

ANDRÉS SÁNCHEZ HERRERO

CONTRATOS

LA CLÁUSULA PENAL

THOMSON REUTERS  
**LA LEY**

Sánchez Herrero, Andrés  
La cláusula penal / Andrés Sánchez Herrero. - 1a ed. -  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2020.  
848 p.; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-4017-1

1. Derecho de los Contratos. I. Título.  
CDD 346.022

© Andrés Sánchez Herrero, 2020  
© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2020  
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires  
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

*Impreso en la Argentina*

Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida  
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio  
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación  
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación  
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

*Printed in Argentina*

All rights reserved

No part of this work may be reproduced  
or transmitted in any form or by any means,  
electronic or mechanical, including photocopying and recording  
or by any information storage or retrieval system,  
without permission in writing from the Publisher and the author.

Tirada 500 ejemplares

ISBN 978-987-03-4017-1

SAP 42816315

Las opiniones personales vertidas en los capítulos de esta obra son privativas de quienes las emiten.

*A mi abuelo Enrique.*



## ÍNDICE SIN-TÉTICO

---

Presentación del autor .....	XXXIII
Prólogo .....	XXXV
1. Introducción.....	1
2. Caracteres de la cláusula penal.....	53
3. Elementos de la cláusula penal (I): la voluntad – los sujetos .....	63
4. Elementos de la cláusula penal (II): el objeto .....	79
5. Elementos de la cláusula penal (III): la causa fin.....	111
6. Clasificación de las cláusulas penales.....	125
7. Exigibilidad de la cláusula penal: requisitos .....	185
8. Efectos de la cláusula penal en general .....	219
9. Efectos de la cláusula penal compensatoria .....	273
10. Efectos de la cláusula penal moratoria .....	305
11. Efectos de la cláusula penal estipulada para la resolución por incumplimiento.....	325
12. Efectos de la cláusula penal estipulada para el cumplimiento parcial, defectuoso o inexacto.....	337
13. Efectos de la cláusula penal en las obligaciones de sujeto plural .....	343
14. Efectos del incumplimiento de la cláusula penal.....	351
15. Modificación de la cláusula penal (I): consideraciones generales .....	373
16. Modificación de la cláusula penal (II): cláusula penal excesiva .....	395
17. Modificación de la cláusula penal (III): cumplimiento parcial, defectuoso o inexacto.....	539
18. Modificación de la cláusula penal (IV): cláusula penal insuficiente ...	573
19. Extinción.....	595
20. Comparación e interacción con otros institutos.....	621
21. La cláusula penal y las arras.....	641

22. La cláusula penal y los intereses moratorios voluntarios .....	655
23. La cláusula penal y el régimen de la imprevisión .....	681
24. La cláusula penitencial .....	695
25. Preguntas y respuestas sobre la cláusula penal (diálogo entre colegas) ..	709
26. Bibliografía .....	787

## ÍNDICE GENERAL

---

Presentación del autor .....	XXXIII
Prólogo .....	XXXV

### 1. INTRODUCCIÓN

1.1. Delimitación del objeto. Cuatro tipos de cláusulas penales. La “pena” penitencial .....	1
1.2. Definición.....	8
1.3. Normativa aplicable.....	11
1.4. Terminología.....	13
1.5. Evolución histórica.....	13
1.5.1. Derecho romano .....	13
1.5.2. Derecho medieval.....	17
1.5.2.1. Consideraciones generales.....	17
1.5.2.2. Derecho español .....	19
1.5.3. Antiguo derecho francés.....	19
1.5.4. Siglo XVIII.....	19
1.5.5. Siglo XIX.....	19
1.5.6. Siglo XX .....	20
1.6. Derecho comparado.....	20
1.6.1. Introducción: el sistema del <i>common law</i> y el continental europeo.....	20
1.6.2. Reino Unido.....	22
1.6.3. Estados Unidos de América .....	24
1.6.4. Francia.....	26
1.6.5. Italia .....	27
1.6.6. España .....	27
1.6.7. Alemania.....	30
1.6.8. Portugal .....	30

1.6.9. Los proyectos de armonización europeos .....	32
1.6.9.1. Introducción .....	32
1.6.9.2. Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.....	32
1.6.9.3. Principios de derecho contractual europeo.....	36
1.6.9.4. Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía .....	38
1.7. Funciones .....	39
1.8. Naturaleza jurídica.....	39
1.8.1. La cláusula penal y la fuente de la obligación principal.....	39
1.8.2. La cláusula penal es, en sí, un acto jurídico.....	40
1.8.3. ¿Qué tipo de acto jurídico es la cláusula penal? .....	41
1.8.3.1. Regla general. Los contratos y los actos jurídicos unilaterales .....	41
1.8.3.2. Acto colectivo .....	42
1.8.3.3. Testamento .....	42
1.8.3.4. La ley .....	44
1.8.3.5. Conclusión.....	45
1.9. Fundamento .....	45
1.10. Interpretación.....	45

