

La interpretación de la cláusula penal

por ANDRÉS SÁNCHEZ HERRERO^(*)(**)

La cláusula penal es o integra un acto jurídico; por lo general, un contrato. Le son aplicables, por ende, las pautas hermenéuticas propias de estos actos, sobre las que no necesito explayarme. Me limitaré a recordar dos criterios interpretativos generales y a profundizar otro que sí es propio, aunque no exclusivo, de la cláusula penal.

La primera pauta general a la que me refiero es la de la buena fe. Según el artículo 9.º del Código Civil y Comercial, “[l]os derechos deben ser ejercidos de buena fe”, y esto incluye, naturalmente, al derecho del acreedor nacido de una cláusula penal. Como esta suele ser o integrar un contrato, también resultan aplicables los artículos 961 y 1061 del Código Civil y Comercial: Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor⁽¹⁾.

El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe⁽²⁾.

Esta pauta, si bien es aplicable a cualquier contrato, tiene particular importancia cuando entra en escena una cláusula penal, dada su relación directa con la delicada situación en la que a veces se encuentra el deudor.

En cuanto a la segunda pauta general, la destaco, más bien, por una razón de orden técnico, habida cuenta del carácter accesorio de la cláusula penal, que reclama su interpretación en el marco del acto jurídico principal. Está contenida en el artículo 1064 del Código Civil y Comercial: Interpretación contextual. Las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del acto.

Pasemos a la pauta hermenéutica específica: la cláusula penal es de interpretación restrictiva⁽³⁾. Pero ¿por qué? Se han invocado varias razones:

1) El derecho del acreedor de la pena es de carácter excepcional⁽⁴⁾.

2) El régimen de la cláusula penal implica una modificación del derecho común.

3) La cláusula penal es una sanción.

4) El principio *favor debitoris*⁽⁵⁾.

Veamos algunas implicancias de este criterio hermenéutico⁽⁶⁾:

1) En cuanto a la prueba de la cláusula penal

Naturalmente, quien alega una cláusula penal debe probarla. Esto no es consecuencia del criterio de interpretación restrictiva, sino de las reglas probatorias generales. Ahora bien (y aquí sí entra a jugar el criterio referido): en caso de duda en cuanto a la existencia de la cláusula penal, hay que estar por la negativa⁽⁷⁾.

2) En cuanto al ámbito de aplicación de la cláusula penal

El criterio hermenéutico analizado incide en varios sentidos en este terreno:

a) Si existe duda en cuanto a si la pena comprende determinado tipo de incumplimiento, debe considerarse que no.

b) La cláusula penal prevista para un determinado supuesto no es aplicable a otro⁽⁸⁾.

Por ejemplo, aplicando este criterio se entendió que no cabía aplicar la cláusula penal establecida para la resolución por incumplimiento a la resolución por excesiva onerosidad sobreviniente⁽⁹⁾.

c) La pena no se puede aplicar ante un incumplimiento de menor gravedad que aquel para el cual fue estipulada.

d) Si existe controversia en cuanto al tipo de incumplimiento al que se refiere la pena, debe estarse al más grave.

e) Si hay dudas en cuanto a si la pena también comprende al incumplimiento inculpable, debe estarse por la negativa.

3) En cuanto a la entidad de la pena

En caso de duda en cuanto a la mayor o menor entidad de la pena, debe estarse a la menor.

4) En cuanto a la acumulabilidad de la pena

En este aspecto, el criterio interpretativo analizado tiene dos manifestaciones:

a) En caso de duda en cuanto a si la pena es acumulativa o sustitutiva, debe entenderse que es sustitutiva.

b) Si hay dudas en cuanto a si la pena resarce todos los daños derivados del incumplimiento o solo algunos, debe considerarse que los cubre a todos. Por lo tanto, el acreedor no tiene derecho a ningún resarcimiento adicional a la pena.

