar a la disminución de los intereses al máximo legal permisible (arg.: ex art. 1.746. segundo aparte, *in fine*, del Código Civil)²³⁵.

En razón del carácter de orden público que revisten las precitadas disposiciones legales, se plantea el problema de si en las obligaciones pecuniarias las partes pueden estipular mediante una cláusula penal el pago de una cantidad de dinero que exceda la tasa máxima que podría cobrarse legítimamente conforme a las normas dirigidas a la represión de la usura. De no admitirse esta posibilidad, al menos desde el punto de vista civil, la autoridad judicial estaría facultada para reducir el monto de la cláusula penal y ajustarla al límite máximo legalmente permisible para el pago de intereses.

La doctrina se encuentra bastante dividida al respecto.

Una vez se ha opinado que en las obligaciones que tienen por objeto el pago de una suma de dinero no es posible estipular, ni directa ni indirectamente, intereses más elevados, ni aun a título de pena, porque la pena no es más que la valuación de los daños y perjuicios, y estos daños y perjuicios no pueden traspasar la tasa máxima de interés legalmente permisible; la prohibición de estipular intereses más elevados es de orden

235 La estipulación de intereses usurarios no da lugar pues a la rescisión del contrato sino a la reducción de los intereses para limitarlos al máximo legal, puesto que se considera que, de obligarse a la víctima de un préstamo usurario a rescindir el contrato, tendría que devolver las sumas recibidas en concepto de préstamo lo que, por supuesto, no sería nada favorable para ella. Al respecto, véase: MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent y GAUTIER, Pierre-Yves: “Les Contrats Spéciaux” en *Cours de Droit Civil*. Éditions Cujas. París, 2005. p. 542, especialmente, la nota 19 y la jurisprudencia francesa allí citada. En el mismo sentido, en la doctrina nacional, véase: RODNER, James Otis: *op. cit.* p. 654. Por supuesto, el acreedor tendrá además que restituirle al deudor todos los intereses cobrados en exceso. En algunas legislaciones se prevé expresamente que en caso de intereses usurarios el deudor podrá solicitar del acreedor no sólo la inmediata devolución de las sumas que haya cancelado por concepto de los respectivos intereses, sino además una suma igual al exceso, a título de sanción. Por ejemplo, en el artículo 72 de la Ley Colombiana N° 45 de 1990 citada por HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando: *Del Delito de Usura*. Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez. Medellín, 2004. p. 115.

público y las partes no pueden derogarla²³⁶. Es evidente, se afirma, que si se trata de un préstamo deben respetarse las tasas máximas de interés porque de lo contrario se convalidaría la usura²³⁷.

Otras veces, por el contrario, se ha sostenido que la estructura de la cláusula penal cuya función no sólo es indemnizatoria sino conminatoria, permite que mediante su estipulación puedan las partes convenir en el pago de cantidades de dinero que excedan los límites de la tasa de interés fijados por las disposiciones represivas de la usura²³⁸.

En Francia, antes de la reforma legislativa que permitió a los jueces rebajar las cláusulas penales excesivas, se propuso aplicar a las cláusulas penales estipuladas en los contratos de préstamo las limitaciones a los intereses establecidas en las disposiciones sobre represión de la usura y así lo hicieron algunos tribunales de instancia, cuyas decisiones fueron rechazadas por la Corte de Casación porque, en criterio de ese alto tribunal, la cláusula penal que fija los daños y perjuicios derivados del incumplimiento tiene sólo un papel de *sanción* para el prestatario y la ley de usura sólo contempla la tasa de interés debida por todo prestatario. La Corte de Casación francesa ha decidido que “la cláusula penal que fija los daños y perjuicios debidos por el deudor que no ejecuta su obligación no juega sino como sanción de tal inejecución y no está sometida a las disposiciones legales que reprimen la usura”²³⁹.

236 Al respecto, véase: DEMOLOMBE, C.: *op. cit.* Vol. XXVI. p. 587; LAURENT, F.: *op. cit.* Tomo XVII. p. 486; MARTY, Gabriel y RAYNAUD, Pierre: *op. cit.* Tome II. Premier volume. p. 592; STARK, Boris: *op. cit.* p. 632; VON THUR, Andreas: *op. cit.* p. 454. Exponente de esta corriente de opinión es Geisenberger quien, invocando la noción de fraude a la ley para fundamentar su posición, afirma que “la cláusula penal es una modalidad particular de interés... a un interés capitalizado” (GEISENBERGER, V.: “Prêt D’Argent, Clause Pénale e Usure” en *Revue trimestrielle de droit civil*, 1966. p. 297).

237 Es la solución que adoptan, entre otros, los Códigos Civiles de Chile (art. 1.544), Ecuador (art. 1.587) y Colombia (art. 1.601) que establecen que la cláusula penal podrá rebajarse en todo lo que exceda el máximo de interés que se permite estipular.

238 Al respecto, véase: LOKSAIER, Fredj: *op. cit.* p. 145; CROZE, H.: “Les sanctions de l’inexécution du contrat de crédit” en *Le Droit du Crédit au Consommateur*. Obra colectiva dirigida por Faldallah, I. Paris. 1982. p. 146; MAZEAUD, Denis: *op. cit.* p. 375.

239 Al respecto, véase: LOKSAIER, Fredj: *loc. cit.*; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *op. cit.* Tome VI. p. 451, especialmente, la nota 67 y la jurisprudencia francesa allí citada.

En nuestro concepto es correcta esta posición de la jurisprudencia francesa. En efecto, la cláusula penal estipulada en las obligaciones que tienen por objeto el pago de una suma de dinero no tiene necesariamente que limitarse a la tasa máxima de interés legalmente permitida porque, como ya dijimos, la cláusula penal desempeña una función compulsiva y aflictiva que los intereses generalmente no cumplen. Además de su función resarcitoria, la cláusula penal se dirige a sancionar una conducta antijurídica asegurando de esta manera el cumplimiento de la obligación; es pues aflictiva porque el deudor está constreñido psicológicamente al pago de la obligación principal; sabe que si no cumple deberá afrontar graves consecuencias patrimoniales. Esta es la razón de ser de la cláusula penal y lo que la justifica (*supra*, N° I,4,a).

En un contrato de préstamo de dinero los intereses representan la remuneración que debe pagar el prestatario por el capital recibido en préstamo. Los intereses son el precio del dinero tomado en préstamo durante un período determinado o la retribución por el uso del capital (*intereses retributivos*) y, por tanto, ninguna vinculación tienen con el pago de los daños y perjuicios. Los *intereses moratorios*, por su parte, son aquellos que tienen por objeto indemnizar al acreedor el daño sufrido por la demora en el pago de las obligaciones que tienen por objeto el pago de una suma de dinero por parte del deudor. Los intereses moratorios proceden únicamente si se configura la mora del deudor (artículo 1.277). Desempeñan pues una *función indemnizatoria*²⁴⁰.

En cambio, la cláusula penal es ajena a la idea de contrapartida pagada por el uso de un capital ajeno. Tampoco constituye meramente la compensación de los daños y perjuicios por el retardo culposo en la restitución del capital recibido. Constituye más bien la *sanción* fijada por las partes por la inexecución de una obligación. Debido a la función conminatoria que desempeña la cláusula penal, la idea de sanción y no la de mera indemnización es lo que le da su fisonomía propia a ese instituto. En efecto, la cláusula penal que despliega su eficacia en caso de inexecución o retardo, en el fondo, no es más que una sanción aplicable a

240 La doctrina nacional está de acuerdo sobre el particular. Al respecto, véanse los trabajos de diversos autores presentados en la obra colectiva *Los Intereses y la Usura. Estudios Jurídicos*. Editorial Revista de Derecho Mercantil. Caracas, 1988.

la conducta antijurídica en que incurre un determinado sujeto y no puede confundirse con los intereses, retributivos o moratorios, pagaderos por todo prestatario como tal en razón de la celebración de un contrato de préstamo. Mediante el pago de una determinada cantidad de dinero por concepto de intereses se logra la ejecución del contrato; en cambio, la pena convencional sanciona su inejecución²⁴¹.

La cláusula penal no puede incluirse dentro del concepto de tasa de interés máxima legalmente permisible puesto que ella no constituye un elemento del costo del dinero ni una comisión o recargo por servicios²⁴². No es pues parte de los desembolsos que debe efectuar toda persona que recibe una cantidad de dinero con ocasión de una operación de crédito o financiamiento²⁴³. Tampoco es la cláusula penal, ya lo hemos dicho, una mera indemnización de los daños y perjuicios causados por la inejecución o retardo en el cumplimiento de una obligación, sino una *sanción por la inejecución del contrato*.

No se incurre en el pago de la cláusula penal en razón de la celebración de un contrato de préstamo sino, por el contrario, como conse-

241 Cfr. CROZE, H.: *loc. cit.*; MAZEAUD, Denis: *loc. cit.*; SANZ VIOLA, Ana María: *op. cit.* p. 192.

242 Las comisiones son las remuneraciones mínimas a que tienen derecho los bancos por los servicios que prestan y son, por tanto, indispensables para cubrir los costos en que se incurre y obtener una razonable utilidad. La doctrina es coincidente en considerar la comisión como una remuneración por un servicio que prestan los institutos financieros; por ejemplo, la comisión que cobran los bancos por emitir un cheque de gerencia o la cantidad que cobran los bancos a sus clientes por cada cheque que le sea devuelto. Al respecto, véase: GARRIGUES, Joaquín: *Contratos Bancarios*. Madrid, 1978. p. 172; PULIDO MÉNDEZ Víctor: *op. cit.* p.p. 11-12; MUCI-ABRAHAM, José: *Cuenta Corriente Bancaria (Exégesis y Dogmática)*, Análisis de los Artículos 521 al 526 del Código de Comercio Venezolano. Imprenta Universitaria de Caracas. Caracas, 1970. p. 172; RODNER, James Otis: "Notas sobre el Proyecto de Ley de Represión contra la Usura" en *Revista de la Bolsa de Valores de Caracas*. N° 368. Caracas, mayo-agosto 1979. p. 10.

243 Entre estos desembolsos podría incluirse la llamada comisión de compromiso (*commitment fee*) que las instituciones financieras cobran a sus clientes mientras estos no utilizan los créditos que aquellas les han concedido, o las que les cobran sobre los saldos no utilizados de dichos créditos. En tal caso, como afirma Muci-Abraham, "aunque estamos en presencia de una comisión, no se puede hablar de servicio, en sentido restringido, a menos que se considere que en la especie se presta un servicio desde el momento que se tienen fondos a disposición del cliente y un personal dispuesto a atender y tramitar sus exigencias de crédito" (MUCI-ABRAHAM, José: *op. cit.* p. 146).

cuencia de su inejecución y a título de sanción o pena convencional. En fin, la naturaleza de las cantidades adeudadas por concepto de intereses y de cláusula penal, como contraprestación o como indemnización en el primer caso; y como sanción en el segundo, permite distinguir a unas y otras.

Siendo, por tanto, la función de la cláusula penal la de conminar al deudor al cumplimiento, no puede sin más concluirse que cuando las partes la pacten, sea su intención burlar los límites legales a la tasa máxima de interés legalmente permisible. Por lo cual, cuando las partes estipulan que, en caso de inejecución del contrato por parte del prestatario, este deberá pagar una suma por concepto de cláusula penal, en realidad, al menos en principio, no puede inferirse que haya sido su intención – sobre todo la del prestamista – cometer un fraude a la ley, es decir, que las cantidades recibidas a título de cláusula penal estén dirigidas a remunerar al acreedor por el capital desembolsado en exceso de los límites fijados por las leyes represivas de la usura. Tal como afirma, en la doctrina nacional, el profesor José Mélich-Orsini:

“La estructura de la cláusula penal a que nos hemos referido, esto es, la legitimación legal no sólo de su función resarcitoria, sino también de su función conminatoria o afflictiva, excluye normalmente que pueda verse en ella la intención de cometer un fraude a la ley”²⁴⁴.

Por consiguiente, sólo la existencia de un fraude a la ley por parte del prestamista debidamente comprobado consistente en hacer uso de una cláusula penal diseñada especialmente con el propósito de burlar los límites máximos a la tasa de interés legalmente permisible, podría autorizar a la autoridad judicial a pasar por alto las diferencias conceptuales existentes entre los intereses y la cláusula penal, así como la función que cumple cada uno de estos institutos, para someter esta última a las disposiciones represivas de la usura. Como la presunción es un medio de prueba autorizado por la ley (Código Civil, artículo 1.399), la existencia del fraude a la ley podría fundamentarse en un conjunto de hechos graves,

244 MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...cit.* p. 577. En el mismo sentido, véase: MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.* Tomo II. p. 945.

precisos y concordantes que permitan a la autoridad judicial competente presumir legítimamente que, en el caso concreto, se ha utilizado la figura de la cláusula penal con el propósito de encubrir o disimular cantidades pagaderas en concepto de intereses dándoles otra denominación para, de este modo, burlar las disposiciones de orden público represivas de la usura, o con el propósito de sustraerse a sus efectos²⁴⁵. Tal sería el caso si, por ejemplo, el prestamista en el momento de la celebración del contrato de préstamo conocía o tenía razones fundadas para conocer que el prestatario no podría restituir las cantidades recibidas en concepto de préstamo en sus respectivas fechas de vencimiento y que, por tanto, se vería obligado a tener que pagar la pena estipulada. En tal caso podría concluirse que efectivamente la cláusula penal tuvo como propósito permitir al acreedor obtener el pago de intereses usurarios²⁴⁶. Pero como principio de carácter general, en atención a la función conminatoria que es consustancial a la estructura de la cláusula penal, no puede concluirse que por el solo hecho de pactarse una pena convencional por la inejecución o retardo en el cumplimiento de la obligación de pagar una cantidad de dinero, haya sido la intención de los contratantes cometer un fraude a las disposiciones represivas de la usura.

3. LA CLÁUSULA PENAL Y LOS CONTRATOS USURARIOS

Como ya dijimos, el principio de la inmutabilidad de la cláusula penal no faculta al deudor para liberarse de pagar la pena invocando que el acreedor no ha sufrido daños o que estos fueron inferiores al monto de la pena. Nuestra legislación tampoco faculta a la autoridad judicial a rebajar la pena cuando su monto resulte excesivo en relación con el valor de la prestación principal pactada (*supra*, N° IV,1,5,d).

245 En este orden de ideas conviene recordar que el único aparte del artículo 1° del Decreto N° 247 sobre la Represión de la Usura “considera constitutivo del delito de usura el préstamo de dinero en el cual se estipule *o de alguna manera se obtenga* un interés que exceda el uno por ciento (1%) mensual”. Ahora bien, como los negocios jurídicos son lo que son según su contenido y no según el nombre que se les haya dado, comete el delito de usura el prestamista que exija a sus deudores, en cualquier forma, un interés mayor al legalmente permisible, aun cuando dicho interés se encubra o disimule de cualquier manera o se le dé otra denominación.

246 *Cfr.* MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent y GAUTIER, Pierre-Yves: *Les Contrats Spéciaux...* cit. p. 540; MAZEAUD, Denis: *op. cit.* p. 377, especialmente, la nota 79.

Otras legislaciones, en cambio, con el objeto de reprimir la usura establecen límites fijos o topes vinculados al valor de las prestaciones. Así, el Código del Brasil (art. 920), el mexicano (art. 1.843) y el de Costa Rica (art. 712) limitan el monto de la cláusula penal al de la obligación principal a la cual dicha cláusula se adjunta. Los Códigos chileno (art. 1.544), ecuatoriano (art. 1.534), colombiano (art. 1.601) y salvadoreño (art. 1.415) elevan este límite al doble. La autoridad judicial, cuando la pena excede de estos límites, está facultada para reducir equitativamente la pena excesiva. El Código Civil argentino, por su parte, establece que los jueces pueden reducir las penas cuando su monto, por ser desproporcionado en relación con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configure un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor (art. 656).

En Venezuela, se insiste, el valor de las prestaciones no es una de las circunstancias que la autoridad judicial puede tener en cuenta para ordenar la reducción de la cláusula penal. Por ejemplo, si el vendedor se ha obligado a pagar una multa de mil bolívares por cada día de retraso en efectuar la entrega del objeto vendido y por efecto de la acumulación la pena sobrepasa el del precio del bien vendido.

Ahora bien, el artículo 144 de la LEDEPABIS dice así:

“Quien por medio de un acuerdo o convenio, cualquiera que sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disminuirla, obtenga para sí o para un tercero, directa o indirectamente, una prestación que implique una ventaja notoriamente desproporcionada a la contraprestación que por su parte realiza, incurrirá en delito de usura y será sancionado con prisión de uno a tres años.”

Esta disposición consagra el delito de *usura genérica*. Se trata de un supuesto de usura que implica una lesión objetiva puesto que no se requiere para la configuración del tipo que la víctima de la usura se encuentre en estado de necesidad, ni que su co-contratante haya tenido conocimiento de esta circunstancia al momento de la celebración del contrato, o se haya aprovechado de la situación apremiante en que se encontraba

su contraparte contractual. Sólo se requiere que exista una prestación que implique una ventaja notoriamente desproporcionada en relación con la contraprestación realizada. El texto de la disposición legal es absolutamente claro al respecto

Por lo que respecta al alcance de esta disposición, conviene tener en cuenta que el artículo 3° de la LEDEPABIS establece que “quedan sujetos a las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, todos los actos jurídicos celebrados entre proveedoras o proveedores de bienes y servicios y las personas organizadas o no, *así como entre estas,* y cualquier otro negocio jurídico de interés económico”. En cambio de acuerdo con el artículo 3° de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, sólo estaban comprendidos dentro del ámbito de aplicación de dicha ley los actos jurídicos celebrados entre proveedores de bienes y servicios y consumidores y usuarios, pero no los actos jurídicos celebrados por una persona que no tuviera el carácter de proveedor. De donde resulta que en la actualidad, de acuerdo con la LEDEPABIS, el campo de aplicación del delito de usura genérica es muy amplio. La usura, en consecuencia, ya no es un hecho punible que sólo puede derivar de los actos realizados entre proveedores y consumidores en los términos de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004. Según la LEDEPABIS, el delito de usura puede cometerse como consecuencia de cualquier acto jurídico que se realice entre particulares, independientemente de que intervenga o no un proveedor en la relación²⁴⁷: Cualquiera que obtenga una prestación que implique un provecho o beneficio desproporcionado con respecto a la contraprestación que por su parte realice, de acuerdo con el texto legal, incurre en el delito de usura²⁴⁸.

247 *Cfr.* RIONERO, Giovanni: “Aspectos Jurídicos del Decreto Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso de los Bienes y Servicios” en *Comentarios a la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (LEDEPABIS)*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2009. p.p. 81-84.

248 Cabe hacer notar que el artículo 126 de la Ley de de Protección al Consumidor publicada en la Gaceta Oficial del 4 de mayo de 2004 tipificaba el delito de usura genérica en los mismos términos que la ley vigente. Pero como según el artículo 3° de la ley derogada sólo estaban comprendidos dentro del campo de aplicación de dicha ley “los actos jurídicos celebrados entre proveedores de bienes y servicios y consumidores y usuarios relativos a la

Se plantea entonces el problema de si es lícito pactar que el acreedor obtenga de su deudor incumplidor en concepto de cláusula penal una cantidad que no guarde proporción con la prestación que aquel se obliga a realizar de acuerdo con el contrato. ¿Se asimila esta situación a la celebración de un contrato usurario cuyos efectos quedan sujetos a las disposiciones represivas de la usura?

Para responder a esta interrogante hay que tener en cuenta que para que se configure el delito de usura genérica, se requiere que se obtenga en razón de la ejecución del contrato una ventaja excesiva como resultado de la desproporción entre la *prestación*²⁴⁹ (principal) del deudor y la contraprestación que aquel por su parte realice.

adquisición y arrendamiento de bienes, a la contratación de servicios públicos o privados y cualquier otro negocio jurídico de interés para las partes”, para incurrir en el delito de usura bajo las disposiciones de dicha ley, era necesario que el sujeto que sufriera la lesión fuese un consumidor o un usuario, de acuerdo con los términos de dicha ley; por lo cual, el delito de usura genérica sólo podía imputarse penalmente si la lesión o la conducta usuraria derivaba de un acto jurídico celebrado entre proveedores y consumidores. (RODNER, James Otis: *El Dinero.... cit.* p. 652; RIONERO, Giovanni: *loc. cit.*). La ley vigente, así como sus predecesoras publicadas en la Gaceta Oficial N° 39.165 del 24 de abril de 2009 y N° 5.889 Extraordinario del 31 de julio de 2008, respectivamente, tal como se indica en el texto, ampliaron desmedidamente el ámbito de aplicación de sus disposiciones y debido a los términos amplios y genéricos del artículo 144 hay que concluir que, para que se configure el delito de usura genérica, no se requiere que el acto jurídico del cual derive la lesión sea uno celebrado entre proveedores y consumidores, ni que el sujeto activo sea un proveedor, o el sujeto pasivo un consumidor.

Por otra parte, en nuestro criterio, el artículo 144 de la LEDEPABIS derogó la disposición contenida en el encabezamiento del artículo 1° de Decreto-Ley contra la Usura de fecha 9 de abril de 1946 que definía la usura genérica en los siguientes términos: “Cualquiera que intencionalmente se valga de las necesidades apremiantes de otro para obtener para sí o para un tercero una prestación, cesión, garantía o algo análogo que implique una ventaja o beneficio que tomando en cuenta las circunstancias concomitantes resultare notoriamente desproporcionada a la contraprestación o entrega que por su parte verifique, será castigado con prisión hasta de dos años o con multa hasta de diez mil bolívares” (*usura subjetiva*). En efecto, no tiene ningún sentido que quien intencionalmente se valga de las necesidades apremiantes de otra persona para obtener una ventaja excesiva en relación con la contraprestación que por su parte verifique, sea sancionado con una pena menor que quien lo haga sin tener esa intención (*dolo específico*). Por lo cual, en la actualidad la usura genérica, sea subjetiva u objetiva, se encuentra regulada y tipificada en el artículo 144 de la LEDEPABIS.

249 De acuerdo con el primer párrafo del artículo 1° del Decreto-Ley sobre Represión de la Usura que, como indicamos poco antes, ha quedado derogado por la LEDEPABIS, la conducta tipificada como delito consistía en valerse de “las necesidades apremiantes de otro

Ahora bien, al momento de la celebración del contrato, cuando se estipula una cláusula penal, el acreedor generalmente no desea el cumplimiento de la pena convencional sino el de la obligación principal con lo cual dará satisfacción a su interés y obtendrá la ventaja patrimonial que aspira de la celebración del contrato. Mediante la prestación que el acreedor recibe a cambio de su propia prestación se logra la ejecución del contrato. *La cláusula penal, en cambio, sanciona la inexecución del contrato.* El término de comparación, a los efectos de la configuración de la conducta usuraria tiene que estar referido a la prestación principal y no a la cláusula penal. Tanto más cuanto que: 1) cuando se pacta una obligación con cláusula penal el acreedor, como se dijo, no desea que se cumpla la cláusula penal sino la obligación principal la cual, por hipótesis, no resulta desproporcionada en relación con la prestación que por su parte verifica el acreedor; y 2) la cláusula penal en atención a su finalidad compulsiva, esto es, para que sirva como presión psicológica sobre el deudor normalmente debe ser desproporcionada. Ya hemos dicho que es lícita la cláusula penal que sea superior al daño, como medio que es para compeler al deudor al cumplimiento. Por lo cual, el hecho de que la cláusula penal sea desproporcionada en relación con la prestación a cargo del acreedor, no configura *per se* un supuesto de lesión objetiva *ex* artículo 144 de la LEDEPABIS.

Desde luego, una cosa distinta es si, en conjunto, la obligación con cláusula penal equivale a un convenio usurario debido a la notoria desproporción que guarda con la contraprestación del acreedor, o si se trata de un convenio usurario encubierto bajo una cláusula penal como, por ejemplo, cuando habiéndose pactado una pena excesiva en el momento de la celebración del contrato, el acreedor conocía o tenía razones fundadas para conocer que el deudor no podría cumplir la prestación principal

para obtener para sí o para un tercero *una prestación, cesión, garantía o algo análogo* que implique una ventaja o beneficio notoriamente desproporcionado a la prestación que por su parte verifique”. En cambio, el artículo 144 de la LEDEPABIS hace punible la conducta de quien obtenga para sí o para un tercero “*una prestación* que implique una ventaja notoriamente desproporcionada a la contraprestación que por su parte realiza”. Es decir, para la configuración del tipo, de acuerdo con la ley vigente, se requiere obtener por medio de un acuerdo o convenio una *prestación* notoriamente desproporcionada y no simplemente una garantía, cesión o algo análogo.

convenida y que, por tanto, se vería prácticamente obligado a pagar la pena a cuya aceptación se vio forzado. En tal caso puede afirmarse que efectivamente la cláusula penal tuvo como propósito fundamental permitir al acreedor obtener una ventaja excesiva en comparación con el valor de su propia prestación, en cuyo caso hay que concluir que la parte perjudicada por haber contratado en estas circunstancias puede pedir la *nulidad total o parcial del contrato por objeto ilícito* porque el mismo colide con disposiciones prohibitivas de la ley dirigidas a la protección del orden público y a la salvaguarda de las buenas costumbres. Bien sabido es que el objeto de todo contrato tiene que ser lícito (Código Civil, artículo 1.155) y el objeto de una obligación surgida de un contrato que configure un delito tiene carácter ilícito, lo que determina la nulidad absoluta del contrato en cuestión²⁵⁰. Es este un supuesto de nulidad de un contrato usurario encubierto bajo la modalidad de cláusula penal que permitiría descartar la aplicación de la cláusula penal por haber querido disfrazarse con ella una convención usuraria en cuyo caso procedería la *nulidad* de la cláusula penal, pero no su *reducción*, porque los jueces carecen de atribuciones para modificar las condiciones del contrato libremente convenido entre las partes; por lo cual, frente a un contrato usurario encubierto mediante la estipulación de una cláusula penal, la autoridad judicial puede y debe anular el contrato en cuestión, pero no reducir el importe de la cláusula penal.

