

INCONSISTENCIAS DE LA CLÁUSULA PENAL*

Crítica a la segunda parte del artículo 656 del Código Civil

Cristian Ricardo A. Piris**

Resumen

La segunda parte del artículo 656 del Código Civil fue introducida por la ley 17.711 y faculta a los jueces a reducir los montos de penas excesivas. Este agregado de la Reforma del '68 fue y es favorablemente ponderado por la doctrina nacional, pero no obstante ello descansa sobre fundamentos, que a la luz de la evolución de la ciencia jurídica, no están demostrando ser tan sólidos como hace tres décadas.

La cláusula penal es una institución compleja, tanto un medio de compulsión como un medio de reparación convencional de daños. En primer lugar, resulta conveniente separar ambas funciones por ser mutuamente excluyentes; un buen medio de compulsión se revela como una indemnización excesiva en caso de producirse el daño y a la inversa, una cuantificación previa de reparación ajustada al daño no cumple función disuasoria efectiva. En este contexto, la prescripción legal de la segunda parte del art. 656, por un lado es demasiado amplia y por otro lado, injustamente restrictiva.

Es muy amplia porque no discrimina a la cláusula penal según sus funciones, no repara en la pena privada como medio compulsivo y pretende asegurar algún grado de equivalencia entre pena y daño. Pero alcanzada esta equivalencia se malogra el fin disuasivo de la cláusula penal.

Es muy restrictiva porque discrimina injustamente a los acreedores de la revisión judicial. Hoy día se ha demostrado que no siempre es el acreedor el sujeto fuerte en la relación jurídica.

Introducción

En el presente trabajo voy a presentar una postura axiológica negativa atinente a la segunda parte del artículo 656 del Código Civil argentino referida a la cláusula penal. Este norma establece que “[l]os jueces podrán... reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor”.

Voy a sostener el disvalor de esta norma, que vulnera el principio de inmutabilidad, haciendo centro en dos cuestiones. Por un lado afirmaré que solo tiene sentido de ser aplicada en caso de cláusula penal con función indemnizatoria, no cuando cumpla un rol compulsivo, y por otro lado expondré que incluso cuando asuma un rol resarcitorio, para no generar arbitrarios privilegios para la categoría de los deudores al facultar al juez a reducir penas, también debe hacerse extensiva a los acreedores facultándose al aumento judicial de las penas.

Vale decir, voy a argumentar que la referida prescripción legal es por un lado demasiado amplia y por otro lado injustamente restrictiva.

En la primer parte de este trabajo voy a presentar algunas cuestiones generales referidas al régimen legal de la cláusula penal para contextualizar este estudio, posteriormente me detendré en las funciones

* Quiero agradecer a la Dra. María Laura Estigarribia Bieber por las conversaciones, comentarios, correcciones y aportes al presente trabajo. Desde ya no es responsable por los fallos que existan, y con relación a las opiniones aquí vertidas no necesariamente se corresponden con sus puntos de vista sobre este tema, pero esto no hace más que demostrar su amplitud de criterios.

** Docente de la asignatura Instituciones de Derecho Privado I – Facultad de Ciencias Económicas –Universidad Nacional del Nordeste.

que está llamada a cumplir en nuestro derecho, para finalmente abordar críticamente la inmutabilidad relativa de la misma y las consecuencias de este principio desde el Análisis Económico del Derecho.

Contexto y concepto legal

El acreedor posee diversos medios para conminar al deudor a cumplir con la obligación y asegurarse así el cumplimiento de lo pactado. Estos son los medios de compulsión.

Podemos decir que los medios de compulsión son instrumentos jurídicos, de origen legal o contractual, con que cuenta el acreedor para asegurar el cumplimiento voluntario por parte del deudor. En este contexto, todo medio destinado a este fin puede ser considerado como medio compulsivo, por lo que el catálogo de éstos es bastante extenso. No obstante ello típicamente se incluye en esta categoría a la cláusula penal, seña confirmatoria, multa civil, derecho de retención y astreintes.

El Art. 652 del Código Civil nos define la cláusula penal como “*aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación*”.

Para Alterini se trata de un instituto polivalente que proporciona al deudor un incentivo para la conducta debida y a la vez sirve para fijar de antemano el monto de la indemnización en caso de incumplimiento¹.

Según Pizarro y Vallespinos “se trata de una estipulación de carácter accesorio, que tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la relación principal, mediante la imposición de una pena privada a la que se somete una persona en caso de operar el incumplimiento de aquélla. Presenta, desde ese punto de vista, una indudable función *compulsiva*, ante la amenaza que implica la procedencia de la penalidad en caso de inejecución absoluta o relativa de la prestación adeudada”².