## 2. CARACTERES DE LA CLÁUSULA PENAL

2.1. Introducción.....	53
QR con información complementaria .....	53
2.2. La cláusula penal es voluntaria.....	53
2.3. La cláusula penal es accesoria .....	54
2.3.1. Noción.....	54
2.3.2. Implicancias .....	55
2.3.3. Excepciones .....	58
2.4. La cláusula penal, ¿es preventiva? .....	59
2.5. La cláusula penal es subsidiaria.....	59
2.6. La cláusula penal, ¿es no acumulable?.....	60
2.7. La cláusula penal es definitiva .....	60
2.8. La cláusula penal, ¿es inmutable?.....	61
2.9. La cláusula penal es de interpretación restrictiva.....	61



### 3. ELEMENTOS DE LA CLÁUSULA PENAL (I): LA VOLUNTAD – LOS SUJETOS

3.1. Introducción: sobre los elementos de la cláusula penal, en general ..	63
3.2. Sujetos.....	63
3.2.1. Consideraciones generales.....	63
3.2.2. Obligado al pago de la pena.....	64
3.2.2.1. ¿Puede ser deudor de la pena un tercero?.....	64
3.2.2.2. ¿Puede ser deudor de la pena quien no es parte en la cláusula penal? .....	67
3.2.3. Beneficiario de la pena .....	68
3.3. Manifestación de la voluntad .....	70
3.4. ¿Cuándo puede estipularse la cláusula penal?.....	71
3.5. Actuación por medio de representante .....	75
3.6. Capacidad .....	75
3.7. Forma .....	76
3.8. Prueba.....	77

### 4. ELEMENTOS DE LA CLÁUSULA PENAL (II): EL OBJETO

4.1. Objeto de la pena .....	79
4.1.1. Consideraciones generales.....	79
4.1.2. Licitud .....	79
4.1.3. ¿Qué se puede estipular como pena? .....	80
4.1.3.1. Regla general .....	80
4.1.3.2. Prestaciones de hacer .....	82
4.1.3.3. Prestaciones de no hacer .....	83
4.1.3.4. Pérdida definitiva o temporaria de bienes, derechos, calidades o beneficios.....	83
4.1.3.5. Caducidad del plazo .....	85
4.1.3.6. ¿Es preciso que la pena consista en una obligación?....	86
4.1.3.7. ¿Es preciso que la prestación objeto de la pena sea distinta de la que es objeto de la obligación principal?	89
4.2. La relación jurídica principal.....	89
4.2.1. Consideraciones generales.....	89
4.2.2. La obligación principal .....	90
4.2.2.1. Regla general .....	90

4.2.2.2. Cargo.....	90
4.2.2.3. Obligación no exigible .....	91
4.2.3. Fuente de la relación jurídica principal.....	92
4.2.3.1. Consideraciones generales.....	92
4.2.3.2. Consideraciones aplicables si la fuente de la obligación principal es un acto jurídico .....	93
4.2.3.3. Responsabilidad precontractual .....	101
4.2.3.4. La cláusula penal, el deber genérico de no dañar a otro y la responsabilidad civil extracontractual .....	102
4.2.3.5. Astreintes.....	105
4.3. Modalidades .....	106
4.3.1. Consideraciones generales.....	106
4.3.2. Condición .....	107
4.3.3. Plazo .....	108
4.3.4. Cláusula penal accesoria de otra cláusula penal .....	110

## 5. ELEMENTOS DE LA CLÁUSULA PENAL (III): LA CAUSA FIN

5.1. Autonomía .....	111
5.2. La causa fin típica. Consideraciones generales.....	111
5.3. Función compulsiva .....	112
5.4. Función resarcitoria .....	115
5.5. La cláusula penal típica suele cumplir las dos funciones.....	117
5.6. La cláusula penal insuficiente .....	117
5.7. ¿A quién beneficia la cláusula penal?.....	118
5.8. ¿Función resolutoria?.....	118
5.9. ¿Función de garantía? .....	119
5.10. Disquisiciones teóricas .....	120
5.11. Requisitos: existencia y licitud de la causa.....	122

## 6. CLASIFICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS PENALES

6.1. Pena compensatoria; moratoria; por resolución por incumplimiento, o por cumplimiento parcial, defectuoso o inexacto .....	125
6.1.1. Consideraciones generales. Criterio en el que se basa esta clasificación .....	125
6.1.2. Cláusula penal compensatoria.....	130
6.1.2.1. Noción.....	130