250 En el mismo sentido, en la doctrina nacional, véase: ACEDO SUCRE, Carlos: “Cláusulas abusivas” en *El Código Civil Venezolano en los Inicios del siglo XXI*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2005. p.p. 276-277; MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.* Tomo II. p.p. 700-701; URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *El Error, el Dolo y la Violencia en la Formación de los Contratos*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 83. Caracas, 2009. p.p. 277-278.

CAPÍTULO VII

CONDICIONES DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

1. INTRODUCCIÓN

La validez de la cláusula penal requiere de la existencia y validez de una obligación principal cuyo cumplimiento garantiza (Código Civil, artículo 1,257).

Como se dijo, la cláusula penal se encuentra en una relación de dependencia con la obligación principal y de esta accesoriedad se desprende que la obligación principal tiene que existir y ser válida, para que lo sea la cláusula penal²⁵¹. Por ello, como también dijimos, la nulidad o la extinción de la obligación principal trae consigo la de la cláusula penal. La extinción de la obligación principal puede darse por imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor, o por cualquier otra causa admitida en nuestro ordenamiento.

Para que la cláusula penal sea exigible, también tiene que serlo la obligación principal. Por lo cual, si dicha obligación está sometida a un término aún no vencido, no puede reclamarse el pago de la pena²⁵².

251 En la doctrina italiana Trimarchi considera que la existencia de una obligación válida, independientemente de la fuente de la cual surja, es el presupuesto objetivo de la cláusula penal (TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale.... cit.* p.p. 30-35).

252 Cfr: VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *op. cit.* Tome VI. p. 462, especialmente, la nota 144 y la jurisprudencia francesa allí citada.

Desde luego, la pena también tiene que ser válida. Por consiguiente, si la cláusula penal colide con alguna disposición imperativa o prohibitiva del Código Civil o de la LEDEPABIS, especialmente sobre condiciones generales de la contratación (contratos de adhesión), se trataría de una estipulación nula que simplemente no se aplicará.

Para que la cláusula penal pueda producir sus efectos se requiere además que el incumplimiento de la obligación principal revista carácter culposo y que el deudor esté constituido en mora²⁵³. Estos son los presupuestos de la eficacia particular de la cláusula penal a los cuales pasamos a referirnos.

2. CARÁCTER CULPOSO DEL INCUMPLIMIENTO

La pena, por definición, sólo es exigible en el caso de incumplimiento de la obligación principal. El incumplimiento constituye, así, la *conditio iuris* de la cual depende la exigibilidad de la pena. Dentro del concepto de incumplimiento, debemos incluir todas aquellas situaciones en las cuales la obligación principal no se cumple como ha sido contraída; por tanto, esta noción no sólo engloba el incumplimiento definitivo, sino también el cumplimiento inexacto o defectuoso y el retraso en el cumplimiento (*supra*, N° II,1,a).

La cláusula penal, como se dijo, puede limitarse a determinados supuestos de incumplimiento, en cuyo caso en el resto de los supuestos de incumplimiento la cláusula penal no producirá sus efectos propios y el resarcimiento se regirá por el régimen ordinario. Para determinar la clase de incumplimiento sancionado con la pena hay que tener en cuenta en cada caso la voluntad de las partes al establecer la cláusula penal, no siendo posible, en ese supuesto, exigirla si se ha producido otro tipo de incumplimiento (*supra*, N° II,2).

Ahora bien, para tener derecho a la pena, se requiere que el incumplimiento revista carácter culposo, esto es, que se deba a una causa imputable al deudor. Así lo admite pacíficamente la doctrina²⁵⁴ y lo ha

253 Sentencia del 31-11-1959 en Jurisprudencia de los Tribunales de la República. Vol. VII. Tomo I. p. 380.

254 COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri: *op. cit.* p. 49; DE PAGE, Henri: *op. cit.* Tome III (Seconde Partie). p. 151; MAZEAUD, Denis: *op. cit.* p.p. 261 y 284; TERRÉ, François,

dejado establecido la jurisprudencia de nuestros tribunales²⁵⁵. Además el incumplimiento o el retardo culposo de la obligación principal es un presupuesto que hace exigible la cláusula penal, independientemente de su importancia²⁵⁶.

La cláusula penal, ya lo hemos dicho, es una determinación y liquidación anticipada de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento culposo del deudor. Siendo una de las principales funciones de la cláusula penal el resarcimiento de los daños que el incumplimiento del deudor ocasionare al acreedor, las condiciones de su aplicación son las mismas que rigen en general la responsabilidad civil del deudor, excepto en lo relativo al daño. La causa extraña no imputable al impedir la responsabilidad del deudor produce la ineficacia de la cláusula penal, a menos que el deudor haya asumido explícitamente los riesgos del contrato²⁵⁷. Por consiguiente, en caso de incumplimiento involuntario o no imputable no es exigible, al menos en principio, la pena convencional. Tampoco se desencadena la eficacia de la cláusula penal en la eventualidad de que la terminación del contrato sea el resultado del *mutuus dissensus* o del cumplimiento de una condición resolutoria prevista por

SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.* p. 615; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *op. cit.* Tome VI. p.p. 462; ALPA, Guido: *op. cit.* p. 566; GALGANO, Francesco: *op. cit.* p. 508; GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p.p. 902 y 906; GIORGI, Jorge: *op. cit.* Vol. IV. p.p. 480-482. En la doctrina nacional, véase: MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.* Tomo II. p. 939; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...cit.* p. 568.

255 Al respecto, véase: Sentencia del 30-07-1997 en Ramírez & Garay. Tomo CXLIV. p. 37; Sentencia del 08-02-1979 en Ramírez & Garay. Tomo LIV. p.p. 184-185; Sentencia del 03-12-1963 en Jurisprudencia de los Tribunales de la República. Vol. XI. p. 105; Sentencia del 03-05-1959 en Jurisprudencia de los Tribunales de la República. Vol. VII. Tomo I. p. 380.

256 *Cfr.*: ALPA, Guido: *Ibidem.* p.p. 566-567 y la jurisprudencia de la Casación italiana allí citada; DE NOVA, Giorgio: *op. cit.* p. 378, especialmente, la nota 11 y la jurisprudencia de los tribunales italianos allí citada.

257 *Cfr.*: GASCA, Cesare Luigi: *loc. cit.* La doctrina nacional admite la validez de la traslación convencional de los riesgos del contrato. En tal sentido, el profesor José Mélich-Orsini expresa: “En nada contradice el orden público la existencia de pactos en virtud de los cuales alguna de las partes asume riesgos que normalmente no estarían a cargo suyo sin la existencia de tales pactos. La propia ley prevé la posibilidad de tales pactos en los artículos 1.344, primer aparte; 1.458, N° 1; 1.505, 1.520 C.C.” (MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General... cit.* p. 490, especialmente, la nota 52). En el mismo sentido, véase: BERNAD MAINAR, Rafael: *op. cit.* Tomo II. p. 252.

las partes. Cuando la ejecución del contrato no sea posible por una causa extraña no imputable o cuando el contrato se extinga por *mutuus dissensus*, no puede el acreedor reclamar la pena²⁵⁸.

Como es bien sabido, el legislador presume el carácter culposo del incumplimiento de las obligaciones contractuales (arg: *ex art.* 1.271 del Código Civil). Por consiguiente, corresponde al deudor, para evitar que se produzca la exigibilidad de la cláusula penal, desvirtuar la presunción legal demostrando que el incumplimiento obedeció a una causa extraña no imputable (caso fortuito, fuerza mayor, hecho del príncipe, hecho de un tercero, pérdida de la cosa debida o culpa del acreedor).

Para que el evento configurativo de la causa extraña no imputable exonere al deudor de responsabilidad e impida la eficacia de la cláusula penal, se requiere que tal evento se produzca antes de que el deudor haya incurrido en mora (arg.: *ex art.* 1.344 del Código Civil).

Ahora bien, como se dijo, las partes en ejercicio de su libertad contractual pueden reconocerle a la cláusula penal efectos resarcitorios aun en caso de un incumplimiento involuntario, pero la doctrina considera que ello alteraría la fisonomía legal del instituto²⁵⁹.

La pena no puede exigirse cuando el incumplimiento del deudor se debe al hecho del acreedor²⁶⁰. Algunos Códigos extranjeros así lo es-

258 *Cfr.* FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc y SAVAUX, Éric: *op. cit.* Vol. III. p. 178; BOZZI, Aldo: *op. cit.* p.p. 221-222; URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *Las Arras en la Contratación... cit.* p. 143.

259 Al respecto, véase: MAZEAUD, Denis: *op. cit.* p.p. 270-272, especialmente, la nota 140 y la jurisprudencia francesa allí citada; BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 221; PIOLA, Giuseppe: *op. cit.* p. 368; GALGANO, Francesco: *op. cit.* p.p. 508-509, especialmente, la nota 42 y la jurisprudencia de la Casación italiana allí citada; MIRABELLI, Giuseppe: *op. cit.* p. 258; SCUTO, Carmelo: *op. cit.* Vol. I. p. 499; DE NOVA, Giorgio: *op. cit.* p. 378, especialmente, la nota 13 y la jurisprudencia de la Casación italiana allí citada; ROCA SASTRE, RAMÓN M^a y PUIG BRUTAU, José: *op. cit.* Tomo I. p. 284; LLAMBÍAS, Joaquín: *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones.* Tomo I. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005. p. 438; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General... cit.* p. 568. En contra, GAUDEMET, Eugene: *Teoría General de las Obligaciones.* Traducción española de Pablo Macedo. Editorial Porrúa. México, 1974. p. 412.

260 *Cfr.* MAZEAUD, Denis: *op. cit.* p. 266, especialmente, la nota 123 y la jurisprudencia francesa allí citada; GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 906; TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale.... cit.* p. 37, especialmente, la nota 35.

tablecen expresamente²⁶¹. En nuestra legislación, esta solución se desprende de los principios generales. En efecto, siendo el incumplimiento culposo uno de los requisitos para la procedencia de la indemnización de los daños y perjuicios de acuerdo con el Derecho común, también lo es para la aplicación de la cláusula penal. Por lo cual, si el incumplimiento o el retardo se debe al hecho del acreedor no resulta procedente aplicar la pena. Laurent trae un ejemplo elocuente: A y B celebran un contrato de mandato comprometiéndose el mandante a pagar al mandatario en concepto de cláusula penal, si le revoca el poder, la cantidad de Bs. 10.0000. Pues bien no se debe la cláusula penal cuando la revocación del mandato se haya efectuado por abuso del mandatario en el uso de sus poderes, porque hay que suponer que dicha cláusula se pactó para los casos de revocación arbitraria; lo contrario sería legitimar un abuso de confianza o un delito²⁶².

En tiempos más recientes, en la misma dirección, la jurisprudencia extranjera ha excluido el pago de la pena moratoria convenida para asegurar la entrega de una determinada cantidad de obra en cierta fecha, si luego se modifica o amplía el volumen de tales obras, por requerir el dueño de la obra trabajos adicionales por parte del contratista que requieren un tiempo mayor para su entrega²⁶³.

Por otra parte, en caso de que el incumplimiento de la obligación garantizada con cláusula penal obedezca a la culpa concurrente del acreedor y del deudor, en nuestro concepto, la obligación de reparar el daño se reduce en la medida en que el acreedor haya contribuido a aquel (arg.: *ex art. 1.189 del Código Civil*) (*compensación de culpas*). Por consiguiente,

261 El artículo 1.847 del Código Civil de México en tal sentido establece que “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”.

262 Al respecto, véase: LAURENT, F.: *op. cit.* Tomo XVII. p.p. 471-472.

263 Al respecto, véase: MAZEAUD, Denis: *op. cit.* p. 266, especialmente, la nota 123 y las decisiones de la Corte de Casación francesa allí citadas; SANZ VIOLA, Ana María: *op. cit.* p.p. 69-72, especialmente, las notas 143 y 144 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo español allí citada; MARTÍNEZ MAS, Francisco: *La Cláusula Penal en el Contrato de Obra*. Las Palmas de Gran Canaria, 2005. p.p. 86-95, especialmente, la nota 117 y la jurisprudencia española allí citada. En contra de este criterio, véase: AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, A.: *La Función Liquidatoria de la Cláusula Penal en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Editorial Bosch. Barcelona, 1993. p.p. 127-128.

de acuerdo con los principios generales, la autoridad judicial competente podrá reducir el monto de la cláusula penal en la medida en que el acreedor con su intervención ha contribuido a la producción del daño²⁶⁴. Sólo en la eventualidad de que la conducta imputable del deudor no haya estado ligada causalmente con el incumplimiento, sino que el mismo haya obedecido exclusivamente al hecho del acreedor, podrá el juez desechar la aplicación de la cláusula penal.

Por último, tampoco es exigible la pena cuando el incumplimiento de la obligación del deudor a la cual accede la cláusula penal deriva de un contrato bilateral y viene precedido por el incumplimiento de su contraparte contractual²⁶⁵. En tal caso, como sabemos, aquel puede oponer la *exceptio non adimpleti contractus* y negarse a ejecutar su obligación si el otro contratante no ejecuta la suya, a menos que se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de las dos obligaciones (Código Civil, artículo 1.168). Dicho en otros términos, como la aplicación de la pena prevista para el incumplimiento de las obligaciones contractuales por una de las partes supone el cumplimiento de las suyas por su contraparte, si ambos contratantes incumplen las obligaciones a su cargo ninguno de ellos puede exigir la aplicación de la cláusula penal convenida.

3. CONSTITUCIÓN EN MORA

La estipulación de una cláusula penal no dispensa al acreedor de la obligación de constituir en mora al deudor incumpliente²⁶⁶. En efecto, de

264 Cabe hacer notar que esta no es, en realidad, una excepción al carácter inmutable de la pena previsto en el artículo 1.276 sino una consecuencia lógica del régimen que disciplina el resarcimiento el cual presupone que el daño pueda atribuírsele causalmente al agente. El artículo 1.276 presupone pues que el incumplimiento sea sólo imputable al deudor y deja a salvo cualquier otro principio. Tampoco contiene esa disposición una presunción *iuris et de iure* acerca del carácter culposo del incumplimiento. Por lo cual, siempre podrá el deudor demostrar que el incumplimiento se debió exclusivamente al hecho del acreedor o que la culpa de este último ha contribuido a la producción del daño, en cuyo caso podrá pedir que se excluya la aplicación de la pena o que se disminuya su cuantía, tal y como se indica en el texto. *Cfr.* BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 223. En contra, DE NOVA, Giorgio: *op. cit.* p.p. 381-382.

265 *Cfr.* GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 908.

266 El requisito de la constitución en mora del deudor para la exigibilidad de la pena es aceptado, entre otros por los Códigos Civiles francés (art. 1.230); italiano (art. 1.213); alemán (§ 339); argentino (art. 655); chileno (art. 1.538).

acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.259 del Código Civil, “el acreedor puede pedir al deudor que esté constituido en mora, la ejecución de la obligación principal, en lugar de la pena estipulada.” De donde resulta que sólo incurre en la pena el deudor constituido en mora.

De ahí que para que se desencadene la eficacia particular de la cláusula penal se requiere la interpelación o requerimiento de pago por parte del acreedor (*mora ex persona*), salvo en los casos en que por especiales circunstancias se produzca la *mora ex re*. Así ocurre cuando la obligación está sometida a un término cierto, en cuyo caso el deudor se constituye en mora por el solo hecho del vencimiento del término (Código Civil, artículo 1.269), o en los casos expresamente previstos en la ley en atención a la naturaleza del contrato. Tampoco es necesaria la interpelación cuando el deudor manifiesta su voluntad de no cumplir (incumplimiento definitivo o absoluto), o cuando las partes hayan acordado que el deudor quedará constituido en mora sin necesidad de interpelación. Tampoco hace falta la mora en las obligaciones de no hacer porque en ellas, como es bien sabido, sólo puede existir el incumplimiento definitivo y no un retardo en el cumplimiento²⁶⁷. Cuando el deudor ejecuta el hecho prohibido incumple definitivamente su obligación y, por tanto, incurre en la pena desde ese momento. En tal caso, se hace exigible automática y definitivamente la pena sin que pueda el deudor eximirse de su cumplimiento ofreciendo la destrucción de lo que realizó en contravención a su obligación de no hacer²⁶⁸. Pero si el deudor procediera a esa destrucción con el consentimiento del acreedor, no podría este pretender la pena, porque su actitud supondría una renuncia a exigirla²⁶⁹.

Se plantea el problema de si vencido el término cierto a que se encuentra sujeta la obligación principal, es necesaria la interpelación para

267 En relación con la configuración de la *mora ex persona* y *ex re*, véase: CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *La Mora del Deudor en los Contratos Bilaterales*. Editorial Civitas. Madrid, 1984. En la doctrina nacional, véase: MÉLICH-ORSINI, José: “La mora del deudor en el Derecho venezolano” en *Estudios de Derecho Civil*. Editorial Jurídica Alva. Caracas, 1986. p.p. 185 y ss.

268 Cfr: DEMOGUE, René.: *op. cit.* Tome VI. p. 502 y la jurisprudencia francesa allí citada; VON THUR, Andreas: *op. cit.* p. 450.

269 Cfr: DEMOLOMBE, C.: *op. cit.* Vol. XXVI. p.p. 575 y 601; LLAMBÍAS, Joaquín: *op. cit.* Tomo I. p. 419.

que el deudor incurra en *mora de la pena*. Es decir, ¿debe el deudor la pena por el solo vencimiento del plazo establecido para el pago de la prestación principal, o debe el acreedor intimar al deudor para que pague la pena y sólo a partir del momento en que se efectúe dicha intimación quedará este constituido en mora de la obligación de pagar la cláusula penal?

La doctrina extranjera se encuentra bastante dividida al respecto.

Según algunos autores, el vencimiento del término a que se encuentra sujeta la obligación principal coloca al deudor en mora de la obligación principal, pero no de la pena salvo que medie un requerimiento o intimación para el pago de la pena. El deudor, se dice, sólo puede hacer efectiva su obligación penal desde el momento en que el acreedor haya manifestado su voluntad de que opta por la ejecución de la pena; por lo cual, antes de la elección del acreedor el deudor tiene una obligación que no puede cumplir²⁷⁰. De ahí que, cuando la cláusula penal no se exige por el acreedor inmediatamente después de constituido en mora el deudor para el pago de la obligación principal por haber vencido el plazo establecido para su cumplimiento, es necesario efectuar una intimación para el pago de la pena para que el deudor quede constituido en mora de la obligación penal.

Otras veces, por el contrario, se ha sostenido que la exigibilidad de la obligación principal por el vencimiento del plazo establecido para su cumplimiento produce también la mora de la obligación de cumplir la pena. Requerir una interpelación para el pago de la pena, se afirma, permitiría al deudor nuevas dilaciones e iría en desmedro de la función conminatoria de la cláusula penal. Por lo cual, salvo que esta estuviese sometida a alguna modalidad, debe considerarse que el plazo fijado para el pago de la obligación principal lo ha sido también para el pago de la accesoria²⁷¹.

270 PEIRANO FACIO, Jorge: *op. cit.* p.p. 267-268. Ese parece ser igualmente el criterio de Magazzù (*op. cit.* § 6).

271 GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p.p. 907 y 915; PACIFICI-MAZZONI, Emidio: *Istituzioni...cit.* Vol. V. p. 84; PIOLA, Giuseppe: *op. cit.* p. 368; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *op. cit.* p.p. 202-205; SANZ VIOLA, Ana María: *op. cit.* p. 74; RUIZ VADILLO, E.: "Algunas Consideraciones sobre la Cláusula Penal" en *Revista de Derecho Privado*, 1975. p. 400. En la doctrina nacional, véase: DOMINICI, Aníbal: *op. cit.* Tomo II. p. 729.

Pero adicionalmente, se afirma, requerir la interpelación, desvirtúa la sistemática general de la cláusula penal. En efecto, la pena convencional supone la existencia de una *sola obligación* sin que tenga el deudor la facultad de liberarse mediante el pago de la pena. Por tanto, la opción que el acreedor tiene de reclamar la obligación principal o la pena, no impide que la mora de la pena se produzca en forma coetánea con la de la obligación principal. Vencido el plazo cierto fijado para el pago, el deudor habrá incurrido en mora tanto en su obligación de pagar la obligación principal, como en la de cumplir la pena, pues si quiso liberarse de esta última debió efectuar una oferta real y depositar la prestación principal debida con todos sus accesorios.

Por consiguiente, a partir del vencimiento del término fijado el deudor debe no sólo la obligación principal sino también la pena. Cuando la pena misma no esté sometida a alguna modalidad, la mora de la obligación de pagar la pena se produce automáticamente desde que se produce el incumplimiento de la obligación principal en el plazo estipulado sin que se requiera que el acreedor proceda a efectuar una intimación para el pago de la pena. El plazo fijado para el cumplimiento de la obligación principal debe entenderse que lo ha sido también para la pena, salvo pacto en contrario.

Adherimos a esta última posición. Si la obligación principal se encuentra sometida a término, su vencimiento hace exigible la cláusula penal, salvo que esta estuviese sometida a plazo o condición. La llegada del término establecido para el pago de la prestación principal coloca al deudor en mora no sólo de la obligación principal sino también de la obligación penal aunque no medie interpelación para el pago de la pena.

Así lo establecía expresamente el Código Civil de 1922 y los que le precedieron, en los cuales se incluía una disposición de acuerdo con la cual: “Si la obligación principal contiene un plazo dentro del cual debe ejecutarse, se incurrirá en la pena al vencimiento del plazo. Si la obligación no contiene plazo, no incurrirá en la pena el deudor, sino cuando se haya constituido en mora” (Código Civil de 1922, artículo 1.279)²⁷². En

272 En idénticos términos están redactados los artículos 1.279, 1.185, 1.179, 1.158 y 1.148 de los Códigos Civiles de 1916, 1904, 1896, 1880 y 1873, respectivamente. Estas disposiciones

el Código Civil de 1942 se eliminó esta disposición. Pero de ahí no cabe inferir que haya sido la intención del legislador modificar el régimen anterior. La supresión de esta norma obedeció, simplemente, a la circunstancia de que el legislador la consideró superflua. Así lo confirma la Exposición de Motivos del Código Civil de 1.942 en donde se indica que la supresión de esta disposición (así como la del artículo 1.276) “están justificadas por la inutilidad de lo preceptuado en dichos artículos, y en atención a los principios generales y en especial a los que rigen la vinculación entre lo principal y lo accesorio”.

Ciertamente, el acreedor puede optar por exigir el cumplimiento de la obligación principal o la pena, pero también es cierto que el deudor tiene el derecho a liberarse recurriendo al procedimiento de la oferta real y depósito de la cosa debida. Por lo cual, vencido el término, el deudor ha caído en mora en ambas obligaciones (principal y accesorias), porque si pretendió liberarse de la pena debió consignar la prestación principal de acuerdo con la ley²⁷³. De ahí que no sea exacto afirmar que antes del ejercicio del derecho de opción por parte del acreedor, el deudor tenga una obligación que no pueda cumplir.

Por el carácter accesorio de la prestación penal, al vencerse el término establecido para el pago de la obligación principal a la cual accede la cláusula penal, esta última se hace exigible. Se trata pues de un supuesto de mora *ex re* de la obligación de pagar la cláusula penal, porque el plazo previsto para el cumplimiento de la obligación principal se comunica a la cláusula penal.

Además, no existe razón legal para no trasladar al deudor los riesgos de la pérdida de la cosa que conforma el objeto de la prestación

son, a su vez, una réplica del artículo 1.213 del Código Civil italiano de 1865. Como se indica en la nota 271 precedente, la doctrina clásica italiana que comenta este código, así como la doctrina nacional que comenta el artículo 1.179 de nuestro Código Civil de 1896 son contestes en sostener que el vencimiento del término fijado para el pago de la obligación principal, hace exigible la obligación principal y coloca igualmente al deudor en mora de la obligación de cumplir la pena.

273 En el mismo sentido, véase: Sentencia de fecha 12-03-1984 de la Casación italiana citada por DE NOVA, Giorgio: *op. cit.* 379, nota 12.

penal, desde el momento en que se produce el incumplimiento de la obligación principal en el plazo establecido, aun cuando el acreedor no haya interpelado al deudor a cumplir la pena. Por consiguiente, desde el vencimiento del término estipulado para el pago de la obligación principal, el deudor soporta todos los riesgos de la cláusula penal²⁷⁴. Responde por el cumplimiento de la pena aunque no pueda cumplirla por causa extraña no imputable. El acreedor podrá siempre exigir su cumplimiento; por lo cual, el deudor deberá responder de los riesgos y perecimiento de la cosa que conforma el objeto de la prestación penal aunque esta se destruya o deteriore por causa extraña no imputable, a menos que el deudor demuestre que la cosa de todos modos se hubiese destruido o deteriorado en manos del acreedor si el pago se hubiese cumplido oportunamente (Código Civil, artículo 1.344, segunda disposición). En la doctrina extranjera Kemelmajer De Carlucci trae el siguiente ejemplo ilustrativo: A se obliga a transportar un caballo al hipódromo el día fijado para que tenga lugar una competencia muy importante. Conviene con B en que si el caballo no llega en el día determinado, le entregará, en concepto de cláusula penal, dos potrillos pura sangre que tiene en su caballeriza. Si A incumple con su obligación de trasladar el caballo, cae también en mora en su obligación de dar los dos potrillos; por lo cual, si estos mueren al día siguiente – aún por caso fortuito – deberá pagarle a B su valor, aunque A no lo hubiese interpelado para el pago de la cláusula penal²⁷⁵.