Caracteres

La cláusula penal presenta los siguientes caracteres, en el derecho nacional:

a) *Es voluntaria*: surge solo de la voluntad de las partes, por lo que generalmente está incluida en los contratos.

b) *Es accesorio*: conforme al artículo 524 C. Civil, siempre accede a una obligación principal.

c) *Es subsidiaria*: el objeto de la obligación lo constituye la prestación debida, la cláusula penal sólo se aplica para el caso de incumplimiento de ésta última, es decir reemplaza la prestación incumplida.

d) *Es condicional*: dado que es de aplicación solo en caso de producirse el acontecimiento futuro e incierto de incumplimiento de la obligación principal por parte del deudor. El incumplimiento es el hecho condicionante.

e) *Es relativamente inmutable*: este principio general deriva de los artículos 655 y 656 del Código Civil. La antigua jurisprudencia de nuestros tribunales entendía que la cláusula penal pactada no podía ser modificada por excesivo que fuera su monto, esto en coherencia con el irrestricto respeto a la autonomía de la voluntad que se proponía desde el art. 1197 del Código Civil, que entonces no poseía limitantes como los actuales arts. 954, 1198 o 1071. Más adelante se abrió camino la doctrina

¹ Alterini, Atilio A.; Ameal, Oscar E. y López Cabana, Roberto M. DERECHO DE OBLIGACIONES CIVILES Y COMERCIALES. Abeledo-Perrot. (Buenos Aires, 1995), pág. 293.

² Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G. INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO. OBLIGACIONES. T. 3. Hammurabi. (Buenos Aires, 1999), págs. 46 y 47.

que entendía reconocer a los jueces la posibilidad de reducir razonablemente los límites de la cláusula penal exorbitante, sin encuadrarla en la sanción de nulidad prevista por el artículo 953 del Código Civil y siguiendo a los códigos alemán, suizo, italiano y otros. En tal sentido, la reforma introducida mediante la Ley 17.711, de 1968 ha agregado el segundo párrafo del artículo 656 C. Civil, en el cual se estipula que: " ... Los jueces podrán sin embargo, reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor".

Objeto

Según lo dispone el art. 653 la cláusula penal "*...sólo puede tener por objeto el pago de una suma de dinero, o cualquier otra prestación que pueda ser objeto de las obligaciones*". Por lo expuesto, queda claro que el objeto de la cláusula penal puede ser cualquier tipo de prestación, sea esta de dar, hacer o no hacer. Desde sus orígenes, usualmente la pena consiste en una suma de dinero, de allí la defectuosa redacción normativa que al principio parece circunscribir el objeto solo a prestaciones dinerarias para luego ampliarla a todas ellas.

Categorías

La cláusula penal puede ser compensatoria o moratoria, según el tipo de incumplimiento que pretendan remediar.

La cláusula penal compensatoria es aquella fijada para reparar las consecuencias del incumplimiento absoluto y definitivo de la prestación debida. Se trata de una liquidación anticipada de los daños y perjuicios derivados de este incumplimiento, por lo que no cabría acumulación entre el importe de la pena y el objeto debido³. En este sentido el Proyecto de 1998 prevé expresamente esta solución en el art. 1643 al establecer que "[l]a cláusula pena estipulada para el caso de incurrir el deudor en incumplimiento de la obligación sustituye a la reparación del daño".

La cláusula penal moratoria es aquella constituida para subsanar las consecuencias del incumplimiento relativo de la prestación, ya sea por mora, cumplimiento defectuoso o parcial de la prestación, por lo que la pena se acumula a la prestación principal. Vale decir que en estos casos, la pena sustituye a los daños y perjuicios moratorios.

En ambos casos la indemnización convenida es debida desde la demora por parte del deudor.

Evolución histórica

Antes de entrar de lleno a tratar las funciones de la cláusula penal creo conveniente realizar un breve recorrido histórico, a los efectos de contextualizar esa cuestión.

Desde el punto de vista histórico, los orígenes de este instituto se remontan al primitivo derecho romano. En esta etapa, los jueces no estaban investidos de poderes suficientes para obligar a los ciudadanos a observar una determinada conducta, ni a determinar el valor de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación por parte del deudor cuando no se tratara de una obligación dineraria, vale decir que muchas veces el acreedor no podía contar con el recurso a los

³ Pizarro..., Ob. Cit., pág. 69

tribunales como un medio apto para constreñir al deudor a cumplir con lo pactado. Por ese motivo se instituyó como una práctica común la *stipulatio poenae*.

La *stipulatio poenae*, facultaba al acreedor a compeler al deudor a cumplir con la obligación cuando ésta no era susceptible de ejecución forzada, mediante el establecimiento de una pena para el caso de incumplimiento y a la vez fijaba el monto indemnizatorio de los perjuicios derivados de esta inejecución. Su función era principalmente penal, dado que pretendía sancionar al infractor pero a la vez también cumplía un importante rol indemnizatorio, función que luego se desarrollaría enormemente.

Desaparecido el contexto en que esta estipulación tuvo su origen, la cláusula penal subsistió básicamente en el ámbito de los contratos como medio de compulsión y como medida de la indemnización.

Pizarro y Vallespinos reconocen en los antecedentes históricos de este instituto la siguiente línea evolutiva: en una primer etapa como pena privada y con una función limitadamente resarcitoria en el derecho romano y en el antiguo derecho hispánico, en un segundo estadio principalmente como cláusula de evaluación convencional anticipada de los daños y con función limitadamente punitiva en el antiguo derecho francés, y finalmente como una institución mixta que participa igualmente de los caracteres punitivos y resarcitorios, en el Código Civil francés y en la mayor parte de las legislaciones de nuestro tiempo⁴.

Funciones de la cláusula penal

Bajo este título se debaten intensamente cuestiones de la mayor importancia teórica y práctica. Al momento de reseñar la evolución histórica del instituto hemos tenido oportunidad de ver la naturaleza dual de las funciones de la cláusula penal, ahora tendremos oportunidad de adentrarnos en esta controversia.