---

6.1.2.2. La pena compensatoria puede estipularse para un incumplimiento absoluto o relativo de la obligación principal, o para ambos .....	131
6.1.2.3. La aplicación de una pena compensatoria presupone un incumplimiento definitivo y absoluto de la obligación principal .....	136
6.1.2.4. Efectos .....	138
6.1.3. Cláusula penal moratoria .....	138
6.1.3.1. Noción.....	138
6.1.3.2. Lo que caracteriza a la pena moratoria no es solo el tipo de incumplimiento para el que está prevista, sino su efecto .....	142
6.1.3.3. Efectos .....	145
6.1.3.4. El simple retardo.....	145
6.1.3.5. Devengamiento .....	146
6.1.3.6. Recepción del pago tardío.....	148
6.1.4. Cláusula penal estipulada para la resolución por incumplimiento .....	148
6.1.4.1. Noción.....	148
6.1.4.2. Ámbito de aplicación .....	150
6.1.4.3. La pena por resolución puede preverse para cualquier tipo de incumplimiento, en la medida en que habilite la resolución del contrato .....	150
6.1.4.4. La aplicación de una pena por resolución presupone un incumplimiento definitivo y absoluto de la obligación principal .....	150
6.1.4.5. La pena por resolución y el pacto comisorio .....	152
6.1.4.6. Modalidades: genérica y específica .....	152
6.1.4.7. La cláusula penal resolutoria y el incumplimiento de las obligaciones nacidas por la resolución.....	153
6.1.4.8. Efectos .....	154
6.1.4.9. La cláusula resolutoria y la pena por resolución .....	154
6.1.5. Cláusula penal estipulada para el cumplimiento parcial, defectuoso o inexacto .....	158
6.1.5.1. Noción.....	158
6.1.5.2. Efectos .....	159
6.1.6. Calificación de la cláusula penal.....	159
6.1.6.1. Introducción. Regla (muy) general .....	159
6.1.6.2. Denominación de la pena.....	160
6.1.6.3. Tipo de incumplimiento .....	161
6.1.6.4. Valor relativo de la pena y de la prestación principal ..	161

6.1.6.5. Naturaleza de la obligación. Las obligaciones de no hacer.....	164
6.1.6.6. Aptitud resarcitoria de la pena.....	168
6.1.6.7. Supuestos dudosos.....	170
6.1.6.8. Reflexión final. Carácter de la enumeración.....	171
6.1.7. Aplicación específica del criterio de interpretación restrictiva..	171
6.2. Clasificación según el supuesto de hecho al que se refiere la cláusula ...	172
6.2.1. Introducción.....	172
6.2.2. Obligaciones cubiertas por la pena.....	174
6.2.3. Prestaciones alcanzadas por la pena.....	177
6.2.4. Incumplimientos sancionados con la pena.....	178
6.2.5. Daños resarcidos por la pena.....	180
6.2.6. Factor de atribución. El incumplimiento doloso.....	182
6.2.6.1. Consideraciones generales.....	182
6.2.6.2. Acuerdos posteriores al incumplimiento.....	183
6.3. Pena acumulable y no acumulable.....	183
6.4. Pena limitativa y no limitativa.....	184

## 7. EXIGIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL: REQUISITOS

7.1. Introducción.....	185
7.2. Antijuridicidad: el incumplimiento de la obligación principal.....	186
7.2.1. Regla general.....	186
7.2.2. Causas de justificación.....	187
7.2.3. La mora.....	188
7.2.3.1. Planteo del problema.....	188
7.2.3.2. Dos aclaraciones previas.....	188
7.2.3.3. Posturas.....	194
7.2.3.4. Mi posición.....	199
7.3. ¿Imputabilidad?.....	200
7.3.1. Aclaración previa.....	200
7.3.2. Posturas.....	201
7.3.3. Mi posición.....	207
7.4. ¿Daño?.....	212
7.4.1. Regla general.....	212
7.4.2. Estipulación que excluye la necesidad del daño.....	212
7.4.3. Estipulación que requiere el daño.....	213
7.5. Nexo causal.....	214