5) En cuanto a la exigibilidad de la pena

En caso de duda, debe entenderse que la pena no se ha hecho exigible⁽¹⁰⁾.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Acreedores por obligaciones de escriturar. El boleto de compraventa frente al concurso*, por RUBÉN A. MÉDICI, ED, 194-849; *Algunas reflexiones sobre la teoría general de contrato del Código Civil argentino*, por RODOLFO ARICÓ y JUAN MANUEL CAFFERATA, ED, 223-876; *Responsabilidad civil por incumplimiento de contrato: observaciones y propuestas de modificaciones al Proyecto de Código*, por CAMILO TALE, ED, 250-803; *Contratación inmobiliaria: Aspectos notariales y registrales. Recaudos previos*, por H. DOMINGO C. CURA GRASSI, ED, 261-910; *Breves reflexiones acerca del denominado boleto de compra y venta inmobiliario. Comparación sistemática entre el Código Civil y el Código Civil y Comercial*, por H. DOMINGO C. CURA GRASSI, ED, 262-922; *La regla de la previsibilidad contractual en el nuevo Código Civil y Comercial*, por EDUARDO C. MÉNDEZ SIERRA, ED, 264-849; *La nueva dimensión de la responsabilidad precontractual. Aparición, apogeo y crepúsculo de la teoría de von Ihering*, por MIGUEL EDUARDO RUBÍN, ED, 266-919; *El boleto de compraventa inmobiliaria. ¿Contrato preliminar o definitivo?*, por ALEJANDRO BORDA, ED, 271-760; *La prevención en el derecho de daños*, por VALERIA MORENO, ED, 272-447; *Prevención de daños y solidaridad*, por SILVIA MARRAMA, ED, 272-228; *Apuntes en torno a las medidas mitigadoras en el Código Civil y Comercial argentino, con especial atención a la responsabilidad civil por incumplimiento contractual*, por DANIEL UGARTE MOSTAJO, ED, 275-504; *La conexidad contractual en los negocios jurídicos inmobiliarios*, por MARÍA T. ACQUARONE, ED, 289-1506; *Ciertos aspectos destacados de la cláusula penal*, por CARLOS ALBERTO FOSSACECA, ED, 294-417; *Cláusula penal y mora*, por ALEJANDRO BORDA, ED, 301. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Profesor titular de Derecho de los Contratos de la Universidad Austral.

(**) Este trabajo se basa en el § 1.10 de mi libro *La cláusula penal* (Buenos Aires, La Ley, 2020).

(1) Artículo 961.

(2) Artículo 1061.

(3) V. Isabel ARANA DE LA FUENTE, “La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria”, en *Anuario de derecho civil*, vol. 62, n.º 4, 2009, pp. 1589-1590; Oscar J. AMEAL, en Augusto C. Belluscio (director) y Eduardo A. Zannoni (coordinador), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado. Tomo 3*, Buenos Aires, Astrea, 1981, p. 205; Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Volumen II*, 6.º ed. (1.º ed., 1976), Madrid, Tecnos, 1989, p. 174; Julián E. JAUL, en Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo III*, Buenos Aires, Infojus, 2015, p. 87; Juan C. PALMERO, *Tutela jurídica del crédito*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 160; Carlos A. RÍOS LÓPEZ, *Sistema de la responsabilidad. Una teoría integral para los ámbitos civil y penal*, Buenos Aires, Astrea, 2019, p. 498; Rubén H. COMPAGNUCCI DE CASO, *Manual de obligaciones*, Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 176; Aldo M. AZAR y María del Pilar MANCINI, “Ponderación de los principios, valores y finalidades en la morigeración de las cláusulas penales”, en *Thomson Reuters Información Legal*, AR/DOC/1648/2019, § 1; Silvia DÍAZ ALABART, *La*