En la doctrina coexisten teorías unitarias y dualistas en la materia. Para la primera se halla un solo instituto legal llamado a cumplir con varias funciones distintas entre sí, para los otros se tratan en realidad de dos instituciones jurídicas diferentes, en algún grado similares por su origen voluntario, pero diferentes en cuanto a causa-fin y función económico-jurídica, entre otros.

Veamos en primer lugar a las teorías unitarias, por ser las actualmente predominantes en el derecho nacional y comparado. Para los unitarios la cláusula penal cumple, sin dudas, funciones compulsivas, para algunos también funciones resarcitorias, y para otros funciones polivalentes o mixtas.

Desde el punto de vista de las funciones compulsivas o *estimulativa* como lo denomina Alterini⁵, el instituto bajo estudio constituye una pena privada o civil cuya finalidad es determinar al deudor al cumplimiento de la obligación, al ponerlo bajo amenaza de una sanción en caso de inejecución. La causa-fin es conminar el cumplimiento. Al parecer el adjetivo “penal” que califica a la cláusula, en el nombre mismo de la institución, pone en evidencia su propiedad más caracterizante. La función compulsiva se demuestra con todo rigor cuando la cuantía de la pena es mayor (o mucho mayor) que la prestación debida o bien cuando es contraída para asegurar “una obligación que no puede exigirse judicialmente” (art. 666 Cód. Civil), por ejemplo las obligaciones naturales. Para los sostenedores de esta postura la función resarcitoria sería solo un aspecto accidental, una especie de efecto colateral de menor importancia.

⁴ Pizarro..., Ob. Cit., pág. 49/50.

⁵ Alterini..., Ob. Cit., pág. 294.

Desde el punto de vista resarcitorio o indemnizatorio, la cláusula penal esta llamada a cumplir una función distinta, cual es establecer convencionalmente y de modo anticipado el monto de la indemnización en caso de incumplimiento absoluto o relativo por parte del deudor. Según los expositores de esta postura existiría esta función aún cuando la norma legal establece que "... el deudor [no] podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno" (art. 656 Cód. Civil), vale decir que podría darse la paradoja de cumplir una función resarcitoria sin existir daño que indemnizar.

Finalmente, dentro de la teoría unitaria la mayor parte de los autores se inclinan por entender que este instituto cumple funciones polivalentes o mixtas, y es apto para satisfacer una doble finalidad, es decir, servir como medio de compulsión para constreñir al deudor a cumplir voluntariamente con la obligación para evitar la pena y a la vez establecer de manera voluntaria y anticipada lo debido por el deudor en caso de incumplimiento absoluto o relativo de la obligación. La cláusula penal sería a la vez, pena e indemnización. También cumpliría de manera indirecta con una función de garantía.

Claro está que la cláusula penal resulta apta para cumplir con las funciones principales vistas mas arriba, aunque no necesariamente deba cumplir con ambas funciones en todos los casos, así una cláusula penal ajustada a la verdadera cuantía del daño producido por la inexecución cumpliría funciones indemnizatorias mas no compulsivas y a la inversa cuando se pacta que la pena sea adicionada a la indemnización por daños.

Para las teorías dualistas, todavía minoritarias, que han empezado a desarrollarse en Europa desde hace algunos años, la cláusula penal sería aquella que posee carácter estrictamente compulsivo, es decir, solo la pena privada. Otro instituto sería la "cláusula de liquidación anticipada de daños y perjuicios, cuya finalidad es estrictamente resarcitoria"⁶. Ambas cláusulas son similares en su origen voluntario, pero diferentes en cuanto a "causa final, en su función económica y jurídica, y específicamente en los parámetros que deben computarse para su interpretación y para su eventual revisión por resultar excesivas o ínfimas"⁷.

No obstante lo expuesto, queda claro que por cuestiones estrictamente normativas la teoría dualista no tiene cabida en el derecho nacional. Más allá del mérito de esta teoría, la cláusula penal cumple en nuestro país un rol polivalente, a la vez compulsivo e indemnizatorio, y precisamente en este contexto se desarrolla la crítica axiológica del presente estudio.

Inmutabilidad de la cláusula penal

Como hemos visto antes, uno de los caracteres fundamentales de este instituto en el derecho nacional es su inmutabilidad relativa.

En principio, dado su carácter definitivo (y no provisional como las astreintes) una vez fijada no puede ser alterada, ni por el acreedor exigiendo un aumento en consideración a su eventual insuficiencia, ni por el deudor argumentando que excede la cuantía del daño realmente sufrido.

En el derecho comparado se han consagrado normativamente soluciones diferentes en esta cuestión. Algunos códigos como el Código Civil Francés (antes de las reformas de 1975 y 1985), el de Venezuela, España, Uruguay, etc. siguieron el criterio de la inmutabilidad absoluta, sin posibilidades de aumentos o disminuciones en ningún caso; otros códigos como el BGB alemán, y el Francés reformado optaron por la solución opuesta consagrando la mutabilidad absoluta permitiendo su reducción si fuera excesiva o su aumento si fuera insuficiente; en cambio, otros optaron por la

⁶ Pizarro..., Ob. Cit., pág. 55.