7.6. ¿Opción del acreedor?.....	216
---------------------------------	-----

## 8. EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL EN GENERAL

8.1. Introducción. Método de exposición. Aclaraciones iniciales.....	219
8.2. Sobre los medios generales de tutela del crédito y su interacción con la cláusula penal.....	222
8.2.1. Introducción .....	222
8.2.2. Aclaración previa: sobre la necesidad y los límites de este análisis.....	222
8.2.3. Presupuestos del análisis: imputabilidad del incumplimiento y obligación principal de fuente contractual .....	223
8.2.4. Régimen general de tutela del crédito .....	223
8.2.5. Sobre el contenido del cumplimiento por equivalente económico .....	227
8.2.6. Interacción de la cláusula penal con los medios generales de tutela del crédito: síntesis y remisión.....	228
8.3. La pena como límite de los derechos del acreedor .....	232
8.3.1. Regla general y excepciones .....	232
8.3.2. En qué casos y en qué medida la pena limita los derechos del acreedor.....	233
8.3.3. La cláusula penal como cláusula limitativa de la responsabilidad. Los límites del límite .....	234
8.4. El derecho de opción.....	234
8.4.1. Introducción. ¿Es preciso que el acreedor opte por la pena? ¿Es posible? Síntesis y remisión .....	234
8.4.2. <i>Ius variandi</i> .....	236
8.4.3. La opción en la cláusula penitencial: remisión.....	238
8.5. ¿Es la pena acumulable?.....	239
8.5.1. Introducción .....	239
8.5.2. Prima la autonomía de la voluntad .....	241
8.5.3. ¿Es la pena acumulable con la obligación principal? ¿Y con sus derivados (el resarcimiento legal u otras penas)?.....	241
8.5.3.1. Introducción .....	241
8.5.3.2. ¿Son acumulables la pena y la prestación objeto de la obligación principal? .....	242
8.5.3.3. ¿Son acumulables la pena y el resarcimiento legal? .....	251
8.5.3.4. ¿Son acumulables las penas entre sí? .....	262
8.5.4. ¿Son acumulables la pena y los intereses?.....	267
8.5.4.1. Introducción .....	267

8.5.4.2. ¿Son acumulables la pena y los intereses compensatorios? .....	269
8.5.4.3. ¿Son acumulables la pena y los intereses moratorios?.....	269
8.5.5. ¿Son acumulables la pena y las astreintes? .....	271
8.5.6. Morigeración judicial.....	272

## 9. EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL COMPENSATORIA

9.1. Etapa anterior al incumplimiento de la obligación principal.....	273
9.2. Etapa posterior al incumplimiento de la obligación principal .....	274
9.2.1. Pena aplicable ante el incumplimiento absoluto y definitivo de la obligación principal .....	274
9.2.1.1. Derecho de opción .....	274
9.2.1.2. Interacción de la cláusula penal con los demás medios de tutela del crédito .....	276
9.2.1.3. Acumulabilidad .....	278
9.2.2. Pena aplicable ante el incumplimiento relativo de la obligación principal .....	278
9.2.2.1. Introducción .....	278
9.2.2.2. Situación anterior al ejercicio del derecho de opción... ..	279
9.2.2.3. Situación posterior al ejercicio del derecho de opción.....	283
9.3. La cláusula penal compensatoria y la resolución por incumplimiento ...	288
9.3.1. Aclaración inicial .....	288
9.3.2. ¿Es compatible la cláusula penal compensatoria con el ejercicio de la facultad resolutoria? .....	288
9.3.3. La estipulación de una cláusula penal compensatoria, ¿habilita para resolver el contrato al que accede? .....	289
9.3.4. Si se resuelve un contrato por incumplimiento, ¿se debe pagar la pena compensatoria?.....	293
9.3.4.1. Introducción. Marco normativo.....	293
9.3.4.2. Tesis positiva.....	294
9.3.4.3. Tesis negativa.....	300
9.3.4.4. Mi opinión.....	304

## 10. EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL MORATORIA

10.1. Etapa anterior al incumplimiento de la obligación .....	305
10.2. Etapa posterior al incumplimiento de la obligación.....	305
10.2.1. Regla general .....	305

10.2.2. Derecho de opción: ¿es preciso que el acreedor opte por la pena?; ¿es posible? .....	305
10.2.3. Interacción de la cláusula penal con los demás medios de tutela del crédito .....	306
10.2.4. Acumulabilidad.....	306
10.2.5. Si la obligación principal se incumple de modo definitivo y absoluto, ¿se debe pagar la pena moratoria? .....	307
10.2.6. Si se resuelve un contrato por incumplimiento, ¿se debe pagar la pena moratoria? .....	308
10.2.6.1. Introducción. Marco normativo.....	308
10.2.6.2. Incumplimiento de una prestación que ha quedado firme a pesar de la resolución.....	310
10.2.6.3. Incumplimiento de una prestación afectada por el efecto extintivo de la resolución.....	314
10.2.6.4. Límites temporales del devengamiento.....	323
10.2.7. ¿Abuso del derecho a que se devengue la pena? .....	324

## **11. EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL ESTIPULADA PARA LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO**