cláusula penal, Madrid, Reus, 2011, p. 71; Javier DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, Madrid, Montecorvo, 1992, p. 44; Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, en *La cláusula penal*, Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 21, y en “De las obligaciones con cláusula penal”, en Alberto J. Bueres (director) y Elena I. Highton (coordinadora), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Tomo 2 A*, 2.º ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1998, p. 543; Félix A. TRIGO REPRESAS y Rubén H. COMPAGNUCCI DE CASO, en Jorge Alterini (director) e Ignacio Alterini (coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético. Tomo IV*, 2.º ed. (1.º ed., 2015), Buenos Aires, La Ley, 2016, comentario al art. 790, § 4; Pedro N. CAZEAUX y Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones. Tomo 1*, 3.º ed. (1.º ed., 1969), La Plata, Librería Editora Platense, 1987, p. 516; Jorge J. LLAMBIAS, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Tomo 1*, 4.º ed., actualizado por Patricio Raffo Benegas, Buenos Aires, Perrot, 1983, p. 427; Guillermo A. BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Tomo 1*, 7.º ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 206; Ramón D. PIZARRO y Carlos G. VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones. Tomo 3*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pp. 68-69; Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8.º ed. (1.º ed., 1972), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 191.

(4) V. Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, cit., p. 191.

(5) V. Rubén H. COMPAGNUCCI DE CASO, *Manual de obligaciones*, Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 175.

(6) Varias de estas reglas se superponen total o parcialmente.

(7) V. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La cláusula penal*, cit., p. 22.

(8) V. ídem.

(9) V. CNACom, sala G, “Palilla, Gustavo E. c. Bokorsa, S.A.”, 18/8/1981, en *El Derecho*, 95, p. 702.

(10) V. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Algunos aspectos de la inmutabilidad relativa de la cláusula penal”, en *Thomson Reuters Información Legal*, AR/DOC/21048/2001, § 2.

Cierro con tres aclaraciones:

1) Las consideraciones precedentes presuponen que estamos ante la cláusula penal típica, que agrava la situación del deudor de la obligación principal si se la compara con aquella en la que se encontraría si se aplicasen las reglas generales de las obligaciones y la responsabilidad civil. En otros términos: la cláusula penal punitiva. Partiendo de este presupuesto, las pautas restrictivas señaladas implican interpretar la cláusula penal de la manera más favorable para el deudor. La situación sería muy distinta si no se verificase este presupuesto, lógicamente, ya que, al acotar la pena, se lo estaría perjudicando. De ser el caso, estaríamos ante una suerte de cláusula limitativa de la responsabilidad. En lo que aquí nos concierne, tan solo aclaro que el criterio de interpretación restrictiva, tal como resulta de las consideraciones precedentes, no sería aplicable en este supuesto.

2) Como lo señalara, estas pautas hermenéuticas específicas deben interpretarse en conjunto con las genéricas que sean igualmente aplicables (v. gr., las de los contratos, si, como es frecuente, la cláusula penal es convencional). Supongamos, por ejemplo, que la duda se refiere al alcance de la pena estipulada. De acuerdo con una de las reglas referidas, habría que asignarle el alcance menor. Sin embargo, el encuadre podría verse alterado, y mucho, si se tratase de un contrato celebrado por adhesión y el deudor de la pena fuese el predisponente, ya que sería aplicable el artículo 987 del Código Civil y Comercial: “Las cláusulas ambiguas predisuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente”. Por cierto, no pretendo zanjar aquí la cuestión planteada, sino tan solo mostrar que es necesario que las pautas hermenéuticas específicas de este instituto se integren con las más genéricas que, según la naturaleza del acto, le resulten aplicables.

3) El criterio hermenéutico de la interpretación restrictiva se aplica solo en caso de duda. En su defecto, no hay que aplicarlo, y debe estarse a lo estipulado. Veamos un caso que se resolvió correctamente con este criterio, aunque sin teorizarlo⁽¹¹⁾:

- En octubre de 2004, un jugador de fútbol y su agente se vincularon mediante un acuerdo al que denominaron “contrato de mediación”.

- La retribución del agente se fijó en el 12% de las sumas netas que el jugador percibiese por cualquier concepto.

- El acuerdo era exclusivo a favor del agente: abarcaba todos los contratos vinculados con la actividad del jugador, sin limitaciones geográficas. Por lo tanto, el jugador debía direccionar al agente toda propuesta que recibiese de terceros, absteniéndose de aceptarla por su cuenta.