La misma solución se aplica cuando la obligación principal no se encuentra sometida a término. El deudor se coloca en mora de su obligación de pagar la prestación principal y la pena por la intimación que le haga el acreedor para el pago, aunque no indique que opta por una u otra prestación²⁷⁶. No se requiere pues de una nueva interpelación al deudor para que pague la pena, pues si quiso liberarse de ella debió efectuar una oferta real y depositar la prestación debida con sus accesorios.

En fin, la cláusula penal sólo será exigible cuando el obligado haya quedado constituido en mora respecto de la obligación principal;

274 Cfr: GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 907.

275 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *op. cit.* p. 201.

276 Cfr: PACIFICI-MAZZONI, Emidio: *loc. cit.*

y para determinar cuando ha quedado constituido en mora se aplicará el régimen del artículo 1.269 del Código Civil.

Los requisitos antes examinados son los únicos cuya concurrencia es necesaria para la aplicación de la cláusula penal. La exigibilidad de la pena no requiere de la satisfacción de ningún otro requisito. Concretamente, no es necesario que el incumplimiento o retardo haya producido daños al acreedor para que este pueda reclamar la pena²⁷⁷ (*infra*, N° VIII,3,a). Es esta una nota de la cláusula penal que pone de relieve su carácter conminatorio²⁷⁸.

277 La doctrina está de acuerdo sobre el particular. Al respecto, véase: ROUJOU DE BOUBÉE, M., E.: *Essai sur la Notion de Réparation*. L.G.D.J. París, 1974. p.p. 73 y ss.; MAZEAUD, H.L. y J. y CHABAS, François: *op. cit.* Tome II. Premier Volume. p.p. 771-772, especialmente, la nota 111 y la jurisprudencia francesa allí citada; MAZEAUD, Denis: *op. cit.* p.p. 262 y 323-324, especialmente, las notas 200, 201 y 202 y la jurisprudencia francesa allí citada; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.* p. 616; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *op. cit.* Tome VI. p. 461, especialmente, la nota 135 y la jurisprudencia francesa allí citada; PACIFICI-MAZZONI, Emidio: *op. cit.* p. 85; DE NOVA, Giorgio: *op. cit.* p. 377; ALPA, Guido: *op. cit.* p. 566; MAGAZZÙ, Andrea: *op. cit.* § 1; TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale... cit.* p.p. 82-83; TRABUCCHI, Alberto: *op. cit.* p. 735. En la doctrina nacional, véase: MADURO LUYANDO, Eloy: *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*. Caracas, 1972. p. 567; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General... cit.* p. 566. En el mismo sentido en la jurisprudencia nacional, véase: Sentencia del 30-07-1997 en Ramírez & Garay. Tomo CXLIV. p.p. 37-38; Sentencia del 03-06-1980 en Ramírez & Garay, Tomo LXIX. p. 169; Sentencia del 08-02-1979 en Ramírez & Garay. Tomo LXIV. p. 185; Sentencia del 03-11-1959 en Jurisprudencia de los Tribunales de la República. Vol. VII. p.p. 380-381.

278 *Cfr.* MAZEAUD, Denis: *op. cit.* p. 337.

CAPÍTULO VIII

EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL

Reunidos los requisitos que hacen exigible la cláusula penal, se producen importantes consecuencias jurídicas. El acreedor puede a su elección exigir el cumplimiento de la obligación principal o el pago de la pena estipulada (*derecho de opción*); pero no puede, al menos en principio, reclamar ambas a la vez (*principio de no acumulación*). Nos toca ahora examinar estos efectos.

1. EL DERECHO DE OPCIÓN DEL ACREEDOR

a) Consagración legal

La cláusula penal se establece en favor del acreedor. De ahí el derecho del acreedor de optar entre exigir el cumplimiento de la obligación principal o la pena estipulada. El Código Civil consagra este principio en los siguientes términos: “El acreedor puede pedir al deudor que esté constituido en mora la ejecución de la obligación principal, en lugar de la pena estipulada” (artículo 1.259). El acreedor puede pues en caso de incumplimiento demandar, sea el cumplimiento de la obligación principal, sea el pago de la pena. Por otra parte, el acreedor –si así lo desea– puede pedir la resolución del contrato (*infra*, N° VIII,4,a).

b) Carácter irrevocable

El derecho de opción surge para el acreedor una vez que se produce el incumplimiento imputable de la prestación principal y el deudor ha incurrido en mora (*supra*, N° VII,1). No se requiere que dicha prestación

no sea ya susceptible de ser cumplida en el terreno de la realidad. Aun cuando la ejecución de lo debido sea aún posible, el acreedor puede optar por exigir el cumplimiento de la prestación principal o la pena.

Ahora bien, se plantea el problema de si una vez elegida una de las dos opciones, esto es, el cumplimiento de la prestación principal o la pena, puede el acreedor retractarse e intentar la otra. Dicho en otros términos ¿Cuándo caduca este derecho de elección del acreedor? Una vez reclamado el cumplimiento, ¿puede este cambiar de opinión y reclamar la pena o viceversa?

Se admite generalmente que este derecho de opción tiene, en principio, carácter irrevocable. Pero la doctrina se encuentra dividida respecto del significado de esta irrevocabilidad. Según algunos autores, la opción es irrevocable desde que la elección ha sido debidamente notificada al deudor; desde ese momento, el que ha optado por el cumplimiento de la obligación pierde su derecho a exigir la pena y viceversa²⁷⁹. Según otros, la opción es irrevocable sólo cuando el acreedor ha elegido la pena; a partir de ese momento ya no puede pretender el cumplimiento de la obligación principal, pero si ha demandado esta y el deudor no cumple, conserva el derecho de exigir la pena²⁸⁰. Por último, un sector de la doctrina considera que sólo cuando el deudor cumple la prestación elegida, se extingue el derecho del acreedor a reclamar la prestación no elegida²⁸¹.

Por supuesto que una vez cumplida la prestación principal o pagada la pena, el acreedor no puede ya reclamar la prestación no elegida. Esto no es sino una consecuencia lógica y natural del artículo 1.258 que prohíbe el cúmulo de la cosa principal y la pena. Pero ahí no se agota la

279 DEMOGUE, René.: *op. cit.* Tome VI. p. 474; GIORGI, Jorge: *op. cit.* Vol. IV. p. 491; GÓMEZ CALERO, Juan: *op. cit.* p. 185.

280 BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 236; PIOLA, Giuseppe: *op. cit.* p. 371; VON THUR, Andreas: *op. cit.* p. 452; BORDA, GUILLERMO A.: *op. cit.* Tomo I. p. 215. Esta es la solución que consagra el párrafo 340 (numeral 1) del Código Civil alemán (B.G.B.). Al respecto, véase: ENNECCERUS, Ludwig y LEHMANN Henrich: *op. cit.* Tomo II. Vol. I. p. 189.

281 MAGAZZÙ, Andrea: *op. cit.* § 6; MIRABELLI, Giuseppe: *op. cit.* p. 260; TRIMARCHI, Michele: Voz "Clausola Penale"... *cit.* p. 352; TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale.... cit.* p.p. 103-104.

cuestión del significado de la irrevocabilidad del derecho de opción que la ley concede al acreedor, la cual debe ser objeto de ulterior examen.

En nuestro concepto, la opción del acreedor es irrevocable sólo cuando el acreedor elige pedir el cumplimiento de la pena: “*Electa una vía, non datur regressus ad alteram*”. Desde el momento en que el acreedor pide la pena, lo que hace es demandar la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación, con lo cual renuncia implícitamente a pedir su ejecución, por ser incompatible la voluntad de reclamar el pago de los daños producidos por el incumplimiento con la de obtener la ejecución de la obligación. Por lo cual, la demanda de la pena le impide al acreedor, en este caso, pedir la ejecución de la obligación principal²⁸². Si, en cambio, prefiere exigir el cumplimiento de la obligación principal, debe entenderse que no renuncia a hacer valer la cláusula penal. En efecto, si opta por pedir la ejecución de la prestación principal, puede ocurrir que no obstante la sentencia judicial que condene al deudor a cumplirla, el obligado no la cumpla, o que la misma se haga de imposible ejecución, en cuyo caso debe concederse al acreedor el derecho de volver sobre sus pasos y reclamar la pena²⁸³. Lo contrario equivaldría a negarle el derecho al resarcimiento no obstante la inejecución de la obligación principal.

2. EL DERECHO A EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL

a) *Procedencia*

La adjunción de una cláusula penal no impide que el acreedor exija el pago de su crédito. El acreedor no está obligado a conformarse con la pena cuando el cumplimiento en especie sea aún posible. El acreedor conserva, a pesar de la estipulación de la cláusula penal, el mismo derecho a exigir el cumplimiento de la obligación principal que tendría en ausencia de cláusula penal. Esta cumple la función de asegurar el cumplimiento de aquella. Siendo esto así, el acreedor puede renunciar a

282 Cfr: RICCI, Francisco: *op. cit.* Tomo XIII. p. 291; DE NOVA, Giorgio: *op. cit.* p.p. 380-381.

283 Cfr: ROCA SASTRE, RAMÓN M^a y PUIG BRUTAU, José: *op. cit.* Tomo I. p. 278; SANZ VIOLA, Ana María: *op. cit.* p. 78.

este refuerzo del crédito establecido en su propio beneficio y en lugar de pedir al deudor moroso la pena estipulada, exigir de él la ejecución de la obligación principal (Código Civil, artículo 1.259). El deudor no tiene pues el derecho a liberarse pagando la cláusula penal²⁸⁴.

Desde luego, en razón del principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden pactar que el deudor podrá liberarse mediante el pago de la pena. Pero esta estipulación desnaturalizaría la fisonomía de la cláusula penal convirtiéndola en una multa penitencial²⁸⁵. En este último caso, no estaríamos, en realidad, ante una cláusula penal sino ante una obligación facultativa (*supra*, N° V,2).

Como al acreedor le asiste el derecho de exigir el cumplimiento de la prestación principal, si la cláusula penal accede a una obligación de hacer (fungible), el acreedor puede ser autorizado por el juez para ordenar la ejecución de la obligación por parte de un tercero y a costa del deudor de la pena (arg.: *ex art.* 1.266 del Código Civil). El deudor debe soportar este costo aun cuando exceda el monto de la cantidad fijada en la cláusula penal, ya que dicha cantidad no es debida por el deudor a título de pena, sino como simple consecuencia del incumplimiento de la obligación principal a que se obligó y a cuyo cumplimiento sigue sujeto²⁸⁶. No se trata de un cumplimiento por equivalente, sino de la liquidación del costo del cumplimiento por cuenta del deudor.

Pero si se trata de una cláusula penal que accede a una obligación principal de hacer respecto de la cual el acreedor esté interesado en que

284 *Cfr.* MAZEAUD, Denis: *op. cit.* p. 90; DE NOVA, Giorgio: *op. cit.* p. 380, especialmente, la nota 46 y la jurisprudencia de la Casación italiana allí citada; MIRABELLI, Giuseppe: *op. cit.* p. 338; GALGANO, Francesco: *op. cit.* p. 508, especialmente, la nota 40 y la jurisprudencia de la Casación italiana allí citada; TRABUCCHI, Alberto: *op. cit.* p. 736; TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale.... cit.* p. 102.

285 *Cfr.* GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 896; CÁCERES, Horacio: “La cláusula penal en las obligaciones contractuales” en *Estudios de Derecho Privado. Homenaje al doctor Pedro León*. Córdoba, 1976. p. 149. Desde luego, si se trata de una prestación cumplida en vez de una prometida, nos encontraríamos en el supuesto de las *arras penitenciales o de desistimiento*. Al respecto, véase lo que expongo en mi trabajo *Las Arras en la Contratación.... cit.* p.p. 52-54.

286 *Cfr.* DEMOLOMBE, C.: *op. cit.* Vol. XXVI. p.p. 574-575; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida: *op. cit.* p. 220; PEIRANO FACIO, Jorge: *op. cit.* p. 288.

se cumpla por el mismo deudor (Código Civil, artículo 1.284), o para cuyo cumplimiento en especie sea necesario emplear la fuerza física sobre la persona del deudor, como al acreedor le está vedado este recurso, en la práctica el deudor tendrá una opción entre pagar la prestación principal o la pena²⁸⁷.

Por último, si la intención de las partes es que el deudor una vez incurso en mora en el cumplimiento de la obligación principal no deba ya esa obligación principal sino sólo la pena, esta estipulación, si bien es válida, no es en realidad una cláusula penal, sino una *novación condicional*²⁸⁸, debiendo este pacto resultar de una voluntad clara e inequívoca de las partes puesto que el *animus novandi* no se presume (Código Civil, artículo 1.315). Desde luego, no es indispensable que los contratantes usen la palabra *novación*. Bastan palabras equivalentes, indicios o expresiones indirectas, con tal que prueben de modo no dudoso e inequívoco la voluntad de los contratantes, o que dicha voluntad se desprenda claramente del acto por la incompatibilidad de ambas obligaciones.

b) Prohibición de acumular el cumplimiento de la obligación principal y la pena

b-1) Disposición legal

El acreedor tiene pues el derecho de optar entre el cumplimiento de la obligación principal o la pena; pero no puede, al menos en principio, acumular una cosa y la otra. El artículo 1.258 del Código Civil establece en este sentido: “El acreedor no puede reclamar a un mismo tiempo la cosa principal y la pena si no la hubiere estipulado por el simple retardo”.

287 Cfr: GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 914; BORDA, GUILLERMO A.: *loc. cit.*

288 Cfr: POTHIER, R. J.: *op. cit.* Tome I. p.p. 324-325; COLMET DE SANTERRE, E.: *op. cit.* Tome V. p. 291; DEMOLOMBE, C.: *loc. cit.* p.p. 575-576; LAURENT, F.: *op. cit.* p. 477; PEIRANO FACIO, Jorge: *op. cit.* p. 291. En la doctrina italiana Bozzi afirma que con esa estipulación, en realidad, no existe ya una obligación principal y otra accesoria, sino dos obligaciones principales, una sometida a condición resolutoria y la otra a condición suspensiva. El mismo acontecimiento, esto es, el incumplimiento de la primera obligación determina la extinción de esta y el nacimiento de la segunda obligación que ocupa el lugar de la primera, novándola (BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 286).

b-2) Fundamento

La regla de la no acumulación se explica porque siendo la cláusula penal una liquidación convencional y anticipada de los daños y perjuicios, el deudor no puede al mismo tiempo ser obligado a cumplir la obligación principal y pagar los daños y perjuicios. Esa acumulación supondría un enriquecimiento sin causa pues el acreedor recibiría dos veces la misma prestación (en especie y por equivalente)²⁸⁹.

Además, la prohibición del cúmulo deriva del carácter subsidiario de la pena. En efecto dado el carácter subsidiario de la cláusula penal, por regla general el acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación y la pena; debe limitarse a exigir una u otra²⁹⁰.

b-3) Defensas del demandado

El acreedor, ya lo hemos dicho, no puede acumular a su pretensión el cumplimiento de la obligación principal y la pena. Pero si lo hiciera, el demandado podría oponer la cuestión previa de defecto de forma de la demanda prevista en el ordinal 6º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, por haberse hecho la acumulación prohibida en el artículo 78 *ejusdem*. Declarada con lugar la cuestión previa opuesta por el demandado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 354 del Código de Procedimiento Civil, el proceso se suspende hasta que el demandado subsane este defecto, lo que deberá hacer en el término de cinco días contados a partir de la fecha del pronunciamiento del juez. De no hacerlo en el plazo indicado, el proceso se extingue, produciéndose el efecto señalado en el artículo 271 *ejusdem*.

289 *Cfr.* DEMOLOMBE, C.: *Ibidem*. p. 576; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *op. cit.* Tomo VII. p. 189; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.* p. 616; BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 237; DOMINICI, Aníbal: *op. cit.* Tomo II. p. 727. En contra, PEIRANO FACIO, Jorge: *op. cit.* p. 298. La jurisprudencia de nuestros tribunales fundamenta la prohibición del cúmulo en el principio del enriquecimiento sin causa. Al respecto, véase: Sentencia del 08-02-1979 en Ramírez & Gary. Tomo LXIV. p.p. 185-186.

290 *Cfr.* DE PAGE, Henri: *op. cit.* Tome III (Seconde Partie). p.p. 156-157; WAYAR, Ernesto: *op. cit.* Tomo II. p. 112. En cambio, en la doctrina francesa, Colin y Capitant explican la prohibición del cúmulo como una consecuencia del carácter accesorio de la cláusula penal (COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri: *op. cit.* Tomo III. p.p. 51-52).

Si el deudor no plantea la aludida cuestión previa, en la sentencia definitiva el juez deberá condenar a una sola de las prestaciones, excluyendo la pena por su carácter accesorio y subsidiario, salvo que existiera constancia en autos que esta se ha hecho de imposible cumplimiento, en cuyo caso el juez deberá mandar a cumplir la pena²⁹¹.

b-4) Excepciones a la prohibición del cúmulo

El principio que impide al acreedor acumular ambas prestaciones no es de carácter absoluto y admite las siguientes excepciones:

1) El acreedor puede acumular el cumplimiento de la obligación principal y la pena cuando esta se hubiere estipulado por el simple retardo (Código Civil, artículo 1.258, primer aparte). La expresión *simple retardo* empleada en esta disposición equivale a mora en sentido técnico-jurídico. Se trata pues de un incumplimiento que deja abierta la posibilidad de ejecución tardía. Por eso se habla de retardo²⁹².

Cuando la pena se ha estipulado para el caso de simple retardo procede la acumulación de la pena y la ejecución de la obligación principal. La razón radica en que en estos casos la pena constituye la compensación de los daños y perjuicios moratorios y, para cumplir con su finalidad, debe acumularse a la ejecución de la obligación principal, es decir, debe ser pagada sin perjuicio del cumplimiento de esta última²⁹³. Por ejemplo, cuando en un contrato de obra se estipula una cláusula penal que

291 Cfr: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *op. cit.* p.p. 223-224.

292 Cfr: BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 223; WAYAR, Ernesto: *op. cit.* Tomo II. p. 112.

293 Cfr: AUBRY, C. y RAU, C.: *op. cit.* Tome IV. p. 173; BAUDRY-LACANTINERIE, G y BARDE, L.: *op. cit.* Vol. XII. p. 447; DEMOLOMBE, C.: *op. cit.* Vol. XXVI. p. 577; MAZEAUD, Denis: *op. cit.* p. 91, especialmente, la nota 149 y la jurisprudencia francesa allí citada; BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 237; GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 903. Como expresa Trimarchi “el cúmulo de la prestación principal y la pena cuando esta se ha estipulado por el simple retardo se justifica porque el hecho mismo del retardo produce una lesión al interés del acreedor que no desaparece por el cumplimiento posterior de la obligación principal” (TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale... cit.* p. 97). La jurisprudencia de nuestros tribunales, por su parte, ha dejado establecido que el acreedor puede reclamar al mismo tiempo la prestación principal y la pena “porque en esta hipótesis se ha previsto o tomado en cuenta un objeto susceptible de ser pagado o indemnizado que es distinto e independiente del objeto principal” (Sentencia del 30-10-1975 en Jurisprudencia de los Tribunales de la República. Vol. XXII. p. 31).

sanciona no la inejecución definitiva de la obra, sino sólo el retardo por parte del constructor en entregar la obra, estipulándose el pago de una cantidad de dinero por cada día de demora. En tal caso es lógico y natural que el acreedor pueda exigir además del cumplimiento de la prestación principal, el pago de la pena que se previó para el caso de simple retardo o demora. Por eso es que se debe distinguir cuando la pena ha sido convenida para el caso de inejecución (*pena compensatoria*) o de simple retardo (*pena moratoria*) (*supra*, N° II,1,b).

Cuando se ha estipulado una cláusula penal por el simple retardo en el pago de la obligación principal, el acreedor puede exigir ambas a la vez y el deudor no puede pagar la prestación principal sin pagar al mismo tiempo la cláusula penal moratoria, dada la indivisibilidad del pago y el carácter accesorio de esta última²⁹⁴.

2) También procede la acumulación de la prestación principal y la pena cuando así lo han convenido las partes. El principio de la no acumulación no es de orden público; por lo cual, las partes tienen el derecho de pactar lo contrario²⁹⁵. Esta estipulación puede ser expresa o tácita; pero es indispensable que la voluntad de las partes se haya manifestado de manera clara e inequívoca ya que, tratándose de una pena compensatoria, la acumulación puede resultar particularmente onerosa para el deudor, que se vería obligado a cumplir con la obligación principal y, además, a pagar la pena cuyo monto suele ser superior al de la prestación principal²⁹⁶. Se explica así que la acumulación debe resultar de la voluntad indubitable de los contratantes y que, en caso de duda,

294 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: *op. cit.* p. 180.

295 *Cfr.* MAZEAUD, Denis: *op. cit.* p. 91, especialmente, la nota 151 y la jurisprudencia francesa allí citada; BOZZI, Aldo: *op. cit.* p.p. 231-232; GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 903; TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale.... cit.* p.p. 72 y ss. y 118; MAGAZZÙ, Andrea: *op. cit.* § 7; ZOPPINI, Andrea: *op. cit.* p.p. 243 y ss.; PEIRANO FACIO, Jorge: *op. cit.* p. 292. En la doctrina francesa, en cambio, Viney se pronuncia por el carácter imperativo del principio de no acumulación (VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *op. cit.* Tome VI. p.p. 459-460), posición esta que coincide con las de Marini, Mirabelli y De Nova en la doctrina italiana (MARINI, Annibale: *op. cit.* p.p. 162 y ss.; MIRABELLI, Giuseppe: *op. cit.* p. 256; DE NOVA, Giorgio: *op. cit.* p. 380).

296 *Cfr.* AUBRY, C. y RAU, C.: *op. cit.* Tome IV. p. 173, especialmente, la nota 5; BAUDRY-LACANTINERIE, G y BARDE, L.: *loc. cit.*; PACIFICI-MAZZONI, Emidio: *Istituzioni...* cit. Vol. V. p.p. 85-86 PEIRANO FACIO, Jorge: *op. cit.* p. 292; WAYAR, Ernesto: *loc. cit.*

debe aplicarse el principio general de acuerdo con el cual el acreedor no puede exigir al mismo tiempo la cosa principal y la pena, pudiendo sólo optar por una u otra.

La prueba de la estipulación de acumulación corresponde al acreedor que la alega (Código de Procedimiento Civil, artículo 506).

Como el acreedor, en el caso bajo examen, cuando se produzca el incumplimiento previsto puede exigir, además de la pena estipulada, el cumplimiento de la obligación principal, la pena en este supuesto no corresponde a indemnización de daño alguno y sólo cumple una función estrictamente compulsiva (*cláusula penal pura*)²⁹⁷. Se ha señalado que en esta hipótesis la pena resulta especialmente útil para asegurar la ejecución de deberes que no tienen un contenido patrimonial (*supra*, N° I,4,c,c-4).

Por último, no debe olvidarse que las cláusulas penales acumulativas con frecuencia se prestan a abusos y suelen encubrir contratos usurarios, porque mediante su estipulación una de las partes obtiene de ordinario una contraprestación notoriamente desproporcionada con la prestación que por su parte verifica. Por lo cual, los jueces deben examinar cuidadosamente estas cláusulas y en caso de que se demuestre habérselas pactado para disimular un contrato usurario, procederá la nulidad de la cláusula penal (*negocio aparente*) por simulación en virtud del fraude a la ley que pretendió realizarse con la operación.

3. EL DERECHO A EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA

Como se dijo, una vez que se produce el incumplimiento imputable de la prestación principal y el deudor se encuentra en mora, el acreedor puede optar por exigir el cumplimiento de la pena. Desde luego, si la cláusula penal se encuentra sometida a alguna modalidad como, por ejemplo, un término o una condición, sólo será exigible una vez que llegue el término o su cumpla la condición prevista para su exigibilidad.

297 Cfr: TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale...* cit. p.p. 7 y ss.; MAGAZZÙ, Andrea: *op. cit.* § 2; TRABUCCHI, Alberto: *loc. cit.*; MAZEAUD, Denis: *op. cit.* p. 91.

a) El carácter “forfetario” de la liquidación del daño realizada con la cláusula penal

Cuando el acreedor opta por exigir la cláusula penal, la misma cumple la función de fijar y liquidar anticipadamente el monto de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, prescindiéndose totalmente del examen de la existencia, consistencia y cuantía de los mismos, así como de la necesidad de demostrar cada uno de estos extremos con lo cual se facilita la obtención del resarcimiento y se evita toda incertidumbre sobre la entidad de la reparación obtenible (*supra*, N° I,4,b). La cláusula penal establece pues en un *forfait* el *quantum* del resarcimiento, independientemente de la existencia del daño y de su cuantía²⁹⁸. El acreedor que opte por reclamar la pena no tiene la carga de probar el monto del daño sufrido con lo cual se eliminan las dificultades inherentes a la prueba de los daños y se evita la incertidumbre que resulta de la fijación judicial del daño indemnizable²⁹⁹.

La cláusula penal fija el límite de los daños y perjuicios resarcibles en caso de inejecución de la obligación principal: La parte que cumple y que renuncia a exigirle a su contraparte la ejecución de la obligación principal, puede contentarse con exigir la pena estipulada. No puede pretender una indemnización mayor si el valor de la pena resulta insuficiente para cubrir los daños realmente experimentados por el incumplimiento. Tampoco puede el deudor incumpliente pretender entregar una prestación menor, so pretexto de que su incumplimiento causó daños menores al monto de la pena o no causó daño alguno (Código Civil, artículo 1.276, primer aparte).