11.1. Marco normativo .....	325
11.2. Etapa anterior al incumplimiento .....	326
11.3. Etapa posterior al incumplimiento .....	326
11.3.1. Etapa anterior a la resolución del contrato.....	326
11.3.1.1. Operatividad de la pena .....	326
11.3.1.2. La cláusula penal habilita para resolver el contrato por incumplimiento .....	327
11.3.2. Etapa posterior a la resolución del contrato .....	330
11.3.2.1. Consideraciones generales. Efectos de la resolución ..	330
11.3.2.2. ¿Se debe la pena? .....	331
11.3.3. Derecho de opción: ¿es preciso que el acreedor opte por la pena?; ¿es posible? .....	331
11.3.4. Interacción de la cláusula penal con los demás medios de tutela del crédito .....	332
11.3.5. Acumulabilidad.....	333
11.3.6. La pena abusiva .....	334

## **12. EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL ESTIPULADA PARA EL CUMPLIMIENTO PARCIAL, DEFECTUOSO O INEXACTO**

12.1. Etapa anterior al incumplimiento de la obligación .....	337
---	-----

12.2. Etapa posterior al incumplimiento de la obligación.....	337
12.2.1. Primer escenario: el deudor incurre en un incumplimiento distinto de aquel respecto del cual está prevista la pena .....	337
12.2.2. Segundo escenario: el deudor incurre en un incumplimiento comprendido por la pena .....	338
12.2.2.1. Aclaración previa .....	338
12.2.2.2. Primer subescenario: el acreedor rechaza el pago .....	338
12.2.2.3. Segundo subescenario: el acreedor admite el pago.....	338
12.3. Derecho de opción: ¿es preciso que el acreedor opte por la pena?; ¿es posible? .....	340
12.4. Interacción de la cláusula penal con los demás medios de tutela del crédito.....	341
12.5. Acumulabilidad.....	342

### **13. EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL EN LAS OBLIGACIONES DE SUJETO PLURAL**

13.1. Pluralidad pasiva .....	343
13.1.1. Introducción. Normativa aplicable.....	343
13.1.2. Relación externa (entre los codeudores y el acreedor) .....	343
13.1.2.1. ¿Qué codeudores están obligados a pagar la pena? ...	343
13.1.2.2. Entre los obligados al pago de la pena, ¿qué debe pagar cada uno? .....	344
13.1.2.3. ¿Tienen los codeudores derecho a un trato igualitario? .....	347
13.1.3. Relación interna (entre los codeudores).....	347
13.2. Pluralidad activa .....	348
13.2.1. Introducción .....	348
13.2.2. Relación externa (entre los coacreedores y el deudor) .....	348
13.2.2.1. ¿Qué coacreedores tienen derecho a la pena? .....	348
13.2.2.2. Entre los coacreedores con derecho a la pena, ¿qué tiene derecho a cobrar cada uno?.....	348
13.2.3. Relación interna (entre los coacreedores) .....	350

### **14. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA CLÁUSULA PENAL**

14.1. Sobre los efectos del incumplimiento de la cláusula penal, en general .....	351
14.2. La inmutabilidad de la cláusula penal y el resarcimiento del daño causado por la mora en el pago de la pena.....	355



14.3. La no acumulabilidad de la cláusula penal y el resarcimiento del daño causado por la mora en el pago de la pena .....	355
14.4. El problema del anatocismo .....	356
14.5. Sobre los intereses, en general .....	357
14.6. Acotamiento del problema .....	358
14.7. La objeción .....	360
14.8. Sobre el anatocismo .....	361
14.8.1. Qué es.....	361
14.8.2. Sistemas .....	362
14.8.3. Razones para su prohibición .....	363
14.8.4. ¿Está prohibido el anatocismo? .....	368
14.9. Mi opinión .....	369
14.9.1. Intereses moratorios legales.....	369
14.9.2. Intereses moratorios voluntarios .....	371
14.10. ¿Reducción de la pena? .....	372

### **15. MODIFICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL (I): CONSIDERACIONES GENERALES**

15.1. Introducción.....	373
15.2. Evolución histórica.....	374
15.2.1. Evolución general.....	374
15.2.2. Evolución en la Argentina .....	374
15.2.2.1. Código Civil originario .....	374
15.2.2.2. Código Civil reformado por la ley 17711 .....	376
15.2.2.3. Código Civil y Comercial.....	376
15.3. Sistemas .....	376
15.3.1. Introducción .....	376
15.3.2. Contratos de consumo y contratos celebrados por adhesión.....	377
15.3.3. El <i>common law</i> y el derecho continental europeo .....	378
15.3.4. Subsistemas del modelo continental europeo.....	379
15.4. ¿Qué sistema es preferible?.....	383
15.5. Derecho argentino: visión panorámica .....	391
15.5.1. Regla general .....	391
15.5.2. Excepciones .....	391
QR con información complementaria .....	393