- Se reforzó esta obligación con una cláusula penal: de incumplirla, el jugador debería pagar al agente un 20% de todo lo que percibiese por la operación violatoria de la exclusividad. La cláusula disponía lo siguiente: El Mandante se compromete a no realizar ninguna transacción o contrato objeto de este Contrato, por sí o por terceros, sin la participación y el acuerdo del Agente de Jugadores durante la vigencia del presente Contrato. En el supuesto de que el Mandante contrate sin la previa intervención del Agente de Jugadores deberá indemnizarlo con

un 20% de lo que perciba *en todo concepto* por dicha transacción⁽¹²⁾.

- Pocos meses más tarde, en enero de 2005, y con la conformidad del jugador, el club de fútbol en el cual se desempeñaba (Vélez Sarsfield) y uno español (el Elche C.F.S.A.D.) celebraron un convenio de transferencia a préstamo al club cesionario hasta el 30 de junio de 2005.

- El jugador percibió las retribuciones correspondientes: un 15% de lo abonado por la transferencia, y luego los sueldos y primas.

- Su agente, que venía realizando gestiones en paralelo con otros clubes, fue excluido del negocio, del que se enteró por los periódicos. No participó en la operación ni recibió remuneración alguna.

- Por esta razón, demandó al jugador. Reclamó el pago de su retribución por el contrato con el club español –la comisión del 12% de todo lo recibido por el demandado por su vinculación con este club– y la cláusula penal –el 20% sobre los mismos ingresos–.

- El tribunal de primera instancia entendió que el jugador había violado la exclusividad convenida. Hizo lugar a la demanda, pero solo parcialmente. Condenó al demandado al pago de la pena, aunque calculada sobre el pase, sin primas ni salarios. Rechazó la pretensión de cobro de la comisión porque no se había acreditado ninguna gestión del agente respecto del negocio con el club extranjero.

- El accionante apeló la sentencia, disconforme con el rechazo de una de sus pretensiones (el cobro de la comisión del 12%) y el recorte de la otra (el cobro de la pena).

- Concentrémonos en lo segundo. El tribunal de segunda instancia modificó la sentencia en cuanto a la base para el cálculo de la pena. Consideró que esta incluía también el 20% de los salarios y las primas. Así resultaba –argumentó– del tenor de lo estipulado: efectuada la operación prohibida, el jugador debía indemnizar a su agente con un 20% “de lo que percib[iese] en todo concepto por dicha operación”. Ante la claridad de la cláusula, descartó el argumento del tribunal inferior, en el sentido de que, al no haberse especificado los rubros, debía entenderse que el cálculo del porcentual se limitaba a lo cobrado por el futbolista por la transferencia, sin primas ni salarios: Es que, en materia hermenéutica la primera pauta a meritarse consiste en acudir a los propios términos empleados, que en tanto sean claros –como en el caso– resultan la mejor interpretación de la voluntad de los interesados. Así, si en la cláusula se pactó que el porcentaje debía aplicarse sobre lo que se perciba en todo concepto por la transacción, no es necesario que se especifiquen los ítems que la componen, pues del propio concepto del término “todo” surge que no cabe ninguna exclusión.

En definitiva, y a pesar del criterio de interpretación restrictiva, el tribunal arribó a un resultado interpretativo que le asignaba mayor entidad o alcance a la pena. Correctamente, habida cuenta de la claridad de la cláusula aplicable.

VOCES: DERECHO CIVIL - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - OBLIGACIONES - RESPONSABILIDAD CIVIL - DAÑO - DAÑOS Y PERJUICIOS - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - PLAZO - MORA - BUENA FE - COMPRAVENTA INMOBILIARIA - CONTRATOS - ESCRITURA PÚBLICA - CLÁUSULA PENAL - OBLIGACIONES DE DAR SUMAS DE DINERO - OBLIGACIONES A PLAZO

(11) V. CNACom, sala E, “Decoud, Norberto Darío c. Valdemarin, Lucas Martín s/ ordinario”, 28/6/2013, en *Thomson Reuters Información Legal*, AR/JUR/40093/2013.

(12) Énfasis agregado.