Por consiguiente, en caso de que el acreedor elija reclamar la pena no puede pretender una suma mayor ni el deudor pretender pagar una suma menor a título de daños y perjuicios. De este modo, cuando el

298 *Cfr.* FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc y SAVAUX, Éric: *op. cit.* Vol. III. p. 176; MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent y GAUTIER, Pierre-Yves: *op. cit.* p. 529; BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 229; GALGANO, Francesco: *op. cit.* p. 507, especialmente, la nota 37 y la jurisprudencia de la Casación italiana allí citada.

299 En el mismo sentido, véase: Sentencia del 08-02-1979 en Ramírez & Garay. Tomo XLIV. p. 185; Sentencia del 02-03-1959 en Jurisprudencia de los Tribunales de la República. Vol. VII. Tomo I. p.p. 716-717; Sentencia del 26-09-1955 en Jurisprudencia de los Tribunales de la República. Vol. IV. Tomo I. p. 228.

acreedor no reclama el cumplimiento en especie de la obligación principal, la cláusula penal resuelve el problema del resarcimiento que, por la voluntad de las partes, queda limitado al monto de la pena. El *quantum* del daño resarcible por el eventual incumplimiento, fijado a *forfait* en el valor de la pena estipulada, representa la medida de los daños y perjuicios indemnizables, independientemente de la prueba de la existencia y de la cuantía de los mismos. La cláusula penal opera pues como medida y límite del resarcimiento, puesto que la determinación y liquidación anticipada de los daños y perjuicios practicada por los contratantes coincide exactamente con el monto de la pena³⁰⁰.

Ese *forfait* voluntario puede ser superior o inferior al *quantum* del daño determinado y medido según los principios normales, pero ofrece a ambas partes la manifiesta ventaja de evitar toda incertidumbre sobre la responsabilidad y la entidad de la reparación conseguible. Establecido a *forfait* el daño resarcible en la medida fijada por el monto de la pena, ambas partes conocen anticipada y exactamente la consecuencia jurídica del incumplimiento: El deudor sabe hasta donde llega su responsabilidad y el acreedor conoce la medida del correspondiente resarcimiento.

Tal y como afirma De Cupis:

“Una vez producido el incumplimiento se evita el complicado cálculo del perjuicio experimentado así como la distinción entre daño directo e indirecto, emergente y lucro cesante, previsible e imprevisible y se ahorra la delicada operación de valorar el interés lesionado; el acreedor no tiene la carga de probar el montante del daño sufrido en relación con los principios jurídicos acerca de su determinación y medida; y, si bien es cierto que no puede alcanzar un resarcimiento mayor del estipulado, no es menos verdad que esto puede obtenerlo sin necesidad de probar la entidad real del daño sufrido y sin que el deudor pueda excepcionar la inferioridad de tal daño”³⁰¹.

300 Cfr: TRABUCCHI, Alberto: *op. cit.* p. 735; TRIMARCHI, Pietro: *Istituzioni di Diritto Privato*. Giuffrè Editore. Milano, 2007. p.p. 362-363.

301 DE CUPIS, Adriano: *op. cit.* p. 507.

Por último, de optar el acreedor por reclamar la pena, el deudor debe, en todo caso, someterse a esta determinación sin que pueda excluir los efectos de la cláusula penal mediante un cumplimiento tardío no solicitado por el acreedor³⁰².

b) Acumulación de pena moratoria y compensatoria

Puede ser que las partes hayan estipulado dos cláusulas penales: una para el retardo como, por ejemplo, tanto por día, por mes, etc.; y otra, para el incumplimiento de la obligación. ¿Puede el acreedor exigir acumulativamente ambas penas, esto es, la moratoria por la demora en el pago hasta cierto momento, y la compensatoria por la inejecución definitiva que se produce a partir de ese mismo momento?

De acuerdo con la doctrina moderna, la respuesta debe ser, en principio, afirmativa porque cada una de las penas previstas responde a presupuestos no excluyentes el uno del otro³⁰³. De ahí que la tardanza en que incurre el deudor hasta un momento determinado no queda absorbida por el incumplimiento definitivo que se produce *a partir de ese mismo momento*; pero esta absorción se produce si el acreedor pretende hacer valer ambas penas fundado en hechos contemporáneos³⁰⁴. Es decir, para que sea posible el cúmulo de la pena moratoria y compensatoria, el demandante debe invocar hechos no simultáneos. Por ejemplo, si A conviene en entregarle a B un apartamento en construcción en una fecha determinada, conviniendo las partes en que A pagará por concepto de cláusula penal una cantidad de Bs. 2.000 por cada día de demora y, asimismo, una pena de Bs. 1.000.000 por el incumplimiento de la obligación, B puede pretender esta última cantidad cuando llegada la fecha prevista para la entrega resulta que A le había vendido el apartamento en cuestión a un tercero. Pero, si dicha venta al tercero que determina el incumplimiento definitivo se efectúa después de la fecha prevista para la entrega, B puede acumular a su pretensión la pena moratoria por la tardanza, hasta el momento del incumplimiento definitivo con la pena compensatoria

302 Cfr. MAZEAUD, Denis: *op. cit.* p. 90; GALGANO, Francesco: *op. cit.* p. 507.

303 DE NOVA, Giorgio: *op. cit.* p. 380, especialmente, la nota 45 y la jurisprudencia italiana allí citada.

304 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida: *op. cit.* p. 231; LLAMBÍAS, Joaquín: *op. cit.* Tomo I. p. 402.

estipulada. Nos parece razonable este criterio porque, en realidad, cada una de las penas ha sido estipulada para supuestos distintos que no son necesariamente excluyentes el uno del otro; por lo cual, si el incumplimiento definitivo del deudor no hace desaparecer el presupuesto de la pena moratoria, procede la acumulación de ambas penas.

c) *¿Quid iuris respecto de la acumulación de la pena y la indemnización de los daños y perjuicios?*

Para determinar si puede acumularse la cláusula penal y la indemnización ordinaria de los daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación, es necesario distinguir si la pena es compensatoria o moratoria.

Si se trata de una *pena compensatoria* no procede la acumulación puesto que en tal caso la cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios causados por la inejecución de la obligación principal (artículo 1.258)³⁰⁵. La cláusula penal entra en tal caso, ya lo hemos dicho, en lugar

305 Cfr: PLANIOL, Marcel: *op. cit.* Tome II. p.p. 98-99; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *op. cit.* Tomo VII. p. 189; DE PAGE, Henri: *op. cit.* Tome III (Seconde Partie). p. 159. En cambio, la solución legal prevista en el Código Civil alemán es distinta. De acuerdo con el párrafo 340 (numeral 2) del B.G.B.: “Si el acreedor tiene una pretensión de indemnización por el incumplimiento, puede exigir la pena como la cantidad mínima del daño. *La pretensión por daños mayores no queda excluida*” (cursivas nuestras). En el sistema alemán, a diferencia de nuestro sistema, la cláusula penal funciona pues como una *indemnización mínima*, pudiendo siempre el acreedor reclamar los mayores daños. En la misma dirección, el Código suizo de las Obligaciones establece que “el acreedor cuyos daños excedan el monto de la pena no puede reclamar una indemnización mayor, si no acredita una conducta culposa por parte del deudor” (art. 161, numeral 2). De ahí que en el sistema suizo el acreedor puede exigir la pena como *minimum* del perjuicio, sin que le esté prohibido pedir una suma mayor por concepto de daños y perjuicios, pero para ello deberá demostrar la inejecución culposa de la obligación principal. En el Código Civil italiano de 1942 la estipulación de una cláusula penal “tiene el efecto de limitar el resarcimiento a la prestación prometida, si no se hubiera convenido la resarcibilidad del daño ulterior” (art. 1.382). Por consiguiente, en el ordenamiento italiano el acreedor sólo tiene derecho a reclamar una indemnización por los mayores daños cuando así lo hayan acordado las partes. En la doctrina italiana Magazzù afirma que mediante este pacto se procura eliminar la situación de desventaja que resulta para el acreedor cuando el daño experimentado es superior al monto de la pena ya que de haberse limitado las partes a estipular una cláusula penal, cualquier indagación acerca de la existencia del daño y su cuantía quedaría excluida. Cuando las partes además de la cláusula penal convienen en la indemnización de los mayores daños, el deudor puede

de la indemnización de los daños y perjuicios y, por tanto, el acreedor no tiene derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena convenida sea insuficiente. El artículo 1.276 es absolutamente claro al respecto. De modo que el acreedor no puede pretender exigir al deudor una cantidad o prestación mayor que la convenida en la cláusula penal, aun cuando demuestre que esta es insuficiente para cubrir los daños realmente experimentados por el incumplimiento de la obligación principal.

Pero tratándose de una *pena moratoria*, es posible la acumulación, siempre que el incumplimiento definitivo sea posterior a la demora que origine aquella pena. Para poder hablar propiamente de demora o de mora es necesario que sea posible el cumplimiento de la prestación principal, por eso se pueden solicitar ambas cosas conjuntamente³⁰⁶. Por esta razón, si la cláusula penal fue estipulada por el simple retardo y cuando el deudor cae en mora es aún posible el cumplimiento de la prestación principal, el acreedor puede demandar el cumplimiento en especie y, además, la pena moratoria; o si este se hace luego imposible, el acreedor podrá reclamar los daños y perjuicios compensatorios y, además, la pena moratoria³⁰⁷. Por el contrario, si al momento de la constitución en mora del deudor, a los fines de la pena, ya no fuese posible el cumplimiento de la obligación principal, ya se ha consumado el incumplimiento definitivo y no hay propiamente mora; por lo cual, no cabe aplicar en ese caso la pena moratoria.

Desde luego, la acumulación de pena e indemnización de daños y perjuicios será posible cuando así lo hayan previsto las partes de manera clara e inequívoca (*cláusula penal acumulativa*)³⁰⁸. En caso de duda la

objetar la existencia y cuantía de dichos mayores daños, pero no la del daño comprendido en el monto de la pena. Desde luego, el acreedor puede – si así lo desea – conformarse con el pago de la pena, sin pretender el resarcimiento del daño ulterior (MAGAZZÙ, Andrea: *op. cit.* § 5). En cambio, según Messineo “cuando se pacte la resarcibilidad del daño ulterior... la cláusula penal tiene una mera función de entrega a cuenta sobre el resarcimiento del daño ocasionado por el incumplimiento” (MESSINEO, Francesco: *Doctrina General...* cit. Tomo I. p.p. 219-220).

306 Cfr. SANZ VIOLA, Ana María: *op. cit.* p.p. 86-87.

307 Cfr. PLANIOL, Marcel: *loc. cit.*; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *loc. cit.*; DE PAGE, Henri: *loc. cit.*; GIORGI, Jorge: *op. cit.* Vol. IV. p. 489; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...* cit. p. 579.

308 El Código Civil italiano de 1942, como se dijo, limita el resarcimiento al monto previsto en la cláusula penal “si no se hubiera convenido la resarcibilidad del *daño ulterior*” (art.

situación se rige por los principios generales y hay que concluir que la pena excluye la indemnización de los daños y perjuicios conforme a lo dispuesto en el artículo 1.276³⁰⁹.

d) Acumulación de pena moratoria e intereses moratorios

Tampoco procede acumular la cláusula penal con los intereses moratorios. En efecto, la cláusula penal moratoria sustituye a la indemnización de los daños y perjuicios causados por el retardo en la ejecución de la obligación. *A falta de convenio*, dice el artículo 1.277, en las obligaciones que tienen por objeto una cantidad de dinero, los daños y perjuicios resultantes del retardo en el cumplimiento consisten siempre en el pago del interés legal, salvo disposiciones especiales.

Por consiguiente, en caso de existir una cláusula penal para el caso de retardo en la ejecución del contrato, no procede pedir los intereses moratorios no convenidos³¹⁰. Así lo ha dejado establecido la jurisprudencia de nuestros tribunales³¹¹. Desde luego, las partes pueden pactar una cláusula penal y además intereses moratorios, en cuyo caso si la suma por ambos conceptos no excede la tasa máxima fijada legalmente para la estipulación de intereses convencionales, pueden acumularse ambos rubros.

e) Acumulación de pena e intereses retributivos

Pero no existe obstáculo legal en acumular la pena a los intereses retributivos (correspectiveos o compensatorios) puesto que unos y otros cumplen funciones diferentes. *Los intereses correspectiveos* constituyen la retribución debida por el disfrute de un capital ajeno en determinadas

1.382). Con fundamento en esta disposición, un sector de la doctrina italiana sostiene que sólo pueden las partes prever la acumulación de la cláusula penal compensatoria y la indemnización del daño ulterior, es decir del daño no cubierto por la cláusula penal, pero que es inadmisibles que las partes contemplen el cúmulo de la pena y *el resarcimiento integral*. Al respecto, véase: DE NOVA, Giorgio: *op. cit.* p. 378; MARINI, Annibale: *op. cit.* p.p. 29 y ss.; MAZZARESE, S.: *Le Obbligazioni Penale*. Padova, 1986. p. 155. En contra, TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale...* *cit.* p.p. 137 y ss. El asunto no está pues exento de discusión. Al respecto, véase: ZOPPINI, Andrea: *op. cit.* p.p. 200 y ss.

309 *Cfr.*: VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *op. cit.* Tome VI. p. 460.

310 *Cfr.*: GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 901; PIOLA, Giuseppe: *op. cit.* p. 371.

311 Sentencia del 07-03-1985 en Ramírez & Garay. Tomo XC. p.p. 160-162.

circunstancias; *los intereses compensatorios*, por su parte, son los que debe el comprador que no ha pagado aún el precio de la cosa, por el derecho de hacer suyos los frutos que la cosa adquirida produce y, por tanto, ninguna vinculación tienen unos y otros con los daños y perjuicios³¹². Por ello es perfectamente posible acumular estos rubros con una cláusula penal que, como se dijo, tiene por finalidad compensar al acreedor los daños y perjuicios causados por la inejecución o retardo de la obligación principal.

f) ¿Procede el pago de intereses por la mora en el pago de las cantidades de dinero adeudadas por concepto de cláusula penal?

Se plantea el problema de si producida la mora del deudor en la obligación de pagar una cláusula penal que tenga por objeto el pago de una cantidad de dinero, esta devenga intereses.

Si *la cláusula penal es compensatoria*, en nuestro concepto, no cabe duda alguna acerca de la procedencia del pago de tales intereses sobre las cantidades adeudadas por concepto de cláusula penal. Para negar la procedencia de tales intereses no cabe invocar el artículo 1.276 que impide el pago de cantidades adicionales por concepto de indemnización de daños y perjuicios cuando la determinación de los mismos se hace bajo la fórmula de cláusula penal. En efecto, los intereses moratorios en el supuesto bajo examen no están destinados a resarcir los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación principal que es lo que la cláusula penal prevé y la hipótesis a que se contrae el artículo 1.276, sino el *retardo en el pago de la cláusula penal*. Por lo cual, si el deudor no contento con haber incumplido la obligación principal, incumple la obligación accesoria y se coloca en mora en su obligación de pagarla, el acreedor tiene derecho a los intereses moratorios que le correspondan por la demora del deudor en pagar la cláusula penal³¹³.

312 Cfr. BORJAS H., Leopoldo: "Régimen legal de los intereses" en *Los Intereses y la Usura. Estudios Jurídicos*. Editorial Revista de Derecho Mercantil. Caracas, 1988. p.p. 20-21. En esa misma obra, en el mismo sentido expuesto en el texto, véase: PULIDO MÉNDEZ, Víctor: Los intereses moratorios... *cit.* p.p. 259-265.

313 En el mismo sentido, véase la jurisprudencia de la Casación italiana citada por DE NOVA, Giorgio: *op. cit.* p. 380, nota 16.

Sostener lo contrario equivaldría a permitirle al deudor retardar el pago de la cláusula penal sin que ello acarree consecuencia negativa alguna para él. En efecto, ningún interés tendrá el deudor en cumplir oportunamente la prestación accesoria puesto que de cualquier modo nada deberá más allá de la pena estipulada.

Pero la situación es distinta cuando se estipula una *cláusula penal moratoria* y la misma se adjunta a una obligación de pagar cantidades de dinero recibidas en concepto de préstamo como, por ejemplo, cuando el prestatario se obliga a devolver los mil bolívares que recibió en préstamo y a pagar a título de cláusula penal diez bolívares mensuales por la demora en la restitución del capital prestado. En tal caso, se afirma, todo interés que devenguen los diez bolívares representa, en esencia, un interés sobre intereses adeudados (puesto que los diez bolívares mensuales, en esencia, equivalen a un interés equivalente al doce por ciento anual). De permitirse pues la estipulación de intereses sobre la cláusula penal moratoria no pagada a tiempo, se estaría permitiendo por una vía indirecta el anatocismo en contra de lo dispuesto en el artículo 530 del Código de Comercio que prohíbe el pago de intereses sobre intereses salvo que, hecha la liquidación de éstos, fueren incluidos en un nuevo contrato como aumento de capital; o que de común acuerdo, o por condenación judicial, se fije el saldo de las cuentas incluyendo en él los intereses devengados.

Por la misma razón, en nuestro concepto, tampoco es lícito estipular intereses por la demora en pagar una cláusula penal que acceda a la obligación de pagar las cantidades de dinero adeudadas en razón de la concesión de un crédito o financiamiento por las operaciones a que se contrae el artículo 77 de la LEDEPABIS, puesto que de acuerdo con esa disposición los intereses de financiamiento que generen dichas operaciones tampoco pueden capitalizarse ni devengar ninguna clase de interés³¹⁴, considerándose delito de usura la violación de esta disposición.

314 Aun cuando no existe una estricta identidad conceptual entre los intereses moratorios y la cláusula penal, no hay duda que ambos institutos cumplen una función muy similar: compeler al deudor al pago de las cantidades adeudadas y fijar anticipadamente los daños y perjuicios indemnizables (*supra*, N° V,8). Por lo cual, de permitirse que la demora en pagar la cláusula penal en los supuestos indicados en el texto genere intereses, se abrirían las puertas

g) ¿*Quid iuris* respecto de la indexación de las cantidades adeudadas por concepto de cláusula penal?

Tradicionalmente la jurisprudencia de nuestros tribunales había mantenido el criterio de la improcedencia de la indexación judicial de las cantidades adeudadas por concepto de cláusula penal. No admitían pues nuestros jueces el reajuste monetario de la cláusula penal cuando el deudor incurría en mora en el pago de la pena. Cuando las partes han estipulado en el contrato una cláusula penal y han limitado la posible responsabilidad por incumplimiento al pago de ciertas sumas, estas no pueden ser indexadas. Así lo había dejado establecido la jurisprudencia de nuestros tribunales³¹⁵.

Nuestros jueces partían del supuesto de que el reajuste de la cláusula penal implica aumentar la indemnización previamente acordada por las partes para fijar el monto debido por concepto de daños y perjuicios, en contra de lo dispuesto en el artículo 1.276 del Código Civil.

Sin embargo, la jurisprudencia más reciente se ha orientado en otra dirección. El ajuste por la desvalorización de la moneda, ha dicho la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, no es lo mismo que el pago por concepto de daños y perjuicios³¹⁶. Además, la Sala Político Administrativa en sentencia del 30 de julio de 2008 declaró que las cantidades líquidas y exigibles de dinero debidas al demandante por concepto de cláusula penal no han de sufrir la pérdida de valor del signo monetario, favoreciendo al deudor que injustamente ha dejado de pagar; por lo cual, procede el ajuste monetario de la pena estipulada, a partir de la fecha de la mora³¹⁷. De acuerdo con estos fallos, el ajuste de la pena para neutra-

al fraude a la ley permitiéndose por una vía indirecta la violación de las disposiciones de orden público que prohíben el anatocismo. *Cfr.* KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *op. cit.* p.p. 243-245, especialmente, las notas 67 y 71 y la jurisprudencia de los tribunales argentinos allí citada.

315 Sentencia del 12-03-1999 en Ramírez & Garay. Tomo CLII. p.p. 45-46.

316 Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia del 03-05-2005 con ponencia de la Magistrada Isbelia Pérez de Caballero, caso *Jasmin Alcalá vs. Marysabel Sánchez* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/mayo/rc-00201-030505-02829.html>.

317 Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 30-07-2008 con ponencia de la Magistrada Evelyn Marreno Ortiz, caso *Babcock de Venezuela*

lizar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda no significa en modo alguno añadir una indemnización adicional a la fijada por las partes, sino adecuar el monto de la cláusula penal al valor actual de la moneda.

Influidos por criterios valoristas nuestros tribunales parecen partir del siguiente razonamiento: La obligación de pagar la pena es una *deuda de valor*. Por ser la cláusula penal sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios, mediante su estipulación las partes prefijan *el valor* de dichos daños. El artículo 1.276 del Código Civil, al consagrar el principio de la inmutabilidad, lo que persigue es que las partes reciban *el valor* que ellas han previsto y no otra indemnización diferente. Por consiguiente, el reajuste del monto de la cláusula penal permite que se mantenga inmutable *el valor* de la indemnización debida. Si no se concede el reajuste, el acreedor percibirá *otra indemnización* diferente a la prevista.

No compartimos la solución de dichos fallos y menos aún su fundamentación. Ni siquiera es necesario decir, puesto que es evidente, que la cláusula penal que consiste en el pago de una suma de dinero, por su objeto, constituye el típico caso de una obligación pecuniaria y, en consecuencia, el único criterio aplicable es el nominalista que rige esta clase de obligaciones según lo dispuesto en el artículo 1.737 del Código Civil³¹⁸.

C.A. vs CVG Siderúrgica del Orinoco C.A. (SIDOR) en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/julio/00881-30708-2008-1997-14259.html>. En el mismo sentido, véase: Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia del 03-05-2005 con ponencia de la Magistrada Isbelia Pérez de Caballero, caso *Jazmín Alcalá vs. Marysabel Sánchez* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/mayo/rc-00201-030505-02829.html>; Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia del 12-06-2001 con ponencia del Magistrado Alfonso Valbuena Cordero, caso *Hugo Díaz y otros vs. Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV)* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/junio/c-136-120601-99692.html>; Sentencia del 13-12-2006 del Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, caso *Carlos Luis Hernández vs. Tomás Aurelio Marsal* en <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/diciembre/2146-13-7811.html>.

318 En el mismo sentido en la doctrina italiana De Nova expresa: “Si la pena tiene por objeto el pago de una cantidad de dinero, hay una obligación pecuniaria no susceptible de revaluación” (DE NOVA, Giorgio: *op. cit.* p. 378, especialmente, la nota 16 y la jurisprudencia de la Casación italiana allí citada).

Desde luego la problemática que se aborda en el texto forma parte de un capítulo más amplio de la responsabilidad civil que se refiere a los efectos del retardo en el cumplimiento de

Pero adicionalmente, ya hemos dicho que en Venezuela rige *el principio de la inmutabilidad absoluta de la cláusula penal*. La reducción judicial de la pena es excepcional y sólo está legalmente autorizada en caso de ejecución parcial de la obligación principal (Código Civil, artículos 1.276 y 1.260). Se desfiguraría este instituto si, so pretexto de la depreciación monetaria, se pudiese modificar el monto convenido. La inflación, aunque sea notoria, es siempre un hecho y como tal no puede, al menos en principio, alterar dicha inmutabilidad. No desconocemos los efectos perniciosos que en una economía inflacionaria produce la demora en el pago de las obligaciones dinerarias, pero no puede el juez borrar el nominalismo del Código Civil, ni desconocer la regla de la inmutabilidad de la cláusula penal, porque ninguna disposición legal lo faculta para ello. Si una ley es injusta porque no admite el aumento de las penas, no corresponde al juez encontrar la solución justa, sino esforzarse por lograr la reforma del texto legal.

En fin, la cláusula penal que tiene por objeto el pago de una cantidad de dinero es una obligación pecuniaria; por lo cual, como se dijo, no puede ser modificada aun cuando resulte insuficiente por el transcurso del tiempo (artículo 1.276). Desde luego, lo anterior no impide —y es lo más aconsejable— que, al momento de su estipulación, las partes convengan en la corrección de la cláusula penal que consista en el pago de una cantidad de dinero, por medio de una cláusula de valor.

una obligación pecuniaria en tiempos de inflación, cuyo tratamiento desborda el propósito de este trabajo. Al respecto sólo queremos señalar que no desconocemos los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia nacionales para romper la barrera que significa el artículo 1.277 del Código Civil y reconocer la incidencia de la inflación en el retardo en la ejecución de una deuda de dinero. En nuestro concepto, sin embargo, la tesis que goza de mayor solidez es la del profesor Enrique Lagrange quien, además de acoger la opinión del profesor Mélich-Orsini, después de examinar exhaustivamente el principio del nominalismo que consagra el artículo 1.737, así como el alcance del artículo 1.277, llega a la conclusión de que en materia de obligaciones pecuniarias de naturaleza mercantil, con base en lo dispuesto en el artículo 108 del Código de Comercio que sólo limita *los intereses correspondientes* que corresponden al acreedor de un crédito dinerario líquido y exigible, es posible reclamar la indemnización de los mayores daños directos y previsibles causados por la mora del deudor, siempre y cuando el interesado alegue y pruebe la existencia de dichos mayores daños y su cuantía (LAGRANGE, Enrique: “Retardo en el cumplimiento de obligaciones pecuniarias y depreciación de la moneda” en *Efectos de la Inflación en el Derecho*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Eventos N° 9. Caracas, 1994. p.p. 313-383).

Por ultimo, como la cláusula penal se presume pactada para indemnizar todos los perjuicios causados y no puede el acreedor pretender por concepto de daños y perjuicios una cantidad mayor que la estipulada en la cláusula penal (Código Civil, artículo 1.276), tampoco es procedente de acuerdo con esa disposición legal la indexación judicial de la obligación principal cuando se ha pactado una cláusula penal³¹⁹.