## 16. MODIFICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL (II): CLÁUSULA PENAL EXCESIVA

16.1. Normativa aplicable.....	395
16.2. Evolución histórica.....	396
16.3. Los contratos de consumo y los celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas .....	396
16.4. La pena excesiva y la lesión.....	396
16.5. La pena excesiva y los intereses usurarios.....	399
16.6. Interpretación. Carácter excepcional e interpretación restrictiva ...	400
16.7. Requisitos .....	405
16.7.1. Introducción .....	405
16.7.2. Desproporción entre la pena y la gravedad de la falta .....	406
16.7.2.1. Consideraciones generales.....	406
16.7.2.2. La desproporción debe ser evidente. El impacto de la función compulsiva de la pena .....	406
16.7.2.3. Elementos entre los cuales debe existir la desproporción.....	409
16.7.2.4. Libre apreciación judicial. La equidad .....	420
16.7.2.5. Punto de corte que separa a la desproporción evidente de la que no lo es: casuística .....	421
16.7.2.6. Tiempo relevante .....	425
16.7.2.7. Prueba .....	427
QR con información complementaria .....	429
16.7.2.8. El caso ¿especial? de la pena moratoria.....	429
16.7.3. Aprovechamiento abusivo de la situación del deudor por parte del acreedor .....	429
16.7.3.1. Consideraciones generales.....	429
16.7.3.2. Situación de inferioridad del deudor .....	430
16.7.3.3. Aprovechamiento abusivo por el acreedor .....	447
16.7.3.4. Prueba .....	448
16.7.3.5. Abuso por acumulación de la pena moratoria.....	462
16.7.4. El régimen de la lesión en general y el de la cláusula penal abusiva en particular se vienen aplicando desde sus comienzos en clave objetiva, y es bueno que así sea .....	474
16.7.4.1. Introducción .....	474
16.7.4.2. ¿Con qué criterio debería abordarse la cuestión? .....	475
16.7.4.3. ¿Con qué criterio se están aplicando el régimen de la lesión en general y el de la cláusula penal abusiva en particular? .....	480

---

16.7.5. Incidencia de los artículos 1714 y 1715 del Cód. Civ. y Com.	488
16.7.5.1. Introducción .....	488
16.7.5.2. La norma proyectada y la norma vigente .....	488
16.7.5.3. ¿Son aplicables a la cláusula penal los arts. 1714 y 1715? .....	490
16.7.6. Contratos de consumo y contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predisuestas .....	497
16.8. Procedimiento .....	497
16.8.1. Regla general: la vía judicial.....	497
16.8.2. La petición .....	498
16.8.2.1. ¿Se requiere la petición de parte o cabe la reducción de oficio? .....	498
16.8.2.2. Legitimación .....	506
16.8.2.3. Modo de peticionar la reducción: ¿es válido el pedido genérico o debe ser específico? .....	509
16.8.3. Vías procesales para plantear la reducción .....	509
16.8.4. La reducción de la pena y los juicios ejecutivos .....	510
16.9. Efectos .....	511
16.9.1. Regla general .....	511
16.9.2. Fundamento del tipo de sanción aplicable.....	511
16.9.3. La reducción no es facultativa .....	513
16.9.4. Criterio aplicable para reducir la pena. Casos .....	513
16.9.5. Tiempo relevante.....	522
16.9.6. Pena indivisible .....	522
16.9.7. Naturaleza jurídica de la sanción .....	524
16.9.8. Efectos de la sentencia.....	526
16.9.9. El caso especial de la imputación como pena de lo pagado como precio. Mora en la restitución de lo retenido en exceso ....	526
16.9.10. Los contratos de consumo y los celebrados por adhesión a cláusulas generales predisuestas .....	527
16.10. Renuncia .....	527
16.10.1. Introducción .....	527
16.10.2. Supuestos .....	527
16.10.2.1. Renuncia anterior o coetánea a la celebración de la cláusula penal .....	527
16.10.2.2. Renuncia posterior a la celebración de la cláusula penal.....	531
16.11. Prescripción.....	536
16.12. Interacción con el art. 798 del Cód. Civ. y Com. ....	536

### **17. MODIFICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL (III): CUMPLIMIENTO PARCIAL, DEFECTUOSO O INEXACTO**