⁷ Pizarro..., Ob. Cit., pág. 55.

inmutabilidad relativa solo aceptando la reducción de penas excesivas. Finalmente algunas legislaciones como el Código Civil Italiano de 1942 o el Suizo de las Obligaciones, consagraron una inmutabilidad relativa solo posibilitando disminuir las penas excesivas.

La inmutabilidad de la cláusula penal esta fundada en cuestiones de principios y también en razones prácticas. Desde el punto de vista de los principios se trata de un elemental respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, que si bien ha dejado de ser un dogma en la cultura jurídica actual, aún conserva la entidad moral de los acuerdos consentidos voluntariamente por personas libres y capaces de manejar las riendas de sus propias vidas. Claro está, los límites de estas estipulaciones están dados por “los límites del ejercicio regular de los derechos, la buena fe, el orden público, la moral y las buenas costumbres”⁸. Desde el punto de vista práctico, una cláusula penal fácilmente mutable le haría perder gran parte de su valor como herramienta compulsiva y reparadora, y por otra parte alteraría la estabilidad de las relaciones jurídicas.

Desde el punto de vista histórico, se afirma que en el Derecho Romano el principio era la inmutabilidad aunque el juez podía intervenir a los efectos de reducir las penas cuando la *stipulatio poenae* encubría un negocio usurario. En el antiguo derecho francés se permitió la intromisión judicial para alterar penas tanto excesivas como ínfimas; no obstante ello, el Código Napoleón retomó las raíces romanistas abrazando la inmutabilidad, y de allí pasó a numerosos códigos de la época, entre ellos el nuestro.

Alemania siguió una evolución contraria a la francesa, el antiguo derecho germánico permanecía fiel a las fuentes del derecho romano, hasta la sanción del BGB que consagró el principio de la mutabilidad, permitiendo la reducción de penas desproporcionadas al perjuicio y el aumento de las ínfimas hasta cubrir el daño efectivamente causado.

En el derecho nacional se pasó de la inmutabilidad absoluta en el Código de Vélez a la inmutabilidad relativa con la reforma de la ley 17.711. En este sentido el art. 655 establece que “... *el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente*” y el art. 656 estipula que “... *ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno*”, a este artículo la reforma de 1968 le agregó un segundo párrafo en la cual se estipula que “[*l]os jueces podrán, sin embargo, reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor*”.

El paso dado por la ley 17.711 fue y es ponderado favorablemente por la doctrina en forma unánime y fue realizado en consonancia con la evolución de la jurisprudencia en la materia, que no obstante las prescripciones legales, consideraban ajustado a derecho que operase la revisión judicial en casos de particular gravedad para proceder a la reducción de las penas excesivas.

Normativamente, la revisión judicial de la cláusula penal es viable cuando la pena resulta excesiva (monto desproporcionado) tomando en consideración: la gravedad de la falta, el valor de las prestaciones, las demás circunstancias del caso y el abusivo aprovechamiento de la situación del deudor. De los extremos legales exigidos podemos establecer analíticamente que para operar la revisión judicial se deben verificar los siguientes elementos:

Elemento objetivo:

1. La gravedad de la falta, esto es la “ausencia de equilibrio razonable, en términos objetivos, entre la pena y la falta que sanciona”⁹. En este ámbito, el juez debe ponderar la esta ausencia de

⁸ Pizarro..., Ob. Cit., pág. 74.

⁹ Pizarro..., Ob. Cit., pág. 78.

equilibrio en el comportamiento del deudor. Para Alterini¹⁰, el término falta parece hacer referencia a la *faute* francesa, es decir, la culpa, por lo que debe tenerse en cuenta el grado de reproche que merece la conducta del deudor, mirado desde un punto de vista integral.

2. El valor de las prestaciones también debe ser analizado por el juez, quien debe tomar en consideración el término valor no solo en su acepción económica, sino también en referencia a todo interés legítimo del acreedor tanto patrimonial como extrapatrimonial. En este sentido, no sería revisable una cláusula penal elevada, cuando se trate de la contratación de un *remise* realizado por una pareja de recién casados para que los recoja a la salida de la Iglesia, dado que esta circunstancia extraordinaria justificaría las “precauciones” tomadas por los novios en “asegurar” la prestación del servicio.
3. Con relación a las demás circunstancias del caso, a las que hace referencia la norma, la doctrina es conteste en considerarlas en alusión a la equidad, dando amplias facultades al juez para apreciar de modo integral la cláusula cuestionada y su contexto negocial.

Elemento subjetivo:

1. Los elementos objetivos antes vistos tienen que ser resultantes de un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor. Salta a las claras la similitud con la lesión subjetiva del art. 954. En este sentido, la cláusula penal excesiva se configura al prever una pena desproporcionada y sin justificación, fruto de la explotación por parte del acreedor de una situación de necesidad, ligereza o inexperiencia del deudor. Entonces, deben concurrir dos circunstancias para que se verifique el elemento subjetivo, por un lado la situación de inferioridad del deudor y por otro lado el aprovechamiento de ésta por parte del acreedor para convenir una pena excesiva.

Consideraciones críticas

Queda claro que en nuestro derecho, bajo el rótulo de cláusula penal se encuentra una única figura jurídica con finalidades duales, distintas y ciertamente no complementarias entre sí. Por un lado, un medio de compulsión y por otro, un instrumento de liquidación anticipada de daños.