4. EL DERECHO A PEDIR LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

a) *Procedencia*

La cláusula penal, como se dijo, generalmente se establece en beneficio del acreedor para asegurar el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. Pero la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación principal o de reclamar la pena no es la única opción que corresponde a aquel. El acreedor tiene a su disposición todas las acciones que le acuerda el Derecho común en relación con el crédito del cual es titular. Por lo cual, si la cláusula penal accede a una obligación principal proveniente de un contrato bilateral, el acreedor no sólo puede reclamar la ejecución del contrato sino que puede optar por pedir su resolución.

319 Cabe hacer notar, sin embargo, que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 28 de abril de 2009 dejó establecido que “el poder adquisitivo de la moneda es inherente a ella, representa su real valor, y no tiene que ver ni con los daños y perjuicios ni con intereses devengados o por vencerse. En consecuencia, salvo disposición contraria de la ley, quien pretende cobrar una acreencia y no recibe el pago al momento del vencimiento de la obligación, tiene derecho a recibirlo en proporción al poder adquisitivo de la moneda para la fecha del mismo”. Por lo cual, la Sala declaró que la petición de indexación es legalmente compatible con el pago de *intereses moratorios*. Al respecto, véase: Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 28-04-2009 con ponencia del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz caso, *Giancarlo Virtoli vs. Sara Dávila* en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/438-28409-2009-08-0315.html>. Es decir, la circunstancia de que las partes hayan convenido intereses moratorios, no impide la actualización del monto de la obligación principal, por la depreciación monetaria ya que esta no constituye una indemnización de los daños y perjuicios. En virtud de esta decisión, es dable anticipar que nuestros tribunales admitirán la procedencia de la indexación judicial de la obligación principal, no obstante haberse pactado una cláusula penal. En efecto, si el reajuste, según se indica en la referida sentencia de la Sala Constitucional, no significa un resarcimiento de los daños y perjuicios –criterio que no compartimos– no debería existir impedimento alguno para reexpresar el monto de las cantidades de dinero adeudadas, a la fecha del decreto de ejecución de la sentencia, aun cuando las partes hayan pactado una cláusula penal.

Como dijimos, el acreedor puede reclamar el cumplimiento en especie de la obligación principal. El acreedor puede pedir al deudor que esté constituido en mora, dice el artículo 1.259, la ejecución de la obligación principal, en lugar de la pena estipulada. El artículo 1.258, por su parte, sólo le impide reclamar a un mismo tiempo la cosa principal y la pena, si no la hubiere estipulado por el simple retardo. De ahí que la estipulación de una cláusula penal no significa una renuncia al derecho a obtener la ejecución de la obligación principal, (*supra*, N° VIII, 1,a). Por consiguiente, el acreedor puede –si así lo desea– pedir la *ejecución forzosa en especie* de la obligación principal, siempre y cuando esta forma de cumplimiento sea posible, conjuntamente con los daños y perjuicios *ex* artículo 1.167 del Código Civil, los cuales se determinarán conforme a las reglas generales que gobiernan la responsabilidad civil contractual³²⁰.

Sólo en caso de incumplimiento definitivo de la obligación, si el acreedor opta por exigir el *cumplimiento por equivalente*, los daños y perjuicios deben liquidarse conforme a lo previsto en la cláusula penal, puesto que la función de este instituto es precisamente servir de mecanismo de determinación y liquidación anticipada de los daños y perjuicios para el caso de inejecución³²¹. La cláusula penal, dice la primera disposición del artículo 1.258, es la compensación de los daños y perjuicios causados por la inejecución de la obligación principal. A su vez, el artículo 1.276 del Código Civil le impide al acreedor, en caso de inejecución, pedir por concepto de indemnización de daños y perjuicios una cantidad mayor cuando la determinación de los mismos se ha hecho bajo la fórmula de cláusula penal.

320 *Cfr.* JOSSERAND, Louis: *op. cit.* Tomo II. Vol. I (Teoría General de las Obligaciones) p. 522; BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 236; GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 903.

321 Cabe hacer notar, sin embargo, que una parte de la jurisprudencia italiana bajo la vigencia del Código Civil de 1.865, con diversa fundamentación, mantuvo el criterio de aplicar la regulación de las arras penales contenida en el artículo 1.217, sustancialmente equivalente al artículo 1.263 del Código Civil venezolano, a la cláusula penal y de ese modo permitir el resarcimiento íntegro del daño, aun más allá del monto de la cláusula penal, en caso de que el acreedor hubiese optado por pedir la ejecución del contrato y la misma no fuere posible por hecho imputable al deudor. En tal sentido, véase la Sentencia de la Casación de Roma de fecha 3-12-1932 en *Il Foro Italiano*, 1933, I. columnas 1413 y ss. criticada por Coviello Jr. Leonardo en “Cláusula penale e risarcimento del danno” en *Il Foro Italiano*. *Ibidem*. columnas 1696 y ss.

La cláusula penal compensatoria sustituye pues a la indemnización de daños y perjuicios originados por el incumplimiento de la obligación principal; por lo cual, es incompatible con la indemnización de los daños realmente experimentados –es decir, probados– derivados del incumplimiento y con la pretensión del cumplimiento forzoso por equivalente³²². Lógicamente, en esos supuestos el acreedor no puede exigir conjuntamente ambas pretensiones, salvo pacto en contrario.

Pero la estipulación de una cláusula penal que accede a una obligación principal proveniente de un contrato bilateral tampoco le impide al acreedor pedir la *resolución del contrato*, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.167 del Código Civil³²³. La renuncia al derecho de solicitar la resolución –como toda renuncia– sólo puede resultar de la voluntad de las partes manifestada de manera clara e inequívoca. La jurisprudencia francesa registra un caso interesante: Se constituyó una renta vitalicia estipulándose que en caso de que las seguridades prometidas no fuesen proporcionadas, el acreedor de la renta podría reclamar una cantidad de dinero en concepto de cláusula penal. El deudor de la renta no otorgó

322 Cfr: MAZEAUD, H.L. y J. y CHABAS, François: *op. cit.* Tome II. Premier Volume. p. 772; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *op. cit.* Tome VI. p. 460; BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 236; DE NOVA, Giorgio: *op. cit.* p. 378, especialmente, la nota 51; SANZ VIOLA, Ana María: *op. cit.* p. 230. En contra, GÓMEZ CALERO, Juan: *op. cit.* p.p. 168-169. En la doctrina nacional, en el mismo sentido expuesto en el texto el profesor José Mélich-Orsini expresa: “Que el acreedor no tenga opción para elegir entre la pena y el cumplimiento por equivalente resulta del artículo 1.276 C.C. y es consecuencia de que la pena no es más que una evaluación anticipada de los daños y perjuicios convencionalmente determinada por las propias partes” (MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General... cit.* p.p. 577-579, especialmente, la nota 117).

323 La doctrina es conteste al respecto. En tal sentido, véase: MAZEAUD, H. L. y TUNC, A.: *op. cit.* Tomo III. Vol. II. p. 143; LAURENT, F.: *op. cit.* Tomo XVII. p. 478; DE PAGE, Henri: *op. cit.* Tome III (Seconde Partie). p.p. 149 y 152-153; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *loc. cit.* p. 459, especialmente, la nota 123 y la jurisprudencia francesa allí citada; MAZEAUD, Denis: *op. cit.* p. 90, especialmente, la nota 90 y la jurisprudencia francesa allí citada; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.* p. 616; BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 224; SCOGNAMIGLIO, Renato: “Contratti in Generale” en *Tratatto di Diritto Civile* diretto da Giuseppe Grosso y Francesco Santoro-Passarelli. Milano, 1966. p. 146; DE NOVA, Giorgio: *op. cit.* p. 378, especialmente, la nota 55 y la jurisprudencia de los tribunales italianos allí citada; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *op. cit.* p.p. 253-254; PEIRANO FACIO, Jorge: *op. cit.* p. 289; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General... cit.* p.p. 577-578.

las seguridades prometidas ante lo cual el acreedor en lugar de exigir el cumplimiento de la pena demandó la resolución del contrato según el artículo 1.977 del *Code*, sustancialmente equivalente al artículo 1.795 del Código Civil venezolano. La Corte de París se negó a pronunciar la resolución por cuanto en virtud de la estipulación de la cláusula penal, en criterio de la Corte, el acreedor había renunciado al derecho que le daba el artículo 1.977. Sin embargo, esta decisión fue casada por la Corte de Casación francesa que consideró que la estipulación de una cláusula penal no implica una renuncia al derecho de pedir la ejecución de la obligación principal o, en su caso, la resolución del contrato. Como la renuncia de un derecho debe ser clara e inequívoca y no se presume, la Corte de Casación concluyó que la pena se había estipulado no para menoscabar los derechos del acreedor, sino para fortificarlos; por lo cual, el acreedor conservaba todos los derechos derivados del contrato de renta vitalicia, incluyendo el derecho de resolver el contrato en caso de incumplimiento³²⁴.

b) Extensión de la indemnización de los daños y perjuicios en caso de resolución cuando se ha estipulado una cláusula penal

En caso de resolución del contrato por inexecución de la obligación principal a la cual accede una cláusula penal, se plantea el problema de si la evaluación de los daños y perjuicios debe hacerse conforme a las reglas generales de la responsabilidad civil contractual, o si puede invocarse la cláusula penal para fijar la extensión del daño indemnizable.

La doctrina se encuentra profundamente dividida al respecto.

Según un sector de la doctrina, cuando se produce la resolución, los daños y perjuicios deben indemnizarse conforme a los principios generales que gobiernan la responsabilidad civil contractual, salvo estipulación expresa en contrario. Esta solución se fundamenta en el principio según el cual la resolución tiene por efecto hacer volver las cosas al estado anterior al momento de la celebración del contrato: Desaparecido el contrato por efecto de la resolución, la pena queda igualmente aniquila-

324 Al respecto, véase: LAURENT, F.: *loc. cit.*

da³²⁵. Para tener derecho a acumular la pena a la demanda de resolución, se dice, se requiere una previsión contractual expresa en tal sentido, en cuyo caso el derecho a reclamar la pena encuentra su fundamento no ya en la inejecución de la obligación principal declarada insubsistente en razón de la resolución, sino en el pacto contemplado por las partes precisamente para la hipótesis de la resolución del contrato³²⁶.

Por consiguiente, aún mediando la estipulación de una cláusula penal, la resolución por incumplimiento le concede al acreedor el derecho a reclamar los daños y perjuicios conforme a las normas del Derecho común sin que estos estén limitados por la cláusula penal pactada. Sólo si la cláusula penal se hubiese previsto para regular los daños y perjuicios derivados de la resolución, no podrá el acreedor reclamar daños que excedan a los determinados en la cláusula prevista justamente para el caso de resolución.

Otros autores, en cambio, sostienen que la resolución del contrato no excluye la aplicación de la cláusula penal³²⁷, la cual sobrevive a la resolución puesto que está dirigida precisamente a regular las

325 DE PAGE, Henri: *op. cit.* Tomo III (Seconde Partie). p.p. 150 y 152-153; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *op. cit.* Tomo VII. p. 186, especialmente, la nota 2 y la jurisprudencia francesa allí citada; BAUDRY-LACANTINERIE, G y BARDE, L.: *op. cit.* Vol. XII. p.p. 436, 447 y 448; JOSSERAND, Louis: *loc. cit.*; MAZEAUD, H. L. y TUNC, A.: *loc. cit.*, especialmente, la nota 7 y la jurisprudencia francesa allí citada; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *loc. cit.* p. 263.

326 DE PAGE, Henri: *loc. cit.*; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General... cit.* p. 581; MÉLICH-ORSINI, José: *La Resolución... cit.* p. 405. El artículo 1.385 (tercer párrafo) del Código Civil italiano consagra expresamente esta solución cuando se entregan *arras* para asegurar el cumplimiento del contrato: “pero si la parte que no es incumplidora [en lugar de ejecutar las arras] prefiere demandar la ejecución o la resolución del contrato, el resarcimiento del daño se regulará por las normas generales”. En la doctrina italiana, Trimarchi considera que esta misma solución debe aplicarse cuando la ejecución del contrato se garantiza mediante la estipulación de una cláusula penal (TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale... cit.* p.p. 72 y ss. y 120 y ss.)

327 GHESTIN, Jacques avec le concours de BILLAU, Marc: “Les obligations - Les effets du contrat” en *Traité de Droit Civil*. Tome III. L.G.D.J. París, 1992. p.p. 466-467; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.* p. 642; MAZEAUD, Denis: *op. cit.* p.p. 101-102, especialmente, la nota 57 y la jurisprudencia francesa allí citada; BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 235; GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p.p. 903, 905 y 915; ; PIOLA, Giuseppe: *op. cit.* p.p. 372-373; DE NOVA, Giorgio: *op. cit.* p. 380, especialmente, la nota 49 y la jurisprudencia italiana allí citada; MAGAZZÙ, Andrea: *op. cit.* § 6.

consecuencias del incumplimiento. La resolución del contrato, se afirma, a diferencia de la nulidad, no afecta aquellas cláusulas del contrato pactadas precisamente para el caso de incumplimiento o de resolución, como las penales, las de sumisión expresa a la jurisdicción, las de compromiso arbitral, etc.³²⁸.

Además, desde el punto de vista práctico, se dice, si la pena se ha estipulado para el supuesto de incumplimiento definitivo, de no aplicarla producida la resolución, la cláusula penal se convertiría en una *rara avis* en el mundo de los negocios. Por lo cual, en caso de haberse estipulado una cláusula penal para el supuesto de incumplimiento definitivo, dicha cláusula será igualmente aplicable en caso de resolución.

Por nuestra parte, pensamos que esta última posición es la correcta. En efecto, la causa de la resolución es el incumplimiento culposo de las obligaciones surgidas de un contrato bilateral por uno de los contratantes. Ahora bien, dicho incumplimiento culposo es, asimismo, la causa de la pena que constituye el objeto de la cláusula penal. La pena está precisamente dirigida a sancionar la inejecución de la obligación principal cuyo cumplimiento garantiza. Dicho en otras palabras, cuando el crédito está provisto de una cláusula penal, el incumplimiento resolutorio produce dos consecuencias fundamentales: Por un lado, en razón de la eficacia particular de la resolución se produce la terminación retroactiva del contrato; y por el otro, dicha inejecución determina la exigibilidad de la cláusula penal. Poco importa entonces el efecto retroactivo de la resolución. Esta no es más, al fin y al cabo, que una ficción que no puede llegar a producir la aniquilación de la cláusula penal y desconocer que esta produce sus efectos precisamente al producirse la inejecución culposa de la obligación principal y, especialmente, con el objeto de regular las consecuencias de dicha inejecución. Aunque la nulidad y la resolución se asemejan puesto que producen la terminación retroactiva del contrato del cual surge la obligación principal, una y otra acarrear consecuencias opuestas por lo que respecta a la cláusula penal³²⁹. Esta diferencia se comprende fácilmente si se consideran las diferencias sustanciales existentes entre la

328 CLEMENTE MEORO, Mario E.: *La Facultad de Resolver los Contratos por Incumplimiento*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998. p. 508.

329 Cfr. GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 916; PIOLA, Giuseppe: *op. cit.* p. 373.

nulidad y la resolución como medios de terminación de los contratos: La nulidad es una sanción legal que se produce cuando el contrato nace viciado o cuando su celebración viola normas imperativas o prohibitivas de la ley. La nulidad sanciona la imperfección de un contrato en el momento de su formación. El contrato nulo nace pues legalmente imperfecto. La causa de la nulidad surge con el contrato mismo. Anulado un contrato, se reputa como si jamás se hubiese efectuado. No se trata pues de la inejecución de un contrato válido y perfecto sino de la constatación de un contrato inválido e ineficaz. En cambio, la resolución sanciona la inejecución de una obligación que surge de un contrato válido y perfecto. La causa de la resolución es el incumplimiento culposo de un contrato que no adolece de ningún vicio que afecta su eficacia³³⁰.

A nuestro modo de ver esta diferencia fundamental entre la causa de la nulidad y la de la resolución incide en la cláusula penal que desaparece cuando se anula un contrato (*supra*, N° IV,1,b,b-1); pero, en cambio, subsiste y produce todos sus efectos en caso de resolución por incumplimiento siempre y cuando, desde luego, el deudor de la pena sea el contratante que haya dado motivo a la resolución³³¹.

Por último, si se admitiera que la pena compensatoria no se aplica en caso de resolución, cada vez que la pena fuese insuficiente al acreedor le bastará con pedir la resolución del contrato para ver incrementado su derecho a la indemnización por concepto de daños y perjuicios, con lo cual el artículo 1.276 se convertiría no pocas veces, por voluntad del acreedor, en letra muerta.

En resumidas cuentas, en caso de resolución del contrato, la cláusula penal sobrevive siempre, independientemente de que la misma se haya estipulado para el caso de resolución o simplemente para el supuesto de inejecución del contrato.

330 Para un examen de las diferencias entre la nulidad y la resolución, en la doctrina nacional, véase: LÓPEZ HERRERA, Francisco: *La Nulidad de los Contratos en la Legislación Civil Venezolana*. Empresa El Cojo S.A. Caracas, 1952. p.p. 25-26; MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.* Tomo II. p.p. 759 y 979; OCHOA, Oscar: *Derecho Civil III*. Tomo II (Teoría General de las Obligaciones). Caracas, 2009. p. 422.

331 *Cfr.*: MAZEAUD, Denis: *loc. cit.*

5. PLURALIDAD DE DEUDORES O ACREEDORES

Hasta ahora nos hemos referido a los efectos de la cláusula penal cuando la pena es debida por un solo deudor a un solo acreedor, pero ¿qué consecuencias produce la estipulación de una cláusula penal cuando los sujetos activos o pasivos son varios? ¿Quién debe la pena cuando concurren varios deudores? ¿A quién se debe cuando concurren varios acreedores?

Antes de examinar los distintos supuestos que pueden presentarse, es necesario hacer una advertencia previa para evitar ulteriores confusiones.

a) Observación preliminar

Puede ocurrir que después de producida la inejecución culposa de la obligación garantizada con cláusula penal, el deudor o el acreedor fallezca dejando varios herederos. La obligación derivada de la cláusula penal se transmite en este caso a los herederos en las mismas condiciones que cualquier otra deuda o crédito del causante y queda regida, por tanto, por los principios del Derecho común³³².

Por consiguiente, si quien fallece es el deudor y la pena es divisible cada uno de sus herederos responde por su pago en proporción a su respectiva cuota hereditaria. Si, por excepción, el objeto de la pena es una cosa o un hecho indivisible, cada uno de los herederos del deudor responde de la totalidad de la pena. El Código Civil no prevé expresamente esta situación al referirse a las obligaciones con cláusula penal, pero la solución se desprende de los principios generales aplicables a la divisibilidad de las obligaciones: La obligación de pagar la pena en que incurrió el causante, como toda obligación, se divide entre sus herederos a prorrata de sus respectivas cuotas en la herencia si se trata de una obligación divisible; y si se trata de una obligación indivisible, no se divide (Código Civil, artículo 1.254).

A la inversa, cada uno de los herederos del acreedor fallecido después de la inejecución culposa de la obligación principal, puede exigir la

332 Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE, G y BARDE, L.: *op. cit.* Vol. XII. p.p. 452-453; GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 908; PEIRANO FACIO, Jorge: *op. cit.* p. 300.

pena en proporción a su cuota hereditaria, si la pena es divisible; o podrá exigir el pago íntegro de la pena al deudor, si esta fuere indivisible.

Pero el supuesto que aquí nos interesa y que ha dado lugar a discusiones en la doctrina es el que se produce cuando la obligación de pagar la pena nace cuando ya existía la pluralidad de deudores o de acreedores, sean estos co-deudores o co-acreedores originarios, o sean estos co-herederos del deudor o acreedor fallecido antes de la inejecución de la obligación principal. Entonces, ¿cuáles son, en estos casos, las consecuencias de la cláusula penal?

A los efectos de proceder sistemáticamente, como hemos procurado hacerlo hasta ahora, examinaremos, en primer lugar, la hipótesis de pluralidad de deudores; luego, el caso de pluralidad de acreedores; y, por último, el supuesto de pluralidad de deudores y acreedores.

b) Pluralidad de deudores

Puede suceder que existiendo varios deudores, haya incumplimiento de la obligación principal y se presente el problema de saber a quién se va a demandar la pena. Los artículos 1.261 y 1.262 regulan la materia refiriéndola al supuesto en que existan varios herederos del deudor, pero el mismo régimen debe aplicarse cuando originariamente haya existido pluralidad de deudores. De acuerdo con estas disposiciones hay que distinguir según que el objeto de la *obligación principal* sea o no divisible.

Examinemos pues los distintos casos que pueden presentarse.

b-1) Obligación principal indivisible y pena divisible

Cuando la obligación principal contraída con cláusula penal sea indivisible, dice el artículo 1.261, se incurre en la pena por contravención de uno solo de los herederos del deudor; y puede demandársela ya íntegramente al contraventor, ya a cada heredero por su parte correspondiente, salvo siempre el recurso contra aquel por cuyo hecho se ha incurrido en la pena.

Supongamos que A le vende a B un fundo que no admite cómoda división estipulándose como cláusula penal Bs. 1.000.000 para el caso

de que A se niegue a entregar el fundo. A fallece y de sus cuatro herederos, tres (C, D y E) quieren entregar el fundo, pero el otro heredero E, se niega a hacerlo. Se debe entonces la totalidad de la pena al acreedor. Este puede exigir la pena íntegra al heredero contraventor E, o puede optar por exigir de cada una de los herederos incluso de aquellos que querían cumplir con la obligación, su parte proporcional en la pena, salvo el derecho de estos de repetir contra sus co-herederos.

El recurso que la ley le otorga a los herederos no contraventores contra el que incurre en la pena obedece a razones de *equidad*. Si estos tuvieron que pagar su parte en la pena es porque la ley no hace divisible la obligación, pero el recurso que tienen contra el heredero contraventor determina que sólo este soportará, en definitiva, las consecuencias de su falta³³³.

b-2) Obligación principal divisible y pena indivisible

Cuando la obligación principal contraída con cláusula penal es divisible, dice la primera disposición del artículo 1.262, no se incurre en la pena sino por el heredero del deudor que contraviere a la obligación, y sólo por la parte que le corresponde cumplir en la obligación principal, sin que pueda obrarse contra los que la han cumplido.

Si ambas obligaciones son divisibles no hay problema. Cada deudor o, en los términos del Código Civil, cada uno de los herederos del deudor sólo estará obligado a pagar lo que proporcionalmente le corresponda en el monto de la pena divisible. Sólo queda obligado el deudor que incumplió su parte en la obligación principal y en la proporción correspondiente. Supongamos que A conviene en entregar a B la cantidad de cien mil bolívares, bajo una pena de cien bolívares diarios por cada día que se retrase en el pago. A fallece y deja dos herederos, C y D. D cumple su parte en la obligación principal, pero C no. Sólo debe la cláusula penal C que incumplió su parte en la prestación principal y en la proporción correspondiente, o sea, a razón de cincuenta bolívares diarios. La solución legal es lógica: si la obligación principal es divisible,

333 Cfr. POTHIER, R. J.: *op. cit.* Tome I. (Traité des Obligations). p.p. 338-342; LAURENT, F.: *op. cit.* Tomo XVII. p. 495.

en realidad, hay tantas obligaciones como deudores existen; por lo cual, cada uno de ellos responde sólo por su parte, no pudiendo el acreedor proceder contra los que sí cumplieron.

Pero esto no sucede, dice la segunda disposición del artículo 1.262, cuando habiéndose establecido la cláusula penal para que no pueda hacerse parcialmente el pago, un co-heredero ha impedido que la obligación se cumpla totalmente. En este caso puede exigirse de él la pena íntegra, o bien a los demás herederos la porción correspondiente, salvo a estos la acción de regreso contra aquel por cuyo hecho se haya incurrido en la pena. Se trata pues del supuesto en el cual la pena se ha pactado para que no pueda hacerse el cumplimiento parcial de la obligación principal³³⁴. Supongamos que A conviene en vender a B un automóvil, obligándose a pagarle Bs. 100 por cada día de retraso en efectuar la transmisión de la propiedad. Antes de la fecha fijada para la transmisión, A fallece y deja como herederos a C y D. Supongamos que X embarga la porción indivisa de C. La culpa de C impide a B obtener la satisfacción de su crédito *in totum*, porque la prestación debida no puede ser objeto de cumplimiento parcial. Pues bien, en tal caso como la pena se ha estipulado con el objeto de que el cumplimiento no pudiera ser parcial y uno de los deudores (C) impide el cumplimiento total de la obligación, el acreedor puede exigir de él la pena íntegra. Pero precisamente como la pena se ha estipulado para asegurar el pago total, cada uno de los deudores ha asumido frente al acreedor el compromiso de que la obligación se cumpla totalmente. Se explica así que si el cumplimiento total no se ha producido, los co-deudores que por su parte cumplieron la obligación (en este caso, D), responden por su parte en la pena, salvo el derecho de reembolso que les corresponda contra el deudor que impidió la ejecución de la obligación (C)³³⁵.

b-3) Pena indivisible

En las precitadas disposiciones legales se supone que la pena consiste en una prestación divisible. Pero, ¿qué sucede cuando la pena consiste en una cosa o en un hecho indivisible?

334 Cfr: BAUDRY-LACANTINERIE, G y BARDE, L.: *loc. cit.* p. 456-457; BOZZI, Aldo: *op. cit.* p.p. 239-240; GASCA, Cesare Luigi: *loc. cit.* p. 911.