17.1. Normativa aplicable.....	539
17.2. Fundamento.....	540
17.3. Ámbito de aplicación .....	542
17.3.1. Regla general .....	542
17.3.2. Pena indivisible .....	543
17.3.3. Cláusula penal accesoria a una obligación de no hacer .....	544
17.4. Requisitos .....	545
17.4.1. Introducción .....	545
17.4.2. Análisis .....	546
17.4.2.1. El deudor incurre en un incumplimiento de menor entidad que aquel para el cual la pena fue estipulada realmente: el cumplimiento parcial, defectuoso o inexacto.....	546
17.4.2.2. El acreedor acepta el pago, pero sin renunciar a la pena.....	549
17.4.2.3. El cumplimiento es útil para el acreedor.....	555
17.4.3. No se requiere la buena fe del deudor .....	556
17.4.3.1. Regla general .....	556
17.4.3.2. Incumplimiento por dolo .....	557
17.5. Petición de parte.....	558
17.6. Efectos .....	558
17.6.1. Regla general: la reducción. La pena indivisible .....	558
17.6.2. La aplicación de la norma no es discrecional para el juez.....	559
17.6.3. Criterio aplicable para reducir la pena .....	560
17.6.4. Pena indivisible .....	564
17.6.5. Pena insuficiente.....	565
17.6.6. Pena excesiva .....	567
17.6.7. Efectos de la sentencia.....	570
17.7. Carácter supletorio.....	570

### **18. MODIFICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL (IV): CLÁUSULA PENAL INSUFICIENTE**

18.1. Introducción.....	573
18.2. Sobre si la pena debería ser un tope para los derechos del acreedor ...	574
18.2.1. Argumentos favorables a la tesis positiva. Refutación .....	574

---

18.2.2. Mi posición.....	575
18.3. Escenarios.....	578
18.3.1. Cláusula penal acumulable.....	578
18.3.2. Cláusula penal no acumulable.....	579
18.3.2.1. Cláusula penal con derecho de opción.....	579
18.3.2.2. Cláusula penal sin derecho de opción.....	580
18.4. Remedio aplicable.....	588
18.5. Autonomía de la voluntad. Pactos que admiten el resarcimiento del mayor daño.....	588
18.6. ¿Cabe <i>reducir</i> una pena insuficiente?.....	590
18.7. La depreciación de la pena por la inflación.....	590
18.8. La insuficiencia de la pena como pauta de interpretación.....	590

## 19. EXTINCIÓN

19.1. Introducción.....	595
19.2. Extinción indirecta.....	595
19.2.1. Regla general.....	595
19.2.2. Pago.....	596
19.2.2.1. Regla general.....	596
19.2.2.2. Pago tardío.....	596
19.2.2.3. Cumplimiento parcial, defectuoso o inexacto.....	603
19.2.3. Novación.....	604
19.2.4. Compensación.....	605
19.2.5. Transacción.....	606
19.2.6. Imposibilidad sobrevenida de cumplimiento.....	606
19.2.6.1. Imposibilidad no imputable al deudor.....	606
19.2.6.2. Imposibilidad imputable al deudor.....	607
19.3. Extinción directa.....	609
19.3.1. Regla general.....	609
19.3.2. Renuncia.....	609
19.3.2.1. Regla general.....	609
19.3.2.2. Efectos.....	610
19.3.2.3. Forma.....	613
19.3.3. Imposibilidad sobrevenida de cumplimiento.....	618
19.3.3.1. Introducción.....	618
19.3.3.2. Imposibilidad no imputable al deudor.....	618
19.3.3.3. Imposibilidad imputable al deudor.....	619

## 20. COMPARACIÓN E INTERACCIÓN CON OTROS INSTITUTOS

20.1. La cláusula penal y la obligación alternativa .....	621
20.2. La cláusula penal y la obligación facultativa .....	623
20.3. La cláusula penal y el acto o la obligación condicional.....	624
20.4. La cláusula penal y las arras.....	631
20.5. La cláusula penal y la responsabilidad civil .....	631
20.6. La cláusula penal y los intereses .....	633
20.7. La cláusula penal y la fianza.....	634
20.8. La cláusula penal y la cláusula limitativa de la responsabilidad....	636
20.9. La cláusula penal y las sanciones conminatorias (astreintes).....	638

## 21. LA CLÁUSULA PENAL Y LAS ARRAS

21.1. Introducción.....	641
21.2. Sobre las arras.....	641
21.2.1. Normativa aplicable.....	641
21.2.2. Entrega de las arras.....	642
21.2.3. Carácter accesorio.....	643
21.2.4. Tipos de arras .....	644
21.3. La cláusula penal y las arras penales .....	647
21.3.1. Delimitación del cotejo .....	647
21.3.2. Semejanzas.....	647
21.3.3. Diferencias .....	648
21.3.4. Normativa aplicable.....	648
21.4. La cláusula penal y las arras penitenciales .....	649
21.4.1. Comparación .....	649
21.4.1.1. Delimitación del objeto.....	649
21.4.1.2. Semejanzas.....	649
21.4.1.3. Diferencias.....	649
21.4.2. Interacción .....	652
21.5. Identificación.....	652