Esto trae consigo que pueda existir en la práctica, como vimos al tratar funciones, una cláusula penal solo con finalidad compulsiva, por ejemplo la que accede a una obligación natural, y otras solo con finalidad retributiva, por ejemplo aquella ajustada al daño que realmente causa el incumplimiento, y también cláusulas que pretendan lograr ambos fines simultáneamente.

Por un lado se pretende compeler al cumplimiento para evitar el daño, bajo la amenaza de punir, castigar, o sancionar, si es que el incumplimiento se produce. Es razonable, entonces, la existencia de penas privadas elevadas y desproporcionadas con relación a las prestaciones. Es más, lo único razonable es la desproporción.

En cuanto medio compulsivo, la cláusula penal se predispone a determinar la acción de un individuo, ésta es su razón de ser. En este sentido la teoría general de la elección racional nos señala que las personas responden a los incentivos que encuentran en la forma de beneficios (premios) y costos (castigos) y en función de ellos desarrollan su acción¹¹. Toda persona racional que comete una acción antijurídica lo hace porque deriva de esa acción algún beneficio, esto así como regla general; a los

¹⁰ Alterini..., Ob. Cit., pág. 300.

¹¹ Vale la aclaración que no es el único modelo de decisión posible, en este sentido puede consultarse con mucho provecho la obra de: Resnik, Michael D. ELECCIONES. UNA INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DE LA DECISIÓN. Gedisa. (Barcelona, 1998).

efectos de evitar equívocos, cabe aclarar que es necesario quitar de este análisis las conductas patológicas así como las originadas en estados de necesidad, dado que no son lo normal. Sobre estas pautas es posible construir un modelo –rudimentario- de previsión de las conductas de los individuos muy útil para proyectar la eficiencia de la cláusula penal en cuanto medio de compulsión. En el siguiente título desarrollaré un poco más esta idea.

Por otro lado se pretende cumplir un rol reparador, es decir la indemnización busca dejar indemne al acreedor, es decir, sin daño, borrar los efectos negativos del incumplimiento. En este sentido se exige equilibrio, proporción, simetría entre la pena y la cuantía de los daños.

Al final, producido el incumplimiento, el monto de la multa no puede ser a la vez pena e indemnización, si así fuere sería una ineficiente penalidad o una excesiva indemnización. Es un dilema de hierro, sin salida satisfactoria con la normativa vigente, aunque hasta ahora haya funcionado razonablemente bien tal como está legislada.

La cláusula penal como medio de compulsión

Desde hace algún tiempo he podido observar ciertas bondades analíticas de una disciplina científica que combina aspectos jurídicos con económicos, me refiero al Análisis Económico del Derecho¹². Si bien este método de ponderar el valor de determinadas reglas jurídicas resulta novedoso en estas latitudes, tiene un importante desarrollo en otros lugares del mundo.

Expresa Hal Varian que “[e]n los últimos años, el análisis económico se ha convertido en algo habitual en la teoría y práctica del Derecho. Es fácil ver la afinidad natural que existe entre estas dos disciplinas: ambas comparten el objetivo de comprender las instituciones sociales. Ambas tienen, además, un importante componente normativo: tanto el Derecho como la Economía se ocupan no sólo de indagar cómo funcionan las instituciones sociales, sino también de cómo mejorar su funcionamiento”¹³.

Según este autor, el análisis económico de los delitos (en general de las acciones antijurídicas) es una de las tres áreas más importantes donde esta nueva disciplina ha incursionado fuertemente.

Veamos qué puede aportarnos el Análisis Económico del Derecho, en este aspecto.

Según la teoría económica todo individuo que actúa en el mercado toma decisiones a partir de lo que se conoce como el análisis de costo-beneficio, es decir, comparando los beneficios y los costos de cada alternativa posible. Aunque también solemos aplicar el mismo criterio de decisión a otras situaciones de la vida social que no se dan estrictamente en el contexto del mercado.

Entonces, se considera que es posible que este modelo de análisis, creado para poder comprender y racionalizar el comportamiento del individuo en el mercado, pueda extenderse a otros ámbitos de la vida social. Esta afirmación ha llevado a muchos economistas a pensar que la economía puede interpretarse como una teoría general de las elecciones racionales.

Es decir, según ese criterio, el individuo responde a los incentivos y desincentivos que encuentra –los cuales adoptan la forma de beneficios (premios) y costos (castigos)- y en función de ellos desarrolla su acción. Es decir, que el modelo de comportamiento antijurídico creado por el AED para diseñar la

¹² Utilizar el AED como herramienta de análisis no necesariamente obliga a quien lo usa a adoptar como propios los principios de esta disciplina, especialmente sus fundamentos últimos que son muy controvertidos.

¹³ Varian, Hal R. MICROECONOMÍA INTERMEDIA. Antoni Bosch. (Barcelona, 1998), pág. 601.

sanción óptima es muy simple: una persona comete una acción contraria a Derecho porque los beneficios esperados de este comportamiento para él superan los costos esperados¹⁴.

Evidentemente, este análisis sólo resulta válido si se ocupa de decisiones racionales y, en consecuencia, debemos excluir cualquier tipo de comportamiento no-racional, porque sobre ello es más difícil influir con un sistema de incentivos.

Recordemos que una de las hipótesis centrales de la ciencia económica es precisamente lo que se denomina el individualismo metodológico, es decir, que los hombres persiguen sus propios intereses, la mayoría de las veces de manera egoísta, y que proceden racionalmente para la consecución de ese objetivo¹⁵.