335 Cfr: BOZZI, Aldo: *loc. cit.*

La situación se resuelve aplicando los principios generales: La pena indivisible puede exigirse de cada uno de los deudores³³⁶. En efecto, si el cumplimiento de la obligación indivisible puede exigirse a cualquiera de los deudores (Código Civil, 1.254), es lógico que la pena indivisible pactada como garantía en favor del acreedor siga el mismo régimen. Supongamos que A y B convienen en pagar a C un millón de bolívares pactando que para el caso de incumplimiento le entregarán, en concepto de cláusula penal, un lote de terreno no susceptible de división. A le paga a C su parte en la deuda, o sea, quinientos mil bolívares. Pero B incumple. Pues bien, en tal caso el acreedor puede exigirle a cada uno de los deudores el pago de la pena completa, pudiendo el deudor demandado hacer valer los derechos que le concede el artículo 1.256 del Código Civil³³⁷. De ahí que si A es forzado a pagar la pena, tendrá recurso de regreso contra B (arg.: *ex art.* 1.256 del Código Civil). Pero adicionalmente, habiendo mediado cumplimiento parcial de la obligación principal, podrá exigir de C la restitución de lo pagado, es decir, de la parte de la prestación principal pagada por B. Lo contrario representaría no sólo un enriquecimiento sin causa para el acreedor que cobraría dos veces en detrimento del deudor (A), sino que implicaría violar la regla contenida en la segunda disposición del artículo 1.258 que le impide al acreedor acumular la prestación principal y la pena.³³⁸ Por último, ni siquiera es necesario decir, puesto que es evidente, si B pagó la pena no tendrá recurso de regreso contra C por ser aquel el deudor por cuya culpa la obligación no se cumplió.

b-4) Pena solidaria

Por último, si varias personas se han comprometido solidariamente al pago de la pena, el acreedor puede exigir la totalidad de la pena a cualquiera de los codeudores, de acuerdo con los principios generales que rigen el cumplimiento de las obligaciones solidarias³³⁹.

336 *Cfr.* BAUDRY-LACANTINERIE, G y BARDE, L.: *loc. cit.* p.p. 454-455; LAURENT, F.: *loc. cit.* p. 493; RICCI, Francisco: *op. cit.* Tomo XIII. p. 293; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: *op. cit.* p. 32.

337 *Cfr.* MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General... cit.* p. 581.

338 *Cfr.* KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *op. cit.* p. 274.

339 A esta situación se refiere expresamente el artículo 1.248 del Código Civil peruano según el cual “si la cláusula penal fuera solidaria, pero divisible, cada uno de los deudores queda obligado a satisfacerla íntegramente”.

c) Pluralidad de acreedores

La ley no regula la situación en la cual son varios los acreedores que tienen el derecho a exigir el cumplimiento de la pena. Por lo cual, se requiere aplicar los principios generales. Veamos pues cuáles son los distintos supuestos que pueden presentarse.

c-1) Obligación principal divisible y pena divisible

Si la obligación principal y la pena son divisibles, no hay problema. Si el crédito se divide entre varios acreedores, sólo puede exigir la pena el co-acreedor que no haya sido satisfecho y sólo tendrá derecho a exigir la parte que proporcionalmente le corresponda en la pena divisible. Supongamos que A vende a B y C la cantidad de veinte mil toneladas de arroz, conviniendo en pagarles una cláusula penal de dos mil bolíva-res por cada día de retraso en la entrega. A entrega a B diez mil toneladas, pero no le entrega las diez mil restantes a C. Sólo C puede exigir la pena y por la parte que le corresponde, esto es, a razón de mil bolívares por cada día de retraso en la entrega³⁴⁰.

c-2) Obligación principal divisible y pena indivisible

Si la obligación principal se divide a favor de varios acreedores, sólo puede pedir el cumplimiento de la cláusula penal el co-acreedor que no haya sido satisfecho y tendrá derecho a exigir la totalidad de la pena, si esta es indivisible. Supongamos que A vende a B y C cincuenta mil toneladas de arroz estipulándose como cláusula penal para el caso de incumplimiento de la obligación de efectuar la tradición, la entrega de un inmueble determinado. A entrega a B veinticinco mil toneladas, pero no le entrega las restantes a C. C tiene derecho a exigir la totalidad de la pena por ser esta una cosa indivisible.

Ahora bien, esta hipótesis determina que la situación del deudor que incumple la totalidad de la obligación resulta más favorable que la

340 Cfr: LAURENT, F.: *loc. cit.* p. 497; BOZZI, Aldo: *loc. cit.* p. 240; GASCA, Cesare Luigi: *loc. cit.* p.p. 913-914; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: *loc. cit.*

del deudor que cumplió parcialmente. En el primer caso, A debería pagar sólo la pena; en cambio, en el segundo, debe la pena y pierde lo entregado. En este supuesto debido a la ejecución parcial de la obligación principal, resulta aplicable la reducción judicial del monto de la pena conforme a lo dispuesto en el artículo 1.260 del Código Civil. La dificultad estriba en determinar cómo se procede a dicha reducción habida cuenta del carácter indivisible de la pena. La doctrina afirma que en este caso, en virtud del pago de la totalidad de la pena el deudor (A) tiene una acción contra el acreedor que recibió el pago total de la pena (C), por el valor en que se estime el pago efectuado al acreedor que recibió en pago su parte del crédito (B). Esta acción se fundamenta en el enriquecimiento sin causa del acreedor que recibe la pena *in totum* en detrimento del deudor que pagó dos veces puesto que además de pagar la pena completa, pagó parcialmente la obligación principal³⁴¹.

c-3) Obligación principal indivisible y pena divisible

Si la obligación principal es indivisible pero el objeto de la pena es divisible, salvo pacto en contrario, si el deudor incumple la obligación principal los acreedores no pueden exigirle el cumplimiento de la totalidad de la pena; sólo pueden hacerlo a prorrata de su parte en el crédito. La indivisibilidad de la obligación principal, dice la doctrina, no se comunica a la pena³⁴². En efecto, la pena es la compensación de los daños y perjuicios causados por la inejecución de la obligación principal y, por tanto, se divide entre todos los acreedores del mismo modo como se divide entre ellos el crédito por la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento³⁴³. Supongamos que A vende a B un cuadro de un afamado pintor conviniéndose en que la falta de entrega dará lugar al pago de una cláusula penal de cien mil bolívares. B fallece y deja como herederos a C y D. Desde luego si A le entrega el cuadro a C, se libera de la obligación frente a D (Código Civil, artículo 1.255). Pero si A

341 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *op. cit.* p. 282; LLAMBÍAS, Joaquín: *op. cit.* Tomo I. p.p. 429-430.

342 BAUDRY-LACANTINERIE, G y BARDE, L.: *loc. cit.* p.p. 457-459 y ss.; BOZZI, Aldo: *loc. cit.*

343 Cfr. LAURENT, F.: *loc. cit.* p. 498; GASCA, Cesare Luigi: *loc. cit.* p. 240; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: *loc. cit.*

incumple, y C y D optan por exigir el cumplimiento de la cláusula penal, cada uno de ellos sólo puede reclamarla en proporción a sus respectivas cuotas hereditarias.

d) Pluralidad de deudores y acreedores

Si hubiera pluralidad de deudores y acreedores se aplican los mismos principios antes examinados y se combinan las soluciones que hemos expuesto anteriormente.

Si la pena fuere indivisible, cualquier acreedor podrá reclamar de cualquier deudor la totalidad de la pena; si fuere divisible, cada acreedor podrá reclamar de cada deudor la parte que a este le corresponda en el derecho de ese acreedor³⁴⁴. Por ejemplo, si la cláusula penal es de doscientos setenta mil bolívares y hay tres acreedores y tres deudores, cada uno de los acreedores sólo podrá reclamar de cada uno de los deudores la suma de treinta mil bolívares (1/3 de 1/3).

344 Cfr: BORDA, GUILLERMO A.: *op. cit.* Tomo I. p. 228; PEIRANO FACIO, Jorge: *op. cit.* p.p. 302-303.

CAPÍTULO IX

EXTINCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

La cláusula penal se extingue por vía de consecuencia cuando se extingue la obligación principal a la cual se adjunta, o por vía principal por extinción de la pena misma.

1. EXTINCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL POR VÍA DE CONSECUENCIA

Como la cláusula penal está destinada a reforzar el cumplimiento de una obligación principal, cuando esta deja de existir por cualquiera de los medios de extinción de las obligaciones, la cláusula penal se extingue también. Desaparecido el vínculo cuyo cumplimiento se garantiza mediante la cláusula penal, esta ya no tiene ninguna razón de ser y, por ende, cesa igualmente en sus efectos. El Código Civil no consagra expresamente esta regla, pero la misma se deduce del carácter accesorio de la pena³⁴⁵ (*supra*, N° IV,1,b,b-1).

Veamos algunas particularidades que en sede de cláusula penal derivan de la aplicación de este principio.

El pago de la obligación principal, por supuesto, extingue la pena. Pero el único pago que produce esta consecuencia es el total ya que el

345 En cambio, el Código Civil sí prevé expresamente la extinción de otros contratos accesorios como consecuencia de la extinción de la obligación principal. Así en materia de fianza, el artículo 1.830 establece que “la obligación del fiador se extingue por la extinción de la obligación principal y por las mismas causas que las demás obligaciones”. Del mismo modo, la hipoteca, dice el artículo 1.907, se extingue por la extinción de la obligación principal.

pago parcial aceptado por el acreedor lo que da lugar es a la reducción judicial de la pena conforme a lo dispuesto en el artículo 1.260 del Código Civil (*supra*, N° IV,5,d,d-3).

De acuerdo con las reglas de la *imputación legal del pago*, el pago debe imputarse primero sobre la deuda vencida y entre varias deudas vencidas sobre la que ofrezca menos seguridades para el acreedor (Código Civil, artículo 1.305). Como el crédito simple ofrece menos seguridades al acreedor que aquel provisto de una cláusula penal, el pago que no alcance a pagar todas las deudas vencidas debe imputarse a la deuda simple, antes que a la garantizada con cláusula penal³⁴⁶.

Por otra parte, como el pago hecho a cuenta de capital e intereses si no fuere íntegro se imputa primero a los intereses (Código Civil, artículo 1.303), si el deudor debe la obligación principal y una cláusula penal moratoria y efectúa un pago que no alcance a cancelar una y otra deuda, la doctrina admite que salvo pacto en contrario el pago debe imputarse primero a la cláusula penal y luego a la obligación principal³⁴⁷. En efecto, así como el acreedor no está obligado a aplicar primero el pago a su crédito fructífero, tampoco está obligado en caso de pago parcial a reducir la obligación principal que da lugar a la aplicación de la pena.

Si se trata de un *pago con subrogación*, como el crédito pagado por el *solvens* subsiste en su beneficio con todos sus accesorios, este puede hacer valer la cláusula penal que accede al crédito primitivo (arg.: *ex art.* 1.299 <ordinales 1° y 2°> del Código Civil)³⁴⁸.

346 Cfr. MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.* Tomo II. p. 424.

347 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *op. cit.* p. 298.

348 En la doctrina nacional, Mélich-Orsini al referirse a los efectos del pago con subrogación expresa que “la subrogación implica en principio la sucesión en los accesorios del crédito pagado” (MÉLICH-ORSINI, José: *El Pago*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 86. Caracas, 2010 p. 201). En la doctrina francesa moderna Cabrillac se ha encargado de señalar que se entiende por accesorios del crédito “todo derecho o acción que incide favorablemente sobre la extensión o las modalidades de la prestación debida, o que proporciona algún medio directo o indirecto para obtener dicha prestación, o en fin que sanciona su inexecución por parte del deudor” (CABRILLAC, M.: “Les accessoires de la créance” en *Études A. Weill*. Dalloz. París, 1983. p. 170). En fin, no hay duda que la cláusula penal constituye un accesorio del crédito. Cfr. MAZEAUD, Denis: *op. cit.* p. 104.

Por último, si el acreedor recibe en pago del deudor algo distinto de lo debido se extingue la obligación principal y también la cláusula penal. Pero en caso de que la *dación en pago* sea nula porque el acreedor sufra evicción de la cosa dada en pago, renace el antiguo crédito junto con la cláusula penal que a él iba adherida. El artículo 1.834 sólo libera en tal caso al fiador. Por lo cual, los demás accesorios y garantías del crédito, incluyendo la cláusula penal, resurgen junto con él³⁴⁹.

En caso de que se produzca *novación*, se extingue la cláusula penal junto con sus accesorios, incluyendo la cláusula penal que caucionaba la obligación extinguida. Sólo si el acreedor hace reserva expresa de la cláusula penal y el deudor consiente en ello, la misma subsiste asegurando el nuevo crédito surgido de la novación (arg.: *ex arts.* 1.320 y 1.321 del Código Civil). Si la cláusula penal hubiere sido constituida por un tercero, se requiere el consentimiento de este último para que la obligación accesoria subsista en garantía del nuevo crédito.

En relación con la *compensación*, extinguida la obligación principal desaparecen todos sus accesorios y garantías, incluyendo la cláusula penal. Esto es obvio. Si la compensación fuere parcial, la cláusula penal se extingue también parcialmente, salvo que la pena fuere indivisible.

Por otra parte, así como el fiador puede oponer la compensación al acreedor de lo que este deba al deudor principal (Código Civil, artículo 1.336), si la cláusula penal hubiese sido constituida por un tercero, este como deudor subsidiario, puede igualmente compensar su deuda con lo que el acreedor deba al deudor principal (*eadem ratio legis*).

La remisión de la deuda produce la extinción de la cláusula penal que, como se dijo, es un mero accesorio de la obligación principal.

De la misma manera cuando se produce la extinción de la obligación por la *confusión* en la misma persona de las cualidades de acreedor y de deudor, la cláusula penal se extingue también puesto que lo accesorio sigue la suerte de lo principal (*supra*, N° IV,1,b,b-1).

349 En contra, en la doctrina argentina, Kelmelmajer De Carlucci afirma que la cláusula penal no revive por efecto de la evicción de la cosa dada en pago; por lo cual, los daños y perjuicios, en tal caso, deben liquidarse de acuerdo con las reglas del Derecho común. (*loc. cit.* p. 299).

La prescripción de la acción para exigir el cumplimiento de la obligación principal produce la pérdida del derecho a exigir la ejecución de la pena, como accesorio que es de la obligación prescrita. Como el acreedor, en razón de la prescripción ya no tiene acción para exigir el pago de la prestación principal, ya no cabe, por hipótesis, hablar de un incumplimiento imputable al deudor que es uno de los requisitos para la exigibilidad de la cláusula penal³⁵⁰.

Por último, como ya dijimos, si la obligación principal se extingue por *causa extraña no imputable* antes de que el deudor haya incurrido en mora, queda también extinguida la cláusula penal (*supra*, N° VII,2). En efecto, la cláusula penal, dice el artículo 1.258, es la indemnización de los daños y perjuicios causados por la inejecución de la obligación principal y, como es bien sabido, el deudor queda liberado de la obligación de pagar daños y perjuicios cuando dicha inejecución obedece a una causa extraña no imputable (Código Civil, artículo 1.271), antes de que este haya incurrido en mora (Código Civil, artículo 1.344).

2. EXTINCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL POR VÍA PRINCIPAL

a) *Introducción*

Pero la cláusula penal no sólo puede extinguirse como consecuencia de la extinción de la obligación principal cuyo cumplimiento garantiza, sino por causas propias de la cláusula penal. En atención a su naturaleza obligacional, la cláusula penal se extingue por cualquiera de los medios de extinción de las obligaciones previstos en la ley, a saber, el pago, la compensación, etc. A la obligación surgida de la cláusula penal se le aplica pues el régimen general contenido en los artículos 1.282 al 1.353 del Código Civil referente a la extinción de las obligaciones, cuyo estudio pormenorizado excede de los límites de este trabajo.

Por consiguiente, sólo nos referiremos a continuación, en forma por demás sintética, a algunas peculiaridades que reviste la extinción de la cláusula penal considerada en si misma, especialmente en lo concer-

350 *Cfr.* ENNECERUS, L., KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.* Tomo II. Vol. I. p. 187, especialmente, la nota 4.

niente a la remisión de la pena y a la prescripción de la acción para exigir su cumplimiento.

b) Remisión de la pena

b-1. Principios generales

El acreedor puede remitir la pena de acuerdo con las reglas que gobiernan la remisión de la deuda.

La remisión de la pena –como la de toda deuda– puede ser expresa o tácita. La remisión expresa resulta de una manifestación de voluntad positiva y directa del acreedor de renunciar a la pena. La remisión debe ser notificada al deudor y no requiere de fórmulas solemnes o sacramentales.

La remisión tácita es la que se deduce de una determinada conducta del acreedor, o de un conjunto de circunstancias graves, precisas y concordantes de las cuales la autoridad judicial pueda razonablemente concluir que se produjo la remisión de la pena. Pero como la remisión es de interpretación estricta, en caso de duda el juez debe mantener la cláusula penal³⁵¹.

b-2. Problemas que suscita la remisión tácita de la pena

Respecto de la remisión tácita de la pena, caben las siguientes consideraciones: ¿La prórroga para el pago de la pena implica una renuncia a exigir la cláusula penal moratoria? ¿Qué incidencia tiene en la pena moratoria la aceptación del cumplimiento tardío de la obligación principal? ¿La pasividad del acreedor en recibir el pago de la obligación principal implica una renuncia a exigir la pena moratoria ya devengada?

Pasamos a referirnos a cada uno de dichos planteamientos.

1) Se discute si cuando el acreedor concede al deudor una prórroga para el cumplimiento de la obligación principal se entiende que ha renunciado al pago de la cláusula penal establecida para el caso de retardo.

351 *Cfr.* LAURENT, F.: *op. cit.* Tomo XVII. p. 475; GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 908; PEIRANO FACIO, Jorge: *op. cit.* p. 315.

Según un sector de la doctrina, cuya opinión compartimos, hay que distinguir según que la prórroga se conceda antes o después que el deudor haya incurrido en mora. Si la prórroga se concede antes que el deudor cayó en mora en el cumplimiento de la obligación principal, no cabe duda que la cláusula penal no se debe. Pero si la prórroga se concede después que el deudor incurrió en mora, la prórroga no implica una renuncia a la pena moratoria puesto que la renuncia no se presume. Por lo cual, si el deudor pretende que la concesión de un nuevo plazo para el pago de la obligación principal implica la condonación de la pena, deberá acreditar esta circunstancia u obtener, conjuntamente con la prórroga, una explícita remisión de la pena en que incurrió³⁵².

2) Por otra parte, cuando la cláusula penal es moratoria, la aceptación tardía del pago de la obligación principal por el acreedor, sin reserva de su derecho a reclamar la cláusula penal, constituye un caso de renuncia tácita a prevalerse de los efectos de la mora y, por ende, al derecho de exigir la pena (*renuncia tácita*). La admisión del pago retardado sin protesta por parte del acreedor constituye pues un supuesto en el cual no es aplicable la pena en razón de la purga de la mora por haber renunciado tácitamente el acreedor a sus beneficios³⁵³. Esta solución se explica además por el carácter accesorio de la cláusula penal: Extinguida la obligación principal, se extingue la pena.

3) Debemos por último referirnos a la procedencia o improcedencia de presumir una renuncia a la cláusula penal moratoria por la mera actitud pasiva del acreedor en recibir el pago de la obligación principal.

La regla es que la mera actitud pasiva del acreedor no hace presumir una renuncia de su derecho a exigir la pena. Sin embargo, la

352 RICCI, Francisco: *op. cit.* Tomo XIII. p.p. 293-284, especialmente, la nota 1 y la jurisprudencia italiana allí citada; TRIMARCHI, Michele: *La Clausola Penale.... cit.* p. 99, especialmente, la nota 17 y la jurisprudencia de la Casación italiana allí citada. En contra, GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 907.

353 Para la doctrina del Código Civil Italiano de 1865, véase: GASCA, Cesare Luigi: *loc. cit.* Para la doctrina del Código vigente, véase: TRIMARCHI, Michele: *loc. cit.* En contra, DE NOVA, Giorgio: *op. cit.* p. 381; MAGAZZÙ, Andrea: *op. cit.* § 6. En el mismo sentido expuesto en el texto, en la doctrina y la jurisprudencia españolas, véase: SANZ VIOLA, Ana María: *op. cit.* p. 88, especialmente, la nota 201 y la jurisprudencia de los tribunales españoles allí citada.

jurisprudencia francesa registra un caso interesante resuelto en sentido contrario: El empresario de un servicio de transporte vendió su empresa, reservándose exclusivamente el transporte de dinero y del comercio de banco entre Marsella y Tolón. El comprador se obligó a no hacer este género de transporte, estipulándose una cláusula penal de 10.000 francos por concepto de daños y perjuicios. No obstante la cláusula, el vendedor traspasó al comprador un contrato para realizar este tipo de negocios que había celebrado con un tercero. El cesionario cumplió durante cinco años este contrato por su propia cuenta sin reclamación por parte del vendedor; después de este largo plazo, el vendedor exigió el cumplimiento de la obligación de no competir y reclamó el cumplimiento de la cláusula penal pactada. La Corte de Aix resolvió que había habido en este caso una renuncia al beneficio de la cláusula penal. Esta decisión fue confirmada por la Corte de Casación que sostuvo que se había extinguido la cláusula por todo el tiempo anterior a la demanda, sin perjuicio de que el incumplimiento futuro de la obligación de no hacer pudiera provocar la aplicación de la pena³⁵⁴.

Entendemos que fueron las circunstancias especialísimas que rodearon el caso concreto las que llevaron a la Corte de Casación francesa a considerar que se había producido una renuncia parcial tácita a la cláusula penal. Pero el principio general es que la mera actitud pasiva del acreedor ante actos de incumplimiento de la obligación principal, no puede hacer presumir una renuncia tácita de la cláusula penal, precisamente porque la interpretación de toda renuncia a un derecho tiene que ser restrictiva.

b-3. ¿Qué efectos produce la remisión de la pena?

Como indicamos poco antes, extinguida la pena por causas propias, la cláusula penal se tiene por no puesta. Por lo cual, en caso de incumplimiento de la obligación principal, la liquidación del daño, si lo hubiere, se realizará conforme a los principios generales que gobiernan el resarcimiento de los daños y perjuicios³⁵⁵.

354 Al respecto, véase: LAURENT, F.: *loc. cit.*

355 Cfr: MAZEAUD, Denis: *op. cit.* p. 92, especialmente, la nota 153 y la jurisprudencia francesa allí citada; GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 898; PIOLA, Giuseppe: *op. cit.* p. 372; MARTÍNEZ MAS, Francisco: *op. cit.* p. 82.

Pero en caso de remisión de la pena no puede sin más concederse al acreedor el derecho de reclamar los daños y perjuicios realmente causados por el incumplimiento de acuerdo con los principios generales de la responsabilidad civil contractual. De ahí que, salvo que se trate de una cláusula penal acumulativa, al acreedor que renuncie a la pena no le asiste el derecho a reclamar la indemnización integral de los daños y perjuicios conforme a lo dispuesto en los artículos 1.273, 1.274 y 1.275 del Código Civil³⁵⁶. Admitir lo contrario implicaría vaciar de todo contenido el artículo 1.276 que le impide al acreedor pedir una cantidad mayor por concepto de daños y perjuicios cuando la determinación de los mismos se ha hecho bajo la fórmula de cláusula penal. En efecto, al acreedor advertido de que la cláusula penal le resultará insuficiente para la compensación de los daños y perjuicios que le producirá el incumplimiento, le bastará con renunciar a la pena para entonces exigir la totalidad del resarcimiento. Esta solución no es admisible en un sistema como el nuestro donde la estipulación de una cláusula penal le confiere el derecho al deudor de no pagar por razón de daños y perjuicios una cantidad mayor a la estipulada como pena. Dicho en otros términos, el acreedor no puede unilateralmente frustrar el derecho del deudor de no verse obligado a pagar, por concepto de daños y perjuicios, una cantidad que exceda el monto de la pena. Por consiguiente, la renuncia a la cláusula penal produce como consecuencia que el acreedor queda privado del ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria³⁵⁷.

Con esta salvedad, la remisión de la pena no incide sobre la suerte de la obligación principal que subsiste por sí sola como si desde un principio se hubiese contraído sin cláusula penal. En efecto, la sola remisión de la pena no permite concluir que se ha hecho remisión de la obligación principal que ella garantizaba, puesto que lo principal no sigue la suerte

356 Cfr. GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 900; MAGAZZÙ, Andrea: *op. cit.* § 6 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *op. cit.* p. 308.

357 La solución legal es diferente en el Código Civil alemán en donde la renuncia a la pena no priva al acreedor del ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria (B.G.B., § 340.2). Esto se explica porque según el sistema del B.G.B., la cláusula penal opera como una indemnización mínima pudiendo siempre el acreedor reclamar los mayores daños, esto es, los que excedan el monto de la cláusula penal. Pero en nuestro sistema, esta solución implicaría convertir al artículo 1.276 en letra muerta, tal como se indica en el texto.

de lo accesorio. Pero esto no le impide al deudor invocar otros hechos y datos que, conjugados con la remisión de la pena, permitan razonablemente fundamentar la presunción de que se produjo la condonación de la deuda, precisamente porque dicha remisión no está sometida a formalidad alguna, admitiéndose, desde luego, que el acreedor pueda siempre efectuar la prueba en contrario.

c) Prescripción

Ante la ausencia de una disposición expresa que resuelva la cuestión, puede afirmarse que debido al carácter accesorio de la cláusula penal, la obligación de pagar la pena está sujeta a las mismas reglas aplicables a la prescripción de la obligación principal.

Sin embargo, la doctrina admite que, si la cláusula penal es moratoria y la pena consiste en el pago periódico, por años o periodos cortos, de sumas de dinero, la prescripción debe regirse por lo dispuesto en el artículo 1.980 que prevé para ese supuesto una prescripción breve de tres años.