## 22. LA CLÁUSULA PENAL Y LOS INTERESES MORATORIOS VOLUNTARIOS

22.1. Introducción.....	655
-------------------------	-----

22.2. Intereses: conceptos básicos.....	655
22.3. La cuestión de los intereses punitorios.....	657
22.3.1. Introducción. Las posturas encontradas .....	657
22.3.2. La dimensión terminológica .....	659
22.3.2.1. Consideraciones generales.....	659
22.3.2.2. Argumentos contrarios a la tesis que identifica a los intereses punitorios con los convencionales .....	660
22.3.2.3. Argumentos contrarios a la tesis que identifica a los intereses punitorios con los que contienen un plus sancionador .....	661
22.3.2.4. Implicancias prácticas de cada postura.....	669
22.3.2.5. Conclusión.....	673
22.4. Régimen jurídico de los intereses moratorios convencionales .....	674
22.4.1. Noción. Consideraciones generales .....	674
22.4.2. Ámbito de aplicación del art. 769 del Cód. Civ. y Com.....	676
22.4.3. Reglas aplicables. ¿Se requiere la explotación de la inferioridad del deudor para reducir los intereses usurarios? .....	676

### **23. LA CLÁUSULA PENAL Y EL RÉGIMEN DE LA IMPREVISIÓN**

23.1. Introducción. Regla general.....	681
23.2. La depreciación de la pena .....	682
23.2.1. Planteo del problema .....	682
23.2.2. Depreciación posterior a la mora en el pago de la pena.....	682
23.2.3. Depreciación anterior a la fecha en que la pena es exigible ..	683
23.2.3.1. Planteo del problema .....	683
23.2.3.2. Dos intentos fallidos de resolución del problema .....	683
23.2.3.3. La solución se encuentra en el régimen de la impresión.....	686
23.2.4. En síntesis .....	691
23.3. La depreciación de la prestación principal.....	692

### **24. LA CLÁUSULA PENITENCIAL**

24.1. Consideraciones generales .....	695
24.2. Normativa aplicable.....	696
24.3. ¿Pacto?.....	696
24.4. Carácter expreso .....	697

24.5. ¿Es la cláusula de displicencia una cláusula penal? .....	697
24.6. Modalidades .....	699
24.7. El pacto de displicencia y los distintos tipos de penas.....	701
24.8. Naturaleza de la obligación del deudor .....	703
24.9. La cláusula penitencial liberatoria del contrato .....	703
24.9.1. Introducción .....	703
24.9.2. El pacto de displicencia y las arras penitenciales .....	704
24.9.2.1. Semejanzas.....	704
24.9.2.2. Diferencias.....	704
24.9.3. El pacto de displicencia y la cláusula penal que accede a una cláusula resolutoria.....	705
24.10. La “verdadera” cláusula penal penitencial .....	706

## **25. PREGUNTAS Y RESPUESTAS SOBRE LA CLÁUSULA PENAL (DIÁLOGO ENTRE COLEGAS)**

25.1. Preguntas generales .....	709
25.2. Preguntas sobre los elementos de la cláusula penal.....	710
25.3. Preguntas sobre la clasificación de las cláusulas penales .....	717
25.4. Preguntas sobre la exigibilidad de la cláusula penal.....	724
25.5. Preguntas sobre los efectos de la cláusula penal en general.....	729
25.6. Preguntas sobre los efectos de la cláusula penal compensatoria.....	741
25.7. Preguntas sobre los efectos de la cláusula penal moratoria .....	746
25.8. Preguntas sobre los efectos de la cláusula penal estipulada para la resolución por incumplimiento.....	748
25.9. Preguntas sobre los efectos de la cláusula penal estipulada para el cumplimiento parcial, defectuoso o inexacto.....	752
25.10. Preguntas sobre los efectos del incumplimiento de la cláusula penal.....	756
25.11. Preguntas sobre la modificación de la cláusula penal en general ..	756
25.12. Preguntas sobre la cláusula penal excesiva .....	758
25.13. Preguntas sobre la reducción de la pena por cumplimiento parcial, defectuoso o inexacto.....	774
25.14. Preguntas sobre la cláusula penal insuficiente.....	779
25.15. Preguntas sobre la cláusula penal y los intereses moratorios voluntarios.....	783



**26. BIBLIOGRAFÍA**

26.1. Doctrina .....	787
26.2. Jurisprudencia .....	803