Un comportamiento no-racional, no quiere decir simplemente conductas antojadizas, caprichosas o absurdas, sino cualquier comportamiento incluso patológico que no se ajuste a la regla de racionalidad. Esta exclusión de lo no-racionalidad implica que existe todo un conjunto de acciones antijurídicas asociadas a comportamientos “insanos” del individuo que requieren procedimientos diferentes y excepcionales, que no puede incluirse dentro de un análisis sistemático general.

Sin embargo, eso no debe preocuparnos en demasía porque el comportamiento irracional es necesariamente minoritario. Esto es así porque el universo de potenciales incumplidores incluye a toda la sociedad y, dentro de ella, los individuos racionales son mayoría.

El incumplidor sopesa los beneficios que derivan de su conducta antijurídica y los costes de la misma. Debiendo incluirse en este último rubro tanto la posibilidad de ser “atrapado” como la pena que pueda aplicársele en ese caso¹⁶.

Quien incumple lo hace porque para él deriva de esa acción algún beneficio y si los beneficios superan a los costos esperados, existen grandes incentivos para que la inejecución se perpetre; en el caso contrario, el cumplimiento será la opción más razonable.

Desde el punto de vista de los beneficios esperados por el deudor, es muy difícil de determinarlos porque no son solo de naturaleza patrimonial, pero de todos modos la cuantificación económica de la prestación incumplida es un indicador insoslayable. Como se ve, la comparación de la satisfacción que proporciona la inejecución voluntaria entre distintas personas es imposible. Pero “[e]s evidente que muchos [delitos – acciones antijurídicas] están motivados por consideraciones económicas”¹⁷.

La situación es diferente por el lado de los costos. Los costes tienen dos componentes principales: la probabilidad de “ser atrapado” y condenado por un lado, y la magnitud de la pena por el otro. El costo de cometer una acción antijurídica es más alto cuanto más alto es la probabilidad de ser atrapado y condenado, y cuanto mayores sean las penas. La probabilidad de ser atrapado y condenado depende de la efectividad del sistema judicial y de los instrumentos probatorios con que cuente el acreedor, y con relación a la magnitud de las penas está prevista –en este caso– por la cláusula penal. Vale la aclaración que la probabilidad de “ser atrapado” no tiene mucha importancia en la presente exposición, por lo cual, podemos otorgar un valor estable suponiendo en todos los casos que el sistema judicial funciona razonablemente bien y el acreedor es un sujeto diligente que cuenta con todos los medios probatorios a su favor.

¹⁴ Posner, Richard. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. FCE. (México, 2000), pág. 214.

¹⁵ Schäfer, Hans-Bernd y Ott, Claus. MANUAL DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO CIVIL. Tecnos. (Madrid, 1991), págs. 60-61

¹⁶ Varian, Ob. Cit., pág. 602.

¹⁷ Ídem, p. 601.

Cuando se toma una decisión, cuando se encara una acción, se sacrifican otras acciones alternativas en las que se hubiesen utilizado los mismos recursos y el mismo tiempo que el requerido para llevar a cabo la acción elegida. El beneficio que se hubiese obtenido si el tiempo y los recursos usados en la acción elegida se hubiesen aplicado a concretar la mejor acción alternativa es el “costo de la oportunidad” de la decisión tomada. Mide los beneficios sacrificados al privilegiar una acción sobre muchas otras posibles y es, entonces, el verdadero costo de hacer algo. El costo de oportunidad depende, por lo tanto, de las alternativas que tiene abiertas quien toma una decisión. Así, los costos de oportunidad son diferentes para distintos individuos.

Además de las reservas morales que se anteponen al incumplimiento, hay costos de oportunidad económica derivados del tiempo dedicado a este y del sacrificio de ingresos esperado en caso de ser condenado. Todos estos “costos de oportunidad” se reducen si la pena es baja. El incumplimiento adquiere entidad como alternativa y, finalmente, sólo subsisten las trabas morales como barrera a la inejecución.

En este sentido, cuando menor la pena estipulada, es menor el incentivo para la ejecución de la prestación debida y en consecuencia menor el valor de la cláusula penal como medio de compulsión. Finalmente, si solo quedan subsistentes las trabas morales como barrera de la inejecución, entonces, la cláusula penal habrá sido ineficiente.

Por otra parte, continuando con la línea argumental aquí desarrollada, una pena civil eficiente que realmente predisponga al cumplimiento, no debería ser ponderada solo en relación a la prestación debida, sino también en relación a la fortuna del deudor, a efectos que realmente constituyan un estímulo para ese individuo hacia el cumplimiento.

Con lo expuesto quiero señalar la segunda parte del 656, que habilita a reducir las penas tomando en consideración su desproporción con la gravedad de la falta, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso. Esto no haría más que hacer perder valor a la cláusula penal como medio de compulsión.

La cláusula penal como indemnización

Desde el punto de vista de la cláusula penal con función resarcitoria, queda claro que constituye una liquidación anticipada de daños por lo que razonablemente debe exigirse un equilibrio entre la cuantía del mismo y la pena fijada.