Tal como afirma Pugliese, al referirse al fundamento del establecimiento de un breve lapso de prescripción en este supuesto:

“El fin que predomina en el dispositivo es impedir la ruina del deudor, que la excesiva tolerancia del acreedor, inesperada a veces con un malicioso propósito, siempre culpable y que con frecuencia produciría la superación del capital en el breve transcurso de años; por las anualidades acumulándose unas sobre otras, especialmente si las deudas son préstamos con altos intereses”³⁵⁸.

Si la finalidad de la prescripción breve prevista en el artículo 1.980 es impedir que el deudor pueda arruinarse mediante una continua y sucesiva acumulación de pagos correspondientes a réditos, por contraste con aquellas otras deudas cuyo objeto es la prestación de un capital que están

358 PUGLIESE, Guisepe citado por MÉLICH-ORSINI, José: *La prescripción extintiva y la caducidad*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 58. Caracas, 2002. p. 191.

sujetas al lapso ordinario de prescripción, ese mismo perjuicio puede producirse con el pago de una pena moratoria estipulada bajo la modalidad de pagos periódicos, que por una sucesiva acumulación de pagos puede producir la ruina del deudor. Por lo cual, las penas moratorias que deben pagarse por años o períodos más cortos quedan subsumidas dentro del supuesto de hecho previsto en el artículo 1.980³⁵⁹.

Por último, *el plazo de prescripción de la pena* comienza a correr desde que esta se hace exigible, salvo que las partes hayan convenido otra cosa.

Como la pena está sujeta a la *conditio iuris* de que el deudor incurra en incumplimiento de la obligación principal (*supra*, N° VII,2), es a partir de ese incumplimiento que la pena se hace exigible y se inicia el cómputo del plazo de prescripción para reclamar el pago de la pena (Código Civil, artículo 1.965, ordinal 2°).

359 Cabe hacer notar, sin embargo, que la jurisprudencia de nuestros tribunales ha interpretado esa disposición de manera estricta. Al respecto, véase: Sentencia del 14-06-1977 en Ramírez & Garay. Tomo LVI. p. 462; Sentencia del 02-07-1981 en Ramírez & Garay. Tomo LXXIV. p. 147.

CAPÍTULO X

LA CLÁUSULA PENAL SEGÚN LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT

1. INTRODUCCIÓN

Los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales o *Principios de Unidroit*³⁶⁰ son reglas generales que se aplican cuando las partes han convenido en someter el contrato a sus disposiciones. También pueden aplicarse cuando las partes han acordado que su contrato se rija por “los principios generales del derecho”, la “*lex mercatoria*” o expresiones semejantes. Cada vez es más frecuente en la contratación internacional que las partes convengan en que el contrato se rija por estos principios. Además, según un sector de la doctrina nacional, la remisión que hacen los artículos 29 y 31 de la Ley de Derecho Internacional

360 Los Principios de Unidroit son los principios o reglas generales sobre los contratos comerciales internacionales preparados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (“Unidroit”) en 1994 y ampliados, posteriormente, en 2004 y en 2010. Persiguen la unificación o armonización del derecho aplicable a la contratación mercantil internacional y sirven como modelo para la legislación en el campo nacional e internacional. El texto de estos principios puede consultarse en idioma español en la página web: www.unidroit.org. Los comentarios oficiales a estos principios están disponibles en los idiomas inglés y francés en la página web: www.unidroit.org/english/principales/civilprocedure/main. Los ejemplos utilizados en esta sección han sido tomados de los comentarios oficiales al artículo 7.4.13 de los *Principios de Unidroit*. En la doctrina nacional, en relación con los Principios de Unidroit, véase: RODNER, James Otis: “Los Principios de Unidroit. Su aplicación en Venezuela y en el Arbitraje Internacional” en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Eventos. N° 18. Caracas, 2005. p.p. 147 y ss.; MARTÍNEZ, Jaime: “Anotaciones sobre los Principios de Unidroit” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*. N° 51. Caracas, 1997. p.p. 199 y ss.

Privado³⁶¹ a los principios del Derecho Comercial Internacional incluye la aplicación de los *Principios de Unidroit*. Por lo cual, de seguirse este criterio, en Venezuela estos principios serían aplicables, como complemento de las normas legales venezolanas, a todos los contratos comerciales internacionales, independientemente de que las partes hayan convenido o no en que su contrato se rija por dichos principios³⁶².

2. UTILIZACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

Cada vez es más frecuente que los comerciantes recurran a la utilización de cláusulas limitativas de responsabilidad y de cláusulas penales en sus contratos internacionales. El operador internacional procura un adecuado manejo de sus riesgos, sobre todo en el plano jurídico, cuando su responsabilidad puede resultar comprometida como consecuencia de las transacciones comerciales en las cuales interviene. Por ejemplo, si un proveedor hace despachos de maquinaria que tienen un valor unitario de 20.000 francos suizos a una empresa industrial, él no desea ver comprometida ilimitadamente su responsabilidad si, por ejemplo, como consecuencia de la falta de suministro oportuno, se produce la interrupción de las actividades de la empresa que le ocasiona pérdidas significativas a escala internacional.

La inclusión de una cláusula penal en el contrato de compra-venta internacional le permite asimismo al acreedor liberarse de la necesidad

361 La Ley de Derecho Internacional Privado fue publicada en la Gaceta Oficial N° 36.511 de fecha 6 de agosto de 1998. Los artículos 29 y 31 de esta ley dicen textualmente: “Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes.” (Artículo 29). “Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.” (Artículo 31).

362 Sin embargo, cuando las partes de un contrato comercial internacional han convenido expresamente en la aplicación de la ley sustantiva venezolana, esto de por sí excluye la aplicación de cualquier otro ordenamiento distinto del Derecho sustantivo venezolano, así se trate de una ley extranjera, la *lex mercatoria* o los principios de UNIDROIT. Así lo dejó establecido la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en el laudo dictado el 21 de marzo de 2007 en el caso Enel Trade S.P.A. contra Bitúmenes de Orinoco S.A. (Caso N° 13750/CCO. ¶365, p. 80). (Consultado en original).

de probar la cuantía del daño. Muchas veces es más conveniente convenir anticipadamente en el monto de los daños y perjuicios indemnizables que tener luego que probar las pérdidas sufridas y negociar el monto de la compensación a ser pagada, sobre todo en los casos en los cuales la cuantificación de los daños experimentados resulta difícil y costosa³⁶³. En fin, dichas cláusulas le permiten a las partes de un contrato internacional limitar el monto del daño indemnizable dentro de ciertos límites mutuamente aceptables³⁶⁴.

Además, se afirma, en la contratación internacional la cláusula penal es la mejor manera de asegurarse contra el riesgo del incumplimiento: Por un lado, los costos de transacción de un seguro por operaciones internacionales son bastantes elevados; y por el otro, si es el deudor quien en caso de inejecución debe pagar la pena, es dable suponer que él hará todo lo posible por cumplir la prestación principal³⁶⁵.

A escala internacional, el manejo adecuado de los riesgos de la contratación es objeto de especial atención. Se explica así el uso generalizado de cláusulas penales en la contratación internacional y que los *Principios de Unidroit* hayan contemplado reglas aplicables a los pagos estipulados para el caso de incumplimiento.

3. PAGO ESTIPULADO PARA EL CASO DE INCUMPLIMIENTO

a) *Disposición general*

Los *Principios de Unidroit* consagran la posibilidad de que las partes contratantes regulen las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato comercial internacional mediante

363 Al respecto, véase, EBERHARD, Stefan: *Les sanctions de l'inexécution du contrat et les Principes Unidroit*. Lausanne, 2005. p.p. 160 y ss.

364 Cfr: VAN DER MERSCH, Murielle et PHILIPPE, Denis: "L'inexécution dans les contrats du commerce international" en *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé* sous la direction de Marcel Fontaine. Bibliothèque de la Faculté de Droit de L'Université Catholique de Louvain, XXXII. Bruylant. Bruxelles. L.G.D.J. Paris, 2001. p.p. 767-768.

365 GOETZ, C. J. and SCOTT, R. E.: "Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach" en *Columbia Law Review*, 1977. p.p. 554-562 y 572-588.

la estipulación de un pago de una cantidad determinada para el caso de incumplimiento. En tal sentido el artículo 7.4.13 de los *Principios de Unidroit* dice textualmente:

“Pago estipulado para el incumplimiento

(1) Cuando el contrato establezca que la parte incumplidora ha de pagar una suma determinada a la parte perjudicada por tal incumplimiento, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar esa suma sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido.

(2) No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias.”

b) Campo de aplicación del artículo 7.4.13 de los Principios

El artículo 7.4.13 se intitula “*Pago estipulado para el caso de incumplimiento*”.

La expresión empleada para delimitar el campo de aplicación de esta disposición es muy genérica sin descender al aspecto casuístico, lo que se deja a la jurisprudencia internacional. En el Comentario Oficial N° 1 al artículo 7.4.13 se indica que esta disposición consagra intencionalmente una definición bastante amplia de estipulaciones para pagar una suma específica en caso de incumplimiento, ya sea que dicha cláusula persiga facilitar la restitución del resarcimiento lo que, en la tradición jurídica del *common law*, se conoce como *liquidación del monto del resarcimiento*, o bien disuadir el incumplimiento (*cláusula penal propiamente dicha*), o ambas finalidades³⁶⁶.

366 Al respecto, véase: Principios de Unidroit. Comentario oficial N° 1 al artículo 7.4.13 en *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*. International Institute for the Unification of Private Law. Rome, 2010. p. 284.

c) *Validez de la cláusula penal*

De acuerdo con el artículo 7.4.13 de los *Principios*, el pago estipulado para el incumplimiento es, en principio, válido. Esta solución es similar, en esencia, a la que consagran los ordenamientos de los países con un sistema de derecho continental de tradición romanista, incluyendo el Código Civil venezolano. En otros ordenamientos la solución legal es diferente. Así, por ejemplo en el *common law* las cláusulas penales propiamente dichas son inválidas; en cambio, las liquidaciones convencionales de daños y perjuicios son válidas. En el Derecho norteamericano, en virtud de la aplicación del *common law* en todo el territorio de la Unión salvo en Luisiana, la cláusula penal para ser válida debe reunir tres condiciones: que sea difícil o imposible evaluar de manera precisa el daño que resultará de un incumplimiento contractual; que las partes hayan tenido la intención de evaluar el daño y no de preveer un pena; y que la suma estipulada sea una evaluación razonable del eventual perjuicio³⁶⁷.

No es posible pues en los derechos anglosajones la existencia de cláusulas penales con función coercitiva: si por su monto la cláusula está dirigida a inducir al cumplimiento, es nula y la indemnización de daños y perjuicios se calcula conforme al régimen ordinario.

Como se dijo, la regulación contenida en los *Principios* se aparta del modelo del *common law* y admite la validez de este tipo de cláusula.

d) *Objeto*

El artículo 7.4.13 de los *Principios* se refiere a las estipulaciones contractuales que establecen que la parte incumpliente pagará una *cantidad determinada* en razón de su incumplimiento. Es esta una concepción bastante restrictiva de la cláusula penal puesto que esta puede tener por objeto no solamente el pago de una suma de dinero sino una retención por parte del acreedor de las cantidades que hubiere ya recibido (por

367 Cfr: HANOTIAU, Bernard: “La clause pénale en droit américain” en *Droit et Pratique du Commerce International*, 1982. p. 516; HANOTIAU, Bernard: “La détermination et l'évaluation du dommage réparable: principes généraux et principes en émergence” en *Transnational rules in International commercial arbitration*. París, 1993. p.p. 209 y ss.

ejemplo, en los casos de venta a plazos), o finalmente una prestación de dar alguna cosa o hacer algo por vía de pena (*supra*, N° III,3,b)³⁶⁸.

e) Carácter culposo del incumplimiento

Aunque el artículo 7.4.13 no establece como requisito para la procedencia del pago de la cláusula penal el incumplimiento imputable de la obligación derivada de un contrato internacional, el Comentario Oficial N° 1 a este artículo señala que el incumplimiento debe ser imputable a la parte incumpliente, salvo pacto en contrario. De donde resulta que la imputabilidad a título de dolo o culpa es, al igual que en la generalidad de los ordenamientos, uno de los requisitos para la aplicación de la cláusula penal, salvo que el deudor haya asumido claramente los riesgos de la contratación.

f) Carácter “forfetario” de la liquidación del daño indemnizable prevista por las partes

Siendo la cláusula penal una indemnización sustitutiva de los daños y perjuicios, cuando las partes de un contrato internacional estipulan el pago de una cantidad de dinero para el caso de incumplimiento no se aplica el régimen general del resarcimiento previsto en los artículos 7.4.1 y siguientes de los *Principios*. El acuerdo de las partes para regular las consecuencias del incumplimiento recibe aplicación preferente (*Principios de Unidroit, artículo 1.5*).

Por consiguiente, el acreedor no puede, mediando una cláusula penal, pretender exigir al deudor una cantidad mayor que la convenida en la cláusula, ni tampoco el deudor pretender liberarse entregando una cantidad menor que la fijada en la cláusula penal. La parte incumpliente no puede pues pretender entregar una cantidad menor que la pactada, so pretexto de que la parte perjudicada ha sufrido un daño menor o que no ha sufrido daño alguno, porque los daños se entienden sustituidos por la

368 No obstante, se admite que dentro del campo de aplicación de este artículo queda comprendida una cláusula en virtud de la cual una de las partes pueda retener sumas ya pagadas como parte del precio. Al respecto, véase: *Principios de Unidroit. Comentario oficial N° 4 al artículo 7.4.13 en Unidroit Principles... cit. p. 286.*

pena, sean mayores o menores que ella. Es el mismo régimen que trae el Código Civil venezolano (*supra*, N° VIII,3,a).

g) Reducción proporcional de la pena en caso de ejecución parcial del contrato

Si bien los *Principios* no contienen ninguna previsión especial al respecto, se admite que en caso de incumplimiento parcial puede reducirse proporcionalmente la cantidad estipulada para el supuesto de incumplimiento total³⁶⁹, a menos que las partes hayan acordado otra cosa. Esta es la misma solución que trae el artículo 1.260 del Código Civil venezolano (*supra*, N° IV,5,d,d-3).

h) Posibilidad de reducir la cláusula penal excesiva

El artículo 7.4.13 (2) permite la reducción de la suma estipulada si fuere manifiestamente excesiva “con relación al daño que resulte del incumplimiento y a las demás circunstancias del caso”. De acuerdo con esta misma disposición, se afirma, las partes no pueden excluir la posibilidad de reducir el monto de la cláusula por ningún motivo³⁷⁰.

Ahora bien, la posibilidad de reducir la suma estipulada no significa que dicha suma se fije por el juzgador internacional sobre la base de los daños y perjuicios efectivamente producidos por el incumplimiento. La suma estipulada sólo puede reducirse, pero no eliminarse totalmente, o fijarse con relación precisa al daño sufrido. Además, para que proceda la reducción por el juzgador se requiere que la suma estipulada sea “manifiestamente excesiva” es decir, que se perciba así por cualquier persona razonable³⁷¹.

El Comentario Oficial N° 3 al artículo 7.4.13 de los *Principios* trae el siguiente ejemplo de reducción de la suma estipulada por ser esta manifiestamente excesiva: “A” celebra un contrato con “B” para la compra

369 *Ibidem*. Comentario Oficial N° 2 al artículo 7.4.13. p. 260

370 FONTAINE, Marcel: “Les clauses exonératoires et les indemnités contractuelles dans les Principes d’UNIDROIT: Observations critiques” en *Uniform Law Studies*. 1998. p. 414.

371 Al respecto, véase: Principios de Unidroit. Comentario oficial N° 3 al artículo 7.4.13 en *Unidroit Principles... cit.* p.p. 285-286.

de maquinarias cuyo pago se prevé en cuarenta y ocho mensualidades de 5,000 euros cada una. Una cláusula del contrato habilita a “B” a resolver el contrato de inmediato en caso de que “A” deje de pagar una mensualidad, autorizando a “B” a quedarse con las sumas pagadas y reclamar los futuros abonos como resarcimiento. “A” deja de pagar la décima primera mensualidad. “B” se queda con los 50,000 euros ya pagados y reclama el pago de 190,000 euros, que representan las treinta y ocho mensualidades restantes, además de la restitución de las maquinarias. El tribunal reducirá la suma estipulada, ya que de lo contrario “B” percibiría un lucro desmedido a consecuencia del incumplimiento de “A”.

La jurisprudencia arbitral internacional, por su parte, registra algunos casos interesantes de reducción de cláusulas penales manifiestamente excesivas.

Así, un tribunal arbitral con sede en Helsinki invocó el artículo 7.4.13 (2) para reducir la pena convencionalmente fijada por las partes de un contrato internacional. Los hechos fueron los siguientes: La demandante, una sociedad anónima, había celebrado un contrato con los accionistas de otra sociedad. De acuerdo con los términos del contrato, la demandante tenía el derecho de adquirir de dichos accionistas el 51% de las acciones de la otra sociedad por un precio y en las condiciones acordadas. En el contrato se previó el pago de una indemnización, en caso de incumplimiento del contrato, equivalente al precio de la operación. Como consecuencia de la inejecución de obligaciones accesorias derivadas del contrato por parte de los vendedores, la demandante reclamó el pago de la indemnización. El tribunal arbitral estimó que la indemnización prevista en el contrato era demasiado elevada para el supuesto de incumplimiento de deberes accesorios; por lo cual, sólo acordó el pago de una parte de la misma a la demandante³⁷².

Otro tribunal internacional en un caso en el cual las partes convinieron en que el deudor pagaría al acreedor, por la demora en el pago de las cantidades adeudadas, una indemnización y, además, el pago de

372 Laudo (s/n) del 28-01-1998, Tribunal arbitral *ad hoc*, Helsinki, citado en BONELL, Michael Joachim: *The Unidroit Principles in Practice. Caselaw and bibliography on the principles of commercial contracts*. Transnational Publishers. Ardsley. New York, 2006. p. 717.

los intereses moratorios calculados a la tasa Libor, consideró que dicha indemnización era excesiva en relación con los daños y perjuicios experimentados por la demandante por el retardo en el pago. Por lo cual, rechazó el pago de esa indemnización³⁷³.

En otro caso en el cual las partes de un contrato de compra-venta internacional eran una sociedad rusa y otra búlgara, el tribunal con base en lo dispuesto en el artículo 7.4.13 (2) acordó reducir la indemnización prevista de 0.5% del precio de venta por cada día de retardo en el pago del precio por considerar este monto excesivamente elevado³⁷⁴.

Por último, conviene tener en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.4.13 (2) el juzgador internacional puede acordar la reducción del pago estipulado para el caso de incumplimiento cuando dicho pago se revele manifiestamente excesivo, “*no obstante cualquier pacto en contrario*”. Es el sistema que sigue actualmente el Código Civil francés según el cual toda estipulación contraria a la posibilidad de reducir la cláusula penal excesiva al respecto se reputa no escrita (*supra*, N° IV,5,c).

Este artículo es una de las pocas disposiciones imperativas de los *Principios*. Como es bien sabido, los *Principios*, en términos generales, tienen carácter dispositivo. Por lo cual, las partes pueden excluir, expresa o tácitamente, su aplicación, salvo que en los *Principios* se disponga algo diferente (artículo 1.5). Pues bien, la posibilidad de reducción del pago convenido para el caso de incumplimiento a que se contrae el artículo 7.4.13 (2) es una disposición de los *Principios* que tiene carácter imperativo. Por lo cual, cuando proceda la aplicación de dichos principios, no pueden las partes excluir o derogar la posibilidad de reducción de la pena manifiestamente excesiva por el juzgador internacional. Sin embargo, en atención a la naturaleza especial de los *Principios*, tal y como lo expresa

373 Laudo N° 8812 del 25-01-2001 de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de la Federación Rusa citado en BONELL, Michael Joachim: *Ibidem*. p. 921.

374 Laudo N° 229/1996 del 05-06-1997 de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa citado en BONELL, Michael Joachim: *Ibidem*. p. 683.

el Comentario Oficial N° 3 al artículo 1.5, la falta de observación de este precepto puede en la práctica carecer de consecuencias.

i) ¿Quid iuris respecto del aumento judicial de la pena?

El artículo 7.4.13 sólo prevé la reducción de la pena manifiestamente excesiva. Por consiguiente, de acuerdo con esta disposición la suma pactada no puede incrementarse cuando dicha suma sea menor que el daño efectivamente sufrido. Esta disposición no permite pues aumentar la pena estipulada, como sí lo permite el nuevo artículo 1.152 del Código Civil francés.

Cabe hacer notar, sin embargo, que conforme al artículo 7.1.6 de los *Principios*, una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una de las partes por incumplimiento “no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato”. Por consiguiente, una parte de un contrato internacional no puede prevalerse de una *cláusula exonerativa o limitativa de responsabilidad* cuando la invocación de dicha cláusula fuere contraria a las exigencias de la buena fe tomando en consideración la finalidad perseguida por las partes al contratar.

Ahora bien, como la cláusula según la cual la parte que no cumpla su prestación deberá pagar una suma determinada al acreedor por su incumplimiento, puede tener el mismo efecto que una cláusula limitativa de responsabilidad, se admite que el deudor no podrá en tal caso prevalerse de la cláusula penal, si al hacerlo ello fuere manifiestamente desleal teniendo en cuenta la finalidad del contrato. El Comentario Oficial N° 4 al artículo 7.1.6 trae el siguiente ejemplo ilustrativo de un supuesto de imposibilidad de reclamar la pena estipulada por configurarse un cuadro de circunstancias que torna manifiestamente injusta la ejecución de la cláusula penal pactada: “A” acuerda construir una fábrica a favor de “B”. El contrato incluye una cláusula penal de 10,000 dólares australianos por cada semana de retraso. La construcción no se completa dentro del plazo estipulado porque “A” deliberadamente suspende su labor para dedicarse a otro proyecto más lucrativo, cuya pena por falta de cumplimiento oportuno es mucho más alta. El daño emergente sufrido por “B” asciende a

20,000 dólares australianos por semana. En este supuesto, “A” no tiene derecho a hacer valer la cláusula penal y “B” puede ser indemnizado de todos los daños y perjuicios sufridos, debido a que el incumplimiento malicioso de “A” conforma un cuadro de circunstancias que hace notablemente injusta la ejecución de la cláusula penal pactada.

j) Cláusula penal y otras cláusulas similares

El pago estipulado para el incumplimiento debe distinguirse de la cláusula que le permite a una de las partes desligarse de sus obligaciones y retirarse del contrato comercial internacional mediante el pago de una indemnización (*multa penitencial*), o perdiendo las cantidades recibidas en garantía por el acreedor. La distinción tiene especial relevancia práctica puesto que en el primer caso, de acuerdo con los *Principios*, la suma estipulada podría estar sujeta a reducción por el juzgador internacional; en cambio, en los demás casos no.

El Comentario Oficial N° 4 al artículo 7.4.13 trae los siguientes ejemplos ilustrativos que permiten distinguir entre una cláusula penal sujeta a reducción y otras que no lo están, ni siquiera cuando sean manifiestamente excesivas.

1. “A” se compromete a vender un inmueble a “B” por 450,000 euros. “B” debe ejercer la opción a compra dentro de tres meses y debe pagar un depósito de 25,000 euros, que “A” tiene derecho a retener si “B” no ejerce su derecho de opción. Como no se trata de un pago estipulado para el caso de incumplimiento del contrato, esta cláusula no cae dentro del ámbito de aplicación de este artículo, y la suma no podrá reducirse aun si es manifiestamente desproporcionada en tales circunstancias.

2. “A” contrata con “B” el arrendamiento de una maquinaria que pertenece a “B”. El contrato prevé que en el supuesto de que “A” deje de pagar una sola mensualidad de alquiler, el contrato será resuelto y la suma ya pagada será retenida por “B” en concepto de indemnización por el daño sufrido. Esta cláusula sí se incluye dentro del ámbito de aplicación del artículo 7.4.13 y la suma acordada podría estar sujeta a reducción.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEDO SUCRE**, Carlos: “Cláusulas abusivas” en *El Código Civil Venezolano en los Inicios del siglo XXI*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2005.
- AGUILAR GORRONDONA**, José Luis: *Derecho Civil IV. Contratos y Garantías*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2000.
- ALBALADEJO**, Manuel: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forenses*. (Dirigidos por Manuel Albaladejo). Tomo XV. Vol. II. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1983.
- ALPA**, Guido: *Corso di Diritto Contrattuale*. Cedam. Padova, 2006.
- : *Manuale de Diritto Privato*. Cedam. Padova, 2008.
- AMORÓS GUARDIOLA**, M.: “La Garantía Patrimonial y sus Formas” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, 1972.
- AMUNATEGUI RODRÍGUEZ**, A.: *La Función Liquidatoria de la Cláusula Penal en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Editorial Bosch. Barcelona, 1993.
- AUBRY**, C. y **RAU**, C.: *Cours de Droit Civil Français*. Tome IV. Sixième édition. París, 1907.
- BARASSI**, Ludovico: *La Teoria Generale delle Obbligazioni*. Vol. III. Giuffrè Editore. Milano, 1948.
- BARBERO**, Doménico: *Sistema del Derecho Privado*. Vol. III (Obligaciones). Traducción castellana de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1.967.

- BAUDRY-LACANTINERIE, G y BARDE, L.:** “Des Obligations”. (Tome II) en *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*. Vol. XII. París, 1.900.
- BERNAD MAINAR, Rafael:** *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*. Tomo II. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 2006.
- BIANCA, M.:** *Diritto Civile*. Vol. V <La Responsabilità>.Milano, 1994.
- BONELL, Michael Joachim:** *The Unidroit Principles in Practice. Caselaw and bibliography on the principles of commercial contracts*. Transnational Publishers. Ardsley. New York, 2006.
- BONFANTE, Pedro:** *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción castellana de Baci y Larrosa. Editorial Reus, 1965.
- BORDA, GUILLERMO A.:** *Tratado de Derecho Civil (Obligaciones)*. Tomo I. La Ley. Buenos Aires, 2008.
- BORJAS H., Leopoldo:** “Régimen legal de los intereses” en *Los Intereses y la Usura. Estudios Jurídicos* (Autores varios). Editorial Revista de Derecho Mercantil. Caracas, 1988.
- BOZZI, Aldo:** Voz “Clausola Penale” en *Enciclopedia Giuridica Italiana*. Pubblicazione della Società Editrice Libreria, sotto la direzione di Pasquale Stanislao Mancini. Vol. XIII. Parte II. Milano, 1934.
- BUSSO, Eduardo:** *Código Civil Anotado Tomo IV*. Ediciones Ediar. Buenos Aires, 1958.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge:** *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1986.
- BUTERA, Antonio:** *Codice Civile Italiano. Obbligazioni*. Vol. I. Torino, 1943.
- CABRILLAC, M.:** “Les accessoires de la créance” en *Études A. Weill*. Dalloz. París, 1983.

- CARBONNIER**, Jean: *Derecho Civil*. Tomo II. Vol. II (El Derecho de las Obligaciones y la Situación Contractual). Traducción española de Manuel M^a Zorrilla Ruiz. Editorial Bosch. Barcelona, 1971.
- CARINGELLA**, Francesco y **DE MARZO**, Giuseppe: *Manuale di Diritto Civile*. Vol. II. (Le obbligazioni). Giuffrè. Editore. Milano, 2007.
- CÁCERES**, Horacio: “La cláusula penal en las obligaciones contractuales” en *Estudios de Derecho Privado. Homenaje al doctor Pedro León*. Córdoba, 1976.
- CARNELUTTI**, Francesco: “Sul risarcimento del danno in caso di risoluzione del contratto bilaterale per inadempimento” en *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, 1923, II.
- CARRESI**, Franco: *Il Contratto*. Milano, 1987.
- CARVALHO DE MENDONÇA**, Manoel: *Doutrina e Pratica das Obrigações*. Río de Janeiro, *s.d.*
- CASTÁN TOBEÑAS**, José: *Derecho Civil Español Común y Foral*. Tomo III. Editorial Reus. Madrid, 1992.
- CLEMENTE MEORO**, Mario E.: *La Facultad de Resolver los Contratos por Incumplimiento*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998.
- COLIN**, Ambrosio y **CAPITANT**, Henri: *Curso Elemental de Derecho Civil*. Tomo III. Traducción castellana por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1960.
- COLMET DE SANTERRE**, E.: *Cours Analytique du Code Civil*. Tome V. París, 1.873.
- COVIELLO Jr.**, Leonardo: “Clausola penale e risarcimento del danno” en *Il Foro Italiano*, 1933, Parte prima.
- CRISTÓBAL MONTES**, Ángel: *El Incumplimiento de las Obligaciones*. Editorial Tecnos. Madrid, 1985.

_____ : *La Mora del Deudor en los Contratos Bilaterales*.
Editorial Civitas. Madrid, 1984.

CROZE, H.: “Les sanctions de l’inexécution du contrat de crédit» en
Le Droit du Crédit au Consommateur. Obra colectiva dirigida por
Faldallah, I. París. 1982.

CHARTIER, Yves: *La Réparation du Prejudice*. Dalloz, 1983.

CHIRONI, G.P.: *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*. Vol. II. Torino,
1897-1903.

DALCQ, Roger: “Les clauses penales et les clauses abusives (Rapport
belge)” en *Les Sanctions de l’inexécution des Obligations Con-
tractuelles. Études de Droit Comparé* sous la direction de Marcel
Fontaine y Geneviève Viney. Bibliothèque de la Faculté de Droit
de l’Université Catholique de Lovain. Bruylant. Bruxelles, 2001.

DALMARTELLO, Arturo: Voz “Pegno Irregolare” en *Novissimo Di-
gesto Italiano*. T. XII. Torino, 1967.

DÁVILA GONZÁLEZ, Javier: *La Obligación con Cláusula Penal*.
Editorial Montecorvo, S.A. Madrid, 1992.

DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel: *El Contrato en General*. Tomo
VI. Pontificia Universidad del Perú. Fondo Editorial. Lima, 1999.

DE MARTINI, Angelo: *L’Eccesiva Onerosità nell’Esecuzione del
Contratto*. Giuffrè Editore. Milano, 1950.

_____ : Voz “Clausola Penale” en *Giurisprudenza Compara-
ta*. (Diritto Civile). Vol. IX. Milano, 1945.

DEMOLOMBE, C.: “Traité des contrats ou des obligations convention-
nelles en général” (Tome III) en *Cours de Code Napoleon*. Vol.
XXVI. París, 1870.

DEMOGUE, René: *Traité des Obligations en Général*. Tome VI. Ed
Rousseau. París, 1931.

- DE NOVA**, Giorgio: Voz “Clausola Penale” en *Digesto delle Discipline Privatistiche (Diritto Civile)*. Vol. II. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1988.
- DE PAGE**, Henri: *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. Tome III. (Les Obligations - Seconde Partie). Bruylant. Bruxelles, 1.948/1952.
- DE RUGGIERO**, Roberto: *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo II. Traducción castellana de Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Instituto Editorial Reus. Madrid, *s.d.*
- DÍEZ PICAZO**, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. II. (Las Relaciones Obligatorias). Editorial Aranzadi. Pamplona, 2008.
- DIGESTO ITALIANO**. Publicación de la Unione Tipografico-Editrice Torinese, bajo la dirección de Luigi Lucchini. Torino, 1897-1902.
- DIGESTO DELLE DISCIPLINE PRIVATISTICHE**. (Sezione civile). Publicación de la Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1988.
- DOMINICI**, Aníbal: *Comentarios al Código Civil Venezolano* Tomo II. Tipografía Universal. Caracas, 1904.
- DURANTON**, M.: *Cours de Droit Civil Francais suivant le Code Civil*. Tome II. Bruxelles, 1841.
- EBERHARD**, Stefan: *Les sanctions de l'inexécution du contrat et les Principes Unidroit*. Lausanne, 2005.
- EL CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA**. (arts. 1.250-1.268 y arts. 1.269-1.278). Publicación del Instituto de Derecho Privado. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1988.
- ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO**. Publicación de Giuffrè Editore, Milán, bajo la dirección inicial de Francesco Calasso.
- ENCICLOPEDIA GIURIDICA ITALIANA**. Publicación de la Società Editrice Libreria, bajo la dirección de Pasquale Stanislao Mancini, Milano, 1903.

- ENNECCERUS**, Ludwig y **LEHMANN**, Henrich: “Derecho de obligaciones” (Primera Parte. Doctrina General) en **ENNECCERUS**, Ludwig, **KIPP**, Theodor y **WOLF**, Martín: *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I. Vol. II. Traducción española con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1.954.
- ESPÍN CÁNOVAS**, Diego: “La cláusula penal en las obligaciones contractuales” en *Revista de Derecho Privado*. Tomo XXX. N° 348. Madrid, 1946.
- FLOUR**, Jacques, **AUBERT**, Jean-Luc y **SAVAUX**, Éric: *Droit Civil. Les Obligations. L’acte juridique*. Dalloz. París, 2006.
- FONTAINE**, Marcel: “Les clauses exonératoires et les indemnités contractuelles dans les Principes d’UNIDROIT: Observations critiques” en *Uniform Law Studies*. 1998.
- GALGANO**, Francesco: *Il Contratto*. Cedam. Padova, 2007.
- GARCÍA AMIGO**, Manuel: *Cláusulas Limitativas de la Responsabilidad Contractual*. Editorial Tecnos. Madrid, 1965.
- GARRIGUES**, Joaquín: *Contratos Bancarios*. Madrid, 1978.
- GASCA**, Cesare Luigi: *Tratatto della Compra-Vendita Civile e Commerciale*. Vol. I. U.T.E.T. Torino, 1.915.
- GAUDEMET**, Eugene: *Teoría General de las Obligaciones*. Traducción española de Pablo Macedo. Editorial Porrúa. México, 1974.
- GEISENBERGER**, V.: “Prêt D’Argent, Clause Pénale e Usure” en *Revue trimestrielle de droit civil*, 1966.
- GHESTIN**, Jacques: *Cause de l’Engagement et Validité du Contrat*. L.G.D.J. París, 2006.
- GHESTIN**, Jacques avec le concour de **BILLAU**, Marc: “Les obligations - Les effets du contrat” en *Traité de Droit Civil*. Tome III. L.G.D.J. París, 1992.

- GHIRÓN**, M.: “Della Clausola Penale e della Caparra” en *Commentario del Codice Civile (Obbligazioni)*. Vol. I. a cura di D’Amello e Finzi. Firenze, 1948.
- GIORGI**, Jorge: *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*. Vol. IV. Traducción al castellano por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Editorial Reus. Madrid, 1929.
- GIORGIANNI**, Michele: *La Obligación (Parte General de las Obligaciones)*. Traducción Castellana de Evelio Verdera y Taells. Bosch. Barcelona, 1958.
- GOETZ**, C. J. and **SCOTT**, R. E.: “Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach” en *Columbia Law Review*, 1977.
- GÓMEZ CALERO**, Juan: *Contratos Mercantiles con Cláusula Penal*. Editorial Civitas. Madrid, 1983.
- GORLA**, Gino: *El Contrato*. Traducción castellana de José Ferrandis Vilella. Bosch. Barcelona, 1959.
- GORRÍN**, Guillermo: “Desnaturalización de la cláusula resolutoria expresa” en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Asociación Venezolana de Derecho Privado. Serie Eventos. N° 23. Caracas, 2010.
- GURFINKEL DE WENDY**, Lilian: *Efectos de la Inflación en los Contratos. Reajuste según Cláusula de Estabilización*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1979.
- HANOTIAU**, Bernard: “La détermination et l’évaluation du dommage réparable: principes généraux et principes en émergence” en *Transnational rules in International commercial arbitration*. París, 1993.
- _____ : “La clause pénale en droit americain” en *Droit et Pratique du Commerce International*, 1982.

- HERNÁNDEZ GIL**, Félix: “Las Arras en el Derecho de la Contratación” en *Acta Salamanticensia. Derecho*. Tomo III. N° 2. Salamanca, 1958.
- HERNÁNDEZ QUINTERO**, Hernando: *Del Delito de Usura*. Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez. Medellín, 2004.
- HUC**, T: *Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil*. Tome VII. París, 1892/1903.
- JOSSERAND**, Louis: *Derecho Civil*. Tomo II. Vol. I (Teoría General de las Obligaciones). Traducción castellana de Santiago Cunchillos y Manterola. Bosch y Cia Editores. Buenos Aires, 1950.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI**, Aída: *La Cláusula Penal*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1981.
- KUMMEROW**, Gert: “Esquema del daño contractual resarcible según el sistema normativo venezolano” en *Indemnización de Daños y Perjuicios*. (Autores venezolanos). Ediciones Fabreton. Caracas, 1998.
- _____: “Anotaciones sobre la estructura y el mecanismo de la cláusula resolutoria expresa” en *Studia Iuridica* N° 2. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1958.
- LAGRANGE**, Enrique: “Retardo en el cumplimiento de obligaciones pecuniarias y depreciación de la moneda” en *Efectos de la Inflación en el Derecho*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Eventos N° 9. Caracas, 1994.
- LARROUMET**, Christian: *Teoría General del Contrato*. Vol. II. Traducción castellana de Jorge Guerrero R. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, 1999.
- LAURENT**, F.: *Principios de Derecho Civil*. Traducción castellana. Tomo XVII. Habana, 1.917.
- LE TOURNEAU**, Philippe: *Droit de la Responsabilité et des Contrats*. Dalloz. París, 2006.

- LOBATO DE BLAS**, Jesús María: *La Cláusula Penal en el Derecho Español*. Pamplona, 1974.
- LOS INTERESES Y LA USURA. ESTUDIOS JURÍDICOS.** (Autores varios). Editorial Revista de Derecho Mercantil. Caracas, 1988.
- LOKSAIER**, Fredj: *La Clause Pénale dans les Contrats Internes et dans les Contrats Internationaux*. Lausanne, 1.985.
- LÓPEZ HERRERA**, Francisco: *Derecho de Sucesiones*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1994.
- _____ : *La Nulidad de los Contratos en la Legislación Civil Venezolana*. Empresa El Cojo S.A. Caracas, 1952.
- LLAMBÍAS**, Joaquín: *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo I. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005.
- MADURO LUYANDO**, Eloy: *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*. Caracas, 1972.
- MADURO LUYANDO**, Eloy y **PITTIER SUCRE**, Emilio: *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*. Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2009.
- MAGAZZÙ**, Andrea: Voz “Clausola Penale” (Diritto Privato) en *Enciclopedia del Diritto*. Vol. VII. Aresè Giuffrè. Milano, 1960. Consultada en versión electrónica (DVD).
- MALAUURIE**, Philippe; **AYNÈS**, Laurent y **GAUTIER**, Pierre-Yves: “Les Contrats Spéciaux” en *Cours de Droit Civil*. Éditions Cujas. París, 2005.
- MALAUURIE**, Philippe, **AYNÈS**, Laurent y **STOFFEL-MUNCK**, Philippe: *Les Obligations*. Defrénois. París, 2005.
- MARINI**, Annibale: *La Clausola Penale*. Casa Editrice Jovene. Napoli, 1984.
- MARTÍNEZ**, Jaime: “Anotaciones sobre los Principios de Unidroit” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*. Nº 51. Caracas, 1997.

- MARTÍNEZ MAS**, Francisco: *La Cláusula Penal en el Contrato de Obra*. Las Palmas de Gran Canaria, 2005.
- MARTY**, Gabriel y **RAYNAUD**, Pierre: *Droit Civil*. Tome II. Premier volume. (Les Obligations). Sirey. París, 1962.
- MAZZARESE**, S.: *Le Obbligazioni Penale*. Padova, 1986.
- MAZEAUD**, Denis: *La Notion de Clause Pénale*. L.G.D.J. París, 1992.
- MAZEAUD**, H.L. y J. y **CHABAS**, François: *Leçons de Droit Civil*. Tome II. Premier volume. (Obligations. Théorie Générale). Montchrestien. París, 1998.
- MAZEAUD H.**, L. y **TUNC**, A.: *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Tomo III. Vol. II. Traducción castellana de Luis Alcalá Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa y América. Buenos Aires. 1977.
- MÉLICH-ORSINI**, José: *El Pago*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 86. Caracas, 2010
- _____ : *Doctrina General del Contrato*. Cuarta Edición. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios. N° 61. Caracas, 2006.
- _____ : *Modos de Extinción de las Obligaciones*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 60. Caracas, 2004.
- _____ : *La Resolución del Contrato por Incumplimiento*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 59. Caracas, 2003.
- _____ : *La Prescripción Extintiva y la Caducidad*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 58. Caracas, 2002.
- _____ : “La cláusula penal y sus efectos”. Transcripción de conferencia dictada en el marco de las Jornadas de Derecho celebradas en Maturín en el año 2000 y publicada en *Libro Homenaje a las X Jornadas Dr. Santiago Núñez Aristimuño*. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2000.

- _____ : “La ejecución forzosa de las obligaciones de hacer y de no hacer” en *Estudios de Derecho Civil*. Editorial Jurídica Alva. Caracas, 1986.
- _____ : “La mora del deudor en el Derecho venezolano” en *Estudios de Derecho Civil*. Editorial Jurídica Alva. Caracas, 1986.
- _____ : “Los verdaderos alcances de la prohibición del pacto comisorio en el Derecho venezolano y una errónea sentencia de la Corte Suprema de Justicia” en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*. Tomo II. Caracas, 1984.
- _____ : “La reparación de los daños por el juez” en *Estudios de Derecho Civil*. Vol. II. Ediciones Fabreton. Caracas, 1974.
- MESSINEO**, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo VI. Traducción castellana de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1971.
- _____ : *Doctrina General del Contrato*. Tomo I. Traducción castellana de R.O. Fontanarosa, S. Sentis Melendo y M. Volterra. Ediciones Ejea. Buenos Aires, 1952.
- MIRABELLI**, Giuseppe: “Delle obbligazioni – Dei contratti in generale” en *Commentari del Codice Civile*. U.T.E.T. Torino, 1980.
- MORLES HERNÁNDEZ**, Alfredo: *Garantías Mercantiles*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2007.
- MOSSET ITURRASPE**, Jorge: *Medios Compulsivos en Derecho Privado*. Ediar. Buenos Aires, 1978.
- MUCI-ABRAHAM**, José: *Cuenta Corriente Bancaria (Exégesis y Dogmática), Análisis de los Artículos 521 al 526 del Código de Comercio Venezolano*. Imprenta Universitaria de Caracas. Caracas, 1970.
- NOVISSIMO DIGESTO ITALIANO**. Publicación de la Unione Tipografico – Editrice Torinese, bajo la dirección de Antonio Azara y Ernesto Eula. Turín, 1957.

NUOVO DIGESTO ITALIANO: Publicación de la Unione Tipografico – Editrice Torinese, bajo la dirección de Mariano D’Amelio con la colaboración de Antonio Azara. Turín, 1937/1940.

OCHOA, Oscar: *Derecho Civil III*. Tomo II (Teoría General de las Obligaciones). Caracas, 2009.

_____ : “El Pacto Comisorio o Acuerdo Tácito o Expreso de Resolución de los Contratos Bilaterales por Incumplimiento de Alguna de las Partes de sus Obligaciones” en *Estudios de Derecho Civil*. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Vol. I. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2002.

PACIFICI-MAZZONI, Emidio: *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*. Vol. V. Firenze, 1873.

_____ : *Codice Civile Italiano Commentato*. Vol. III. Unione Tipografico – Editrice Torinese. Torino, 1929.

PAISANT, Giles: “Dix annes d’application de la reforme des articles 1152 et 1231 du Code civil: 1975-1985” en *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1985.

PEIRANO FACIO, Jorge: *La Cláusula Penal*. Editorial Temis. Bogotá, 1982.

PIOLA, Giuseppe: Voz “Clausola Penale” en *Digesto Italiano*. Vol. VII. Parte II. Pubblicazione della Unione Tipografico – Editrice Torinese, diretta da Luigi Lucchini. Torino, 1897-1902.

PLANIOL, Marcelo y **RIPERT**, Jorge: *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo VII. Traducción castellana de Mario Díaz Cruz. Cultural S.A. Habana, 1946.

PLANIOL, Marcel: *Traité Élémentaire de Droit Civil*. Tome II. París, 1.926.

POLACCO, Vittorio: *Le Obbligazioni nel Diritto Civile Italiano*. Padova, 1915.

POTHIER, R. J.: “Traité des Obligations” en *Oeuvres de Pothier*. Tome I. M. Siffrein. Paris, 1.821.

- PUGLIATTI, S.:** “Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico” en *Diritto Civile*. Milano, 1951.
- PULIDO MÉNDEZ, Víctor:** “Los Intereses Moratorios Correspectivos y Compensatorios en el Derecho Venezolano Vigente y en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil” en *Los Intereses y la Usura. Estudios Jurídicos*. (Autores varios). Caracas, 1988.
- RAVÀ, Adolfo:** *Istituzioni di Diritto Privato*. Padova, 1938.
- RICCI, Francisco:** *Derecho Civil Teórico y Práctico*. Tomo XIII. Traducción Castellana. Editorial Antalbe. Barcelona, *s.d.*
- RIONERO, Giovanni:** “Aspectos Jurídicos del Decreto Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso de los Bienes y Servicios” en *Comentarios a la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (LEDEPABIS)*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2009.
- RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean:** *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*. Traducción castellana de Delia García. Daireaux. Tomo IV. Buenos Aires, 1964.
- RIVAS ROMERO, Luis José:** *La Cláusula Penal*. Universidad Central de Venezuela. Tesis de Grado. Caracas, 1955.
- ROCA SASTRE, RAMÓN M^a y PUIG BRUTAU, José:** “La cláusula penal en las obligaciones contractuales” en *Estudios de Derecho Privado*. Vol. I (Obligaciones y Contratos). Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1940.
- ROCA TRÍAS, Encarna:** “Rasgos básicos de la regulación española en materia de negocios de garantía”, en *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil* <coordinado por Ubaldo NIETO CAROL y José Ignacio BONET SÁNCHEZ>. Tomo I. Parte General y Garantías Personales. Civitas. Madrid, 1996.
- RODNER, James Otis:** *El Dinero. Obligaciones de Dinero y de Valor. La Inflación y la Deuda en Moneda Extranjera*. Academia de Ciencia Políticas y Sociales. Caracas. 2005.

- _____: “Los Principios de Unidroit. Su aplicación en Venezuela y en el Arbitraje Internacional” en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Eventos. N° 18. Caracas, 2005.
- _____: “Notas sobre el Proyecto de Ley de Represión contra la Usura” en *Revista de la Bolsa de Valores de Caracas*. N° 368. Caracas, mayo-agosto 1979.
- RODRÍGUEZ TAPIA**, José Miguel: “Sobre la Cláusula Penal en el Código Civil” en *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XLVI. Fascículo I. Madrid, 1993.
- ROUJOU DE BOUBÉE**, M., E.: *Essai sur la Notion de Réparation*. L.G.D.J. París, 1974.
- RUIZ VADILLO**, E.: “Algunas Consideraciones sobre la Cláusula Penal” en *Revista de Derecho Privado*, 1975.
- ROSSI**, Gaetano: “*Pactum ne dolus praestetur e clausola penale*” en *Studi in Onore di Mariano D’Amelio*. Vol. III. Società Editrice del Foro Italiano. Roma, 1933.
- SALUDEN**, Marianne: “L’entendue du controle exercé par la Cour de Cassation sur les juges du fond en matière de clause pénale” en *Gazette du Palais*, 1984.
- SALVAT**, Raymundo M.: *Tratado de Derecho Civil Argentino*. (Obligaciones en General). Buenos Aires, 1941.
- SANILEVICI**, R.: “La Clause Pénale dans le Droit des Pays Socialistes” en *Revue Internationale de Droit Comparé*. 1980.
- SANOJO**, Luis: *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*. Tomo III. Imprenta Nacional. Caracas, 1.873.
- SANTORO PASSARELLI**, F.: *Doctrinas Generales del Derecho Civil*. Traducción al castellano de Luna Serrano. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1964.

- SANZ VIOLA**, Ana María: *La Cláusula Penal en el Código Civil*. José María Bosch Editor. Barcelona, 1994.
- SCOGNAMIGLIO**, Renato: “Contratti in Generale” en *Tratatto di Diritto Civile* diretto da Giuseppe Grosso y Francesco Santoro-Pasarelli. Milano, 1966.
- SCUTO**, Carmelo: *Teoria Generale delle Obbligazioni*. Vol. I. Napoli, 1953.
- SOMARRIVA UNDURRAGA**, Manuel: *Tratado de las Cauciones*. Santiago de Chile, 1980.
- STARK**, Boris: *Droit Civil (Obligations)*. París, 1972.
- STOLFI**, Nicola: “Le Obbligazioni in Generale” en *Diritto Civile*. Vol. III. Torino, 1932.
- TERRÉ**, François, **SIMLER**, Philippe y **LEQUETTE**, Yves: *Droit Civil. Les Obligations. 3. Le Rapport d’obligation*. Dalloz. París, 2005.
- TORRENTE**, Andrea: *Manuale di Diritto Privato*. Milano, 2007.
- TRABUCCHI**, Alberto: *Istituzioni di Diritto Civile*. Edizioni Cedam. Padova, 2005.
- TRIMARCHI**, Michele: *La Clausola Penale*. Giuffrè Editore. Milano, 1964.
- _____ : Voz “Clausola Penale” en *Novissimo Digesto Italiano* diretto de Antonio Azara e Ernesto Eula. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Vol. III. Torino, 1959.
- TRIMARCHI**, Pietro: *Istituzioni di Diritto Privato*. Giuffrè Editore. Milano, 2007.
- URDANETA FONTIVEROS**, Enrique: *Las Arras en la Contratación*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2010.
- _____ : “Los Principios Inmobiliarios Registrales en la Nueva Ley de Registro Público y del Notariado” en *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2010.

_____: *El Error, el Dolo y la Violencia en la Formación de los Contratos*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 83. Caracas, 2009.

VAN DER MERSCH, Murielle et **PHILIPPE**, Denis: “L’inexécution dans les contrats du commerce international” en *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé* sous la direction de Marcel Fontaine. Bibliothèque de la Faculté de Droit de L’Université Catholique de Louvain, XXXII. Bruylant. Bruxelles. L.G.D.J. París, 2001.

VINEY, Geneviève y **JOURDAIN**, Patrice: “Les Effets de la Responsabilité” en Ghestin, Jacques: *Traité de Droit Civil*. (Les Obligations). Tome VI. L.G.D.J. París, 2001.

VON THUR, Andreas: *Tratado de las Obligaciones*. Traducción castellana de W. Roces. Editorial Comares. Granada, 2007.

WAYAR, Ernesto: *Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo II. Lexis Nexis. Buenos Aires, 2007.

ZAMBRANO VELASCO, José Alberto: *Teoría General de la Obligación* <Parte General de las Obligaciones>. Caracas, 1985.

ZOPPINI, Andrea: *La Pena Contrattuale*. Giuffré Editore. Milano, 1991.

JURISPRUDENCIA

- Gaceta Forense.
- Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Oscar Pierre Tapia.
- Jurisprudencia de los Tribunales de la República de Ramírez & Garay.
- Jurisprudencia de los Tribunales de la República publicada por el Instituto de Codificación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia.

Este libro se terminó de imprimir en el mes septiembre de 2011, en los talleres gráficos de Editorial Torino. RIF.: J-30143170-7, Teléfonos: (212) 239.7654, 235.2431. En su composición se emplearon tipos de la familia Times New Roman. Para la tripa se usó papel Bond 20 grs. De esta edición se imprimieron quinientos ejemplares.