Constituye uno de los pocos casos –tal vez el único- donde las partes pueden convenir *ex ante* del hecho dañoso, el monto de la indemnización. Esto brinda certeza y tranquilidad, en el sentido que en caso de inejecución se evitarán tal vez largos y costosos juicios, con final incierto. Evidentemente, para que ésta sea ajustada a la realidad, las partes deben ser racionales, previsoras y conocer todos los datos relevantes del negocio jurídico que están realizando, a los efectos de evitar una significativa sobrevaloración o infravaloración de la indemnización.

Es perfectamente razonable que en caso de marcado desequilibrio entre daño e indemnización, especialmente si este es producto de aprovechamiento de una debilidad, puede operar la revisión judicial. Esta revisión quitaría a la cláusula penal compensatoria sus cualidades de certeza y remedio convencional, pero es un costo legítimo para desenmascarar abusos.

La doctrina¹⁸ es conteste en considerar que la cláusula penal es ampliable en ciertos casos excepcionales como ser convención expresa de las partes, existencia de pena ínfima porque cumpliría las veces de una cláusula de limitación de responsabilidad, o dolo del deudor porque supondría una dispensa del mismo.

De todos modos, la redacción de la segunda parte del art. 656 genera un privilegio excesivo para la categoría de los deudores, dado que la pena solo puede ser reducida en su beneficio y nunca aumentada en beneficio del acreedor. En esta norma subyace la idea del deudor como sujeto débil de la relación jurídica, pero no necesariamente esto es así en todos los casos.

Desde la óptica jurídica, “la existencia de principios de interpretación a favor del deudor evolucionó hacia el *favor debilis*, a favor del consumidor, y luego a favor del individuo particular. La generalización hace que se pase de una visión bilateral a una estructural, que toma en cuenta la posición del individuo en el mercado. Esta extensión provoca que el Derecho Privado asuma un carácter defensivo del individuo en general...”¹⁹.

Como afirma Lorenzetti²⁰, en el Derecho primitivo el acreedor tenía un derecho de señorío sobre conducta del deudor, incluso sobre su persona y su familia. Más que una persona obligada, el deudor era casi un objeto, una cosa. A partir de esta concepción tan dura e inhumana se empieza a gestar un proceso de cambio que se inicia con la ley *poetelia papiria* del Derecho Romano y se consolida con el Derecho Canónico. Este proceso de cambio se basó en un criterio de *benignitas* y se plasmó en los principios de *favor libertatis*, *contra stipulatorem* y *favor debitoris*.

Según el principio del *favor libertatis* toda cláusula confusa debe ser interpretada en sentido favorable a la liberación del obligado (el deudor). La regla *contra stipulatorem* afirma que la interpretación de cláusulas oscuras o ambiguas nunca pueden favorecer al sujeto que las haya introducido en los contratos, y finalmente la regla *favor debitoris* establece que en caso de dudas la interpretación debe hacerse en favor del deudor y de su liberación.

En especial el último principio reseñado era a la vez interpretativo e integrador, y funcionaba razonablemente bien en un mundo donde del deudor era el sujeto débil de la relación jurídica. Pero luego empezaron a surgir “anomalías” significativas que invalidaban la regla, en particular la revolución industrial y el aumento del trabajo en relación de dependencia generó la denominada “cuestión social” y en su seno un nuevo fenómeno en torno al salario: los obreros como acreedores débiles y los empleadores como deudores fuertes. Este fue el primero y mas significativo caso invalidante de la fundamentación de regla *favor debitoris*, con posterioridad otras situaciones similares vinieron a engrosar la lista.

Esto llevó a redefinir el *favor debitoris* a través del *favor debilis*, es decir, consagrar un principio protectorio del débil en la relación jurídica sin reparar en la circunstancia de su calidad de sujeto activo o pasivo de una relación bilateral (obligacional). Además, desde otro punto de vista se puso en consideración que la calidad de deudor o acreedor eran simples datos coyunturales, cuando lo que realmente importaba era la posición estructural del sujeto en el mercado y de allí la determinación de su debilidad o fortaleza que luego se ve reflejado en todos sus actos.

En este contexto, el Derecho Privado debe propender a igualar desde el punto de vista material, a no generar injustos privilegios, de modo tal que cuando el Derecho decida intervenir debe hacerlo sobre

¹⁸ Alterini..., Ob. Cit., págs. 303 y 304. Pizarro..., Ob. Cit., págs. 81 y 82.

¹⁹ Lorenzetti, Luis. LAS NORMAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PRIVADO. Rubinzal-Culzoni. (Santa Fe, 1995), pág. 97.

²⁰ Idem, págs 98 a 103.

bases sólidas y hoy el *favor debitoris* no constituye un fundamento tan universalmente válido como antaño.

Los aquí reseñados forman parte de los actuales Principios de Interpretación de los Contratos realizados a través de Condiciones Generales, en que se presupone la debilidad del adherente sea este deudor o acreedor²¹.

Conclusiones

A lo largo de este trabajo he reseñado cuestiones generales referidas a la cláusula penal y a su régimen legal en nuestro país. Posteriormente he señalado la inconveniencia de poner bajo un mismo rótulo a un instituto jurídico que cumple funciones tan disímiles, y la importancia de diferenciarlos claramente, al menos, conceptualmente.

La prescripción legal de la segunda parte del art. 656 ha quedado demostrada que es, por un lado demasiado amplia y por otro lado injustamente restrictiva.

Es muy amplia porque no discrimina a la cláusula penal según sus funciones, no repara en la pena privada como medio compulsivo y pretende asegurar algún grado de equivalencia entre pena y daño. Alcanzada esta equivalencia se malogra el fin disuasivo de la cláusula penal.

Eventualmente, si consideramos que una pena muy desfasada con relación al daño generaría un enriquecimiento injusto por parte del acreedor²², se podría evaluar la posibilidad que a las arcas de éste solo vaya un monto equivalente a la cuantía del daño y el resto a rentas generales, o donde fuese, pero no quitar valor a la pena privada tomando como excusa la desproporción de prestaciones²³.

Pizarro y Vallespinos²⁴ señalan con agudeza que “cuando la cláusula penal tiene función compulsiva, esto es, cuando ha sido fijada con la finalidad de sancionar, de castigar al incumpliente (lo cual supone que se encuentre por encima de los meros valores indemnizatorios), la eventual modificación por los jueces debe necesariamente contemplar ese dato, sin el cual puede quedar totalmente desvirtuada su finalidad”. Pero soluciones como estas no harían más que circunvalar el problema, no lo atacan de frente, no le brindan una respuesta satisfactoria, nos deja el sabor amargo del enmiendo, del recurso *ad hoc*, dado que solo termina poniendo en el “buen sentido” del juez²⁵ lo que debiera estar en el “buen sentido” de la ley.

Es muy restrictiva porque discrimina injustamente a los acreedores de la revisión judicial. Hemos visto que no siempre el acreedor es el sujeto fuerte en la relación jurídica y que si lo que buscamos es

²¹ Díaz Alabart, Silvia. “REGLAS DE INTERPRETACIÓN”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coordinador), COMENTARIOS A LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. Aranzadi. (Navarra, 1999), págs 193-234.

²² Pizarro, Ramón D. “PENA PRIVADA Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR”, en JA 1997-III-931.

²³ En este punto quiero dejar a salvo mi concepción de que esta postura deber ser conjugada en consonancia con la teoría de las cláusulas abusivas, especialmente cuando pretendan insertarse en los contratos de consumo.

²⁴ Pizarro..., Ob. Cit., pág. 80.

²⁵ Obsérvese que el buen sentido señalado no se observa en todos los casos: “La cláusula penal no sólo importa una liquidación convencional, por anticipado de los daños y perjuicios que el incumplimiento de la obligación cause al acreedor, sino que también **tiene una función compulsiva, en cuanto agrega un estímulo que mueve psicológicamente al deudor a cumplir la prestación principal para eludir la pena** (conf. J. J. Llambías, op. cit., t. I, p. 387, núm. 316 b); CNCiv., sala D, LA LEY, 82-198). **Pero tal circunstancia no implica admitir que por esa vía el acreedor pueda pretender un importe mayor del que resulta de aplicar sobre el monto de la obligación principal**, la tasa máxima aceptada como límite lícito del interés, incluido el punitivo (conf. CNCiv., sala D, ED, t. 7, p. 874)”, en Sococia, S. A. c. Interieur Forma, S. A. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F (CNCiv)(SalaF). LA LEY, 1991-C, 478. (La negrita es propia)

preservar ciertos equilibrios indemnizatorios, es tan desequilibrada la pena excesiva como la irrisoria, debiendo preverse para ambos casos iguales remedios.

Por todo lo señalado considero que resulta necesario introducir modificaciones en nuestra legislación, diferenciando con claridad la cláusula penal según sus funciones a los efectos de dar cabida a las observaciones aquí realizadas.

Bibliografía

Alterini, Atilio A.; Ameal, Oscar E. y López Cabana, Roberto M. DERECHO DE OBLIGACIONES CIVILES Y COMERCIALES. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1995.

Ameal, Oscar J. (Director) y Tanzi, Silvia Y. (Coordinadora). OBLIGACIONES EN LOS ALBORES DEL SIGLO XXI. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2001.

Bustamente Alsina, Jorge. TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1997.

Casas, Juan A. "CLÁUSULA PENAL", en JA 2000-III-1199.

Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A. COMPENDIO DE DERECHO DE LAS OBLIGACIONES T I y II. Ed. Platense SRL. La Plata, 1986.

Cooter, Robert y Ulen, Thomas. DERECHO Y ECONOMÍA. FCE. México, 1999.

Díaz Alabart, Silvia. "REGLAS DE INTERPRETACIÓN", en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coordinador), COMENTARIOS A LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. Aranzadi. Navarra, 1999. Págs 193-234.

Fernandez Cruz, Gastón y Bullard Gonzáles, Alfredo. DERECHO CIVIL PATRIMONIAL. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1997.

Lorenzetti, Luis. LAS NORMAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PRIVADO. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 1995.

Pizarro, Ramón D. "PENA PRIVADA Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR", en JA 1997-III-931.

Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G. INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO. OBLIGACIONES. T. 3. Hammurabi. Buenos Aires, 1999.

Posner, Richard. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. FCE. México, 2000.

Resnik, Michael D. Elecciones. UNA INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DE LA DECISIÓN. Gedisa. Barcelona, 1998.

Shäfer, Hans-Bernd y Ott, Claus. MANUAL DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO CIVIL. Tecnos. Madrid, 1991.

Varian, Hal R. MICROECONOMÍA INTERMEDIA. Antoni Bosch. Barcelona, 1998.