1. TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

"La *stipulatio poenae* en el Derecho Romano y su recepción en el Derecho Civil Argentino: Obligaciones con cláusula penal."

Mirta Beatriz Alvarez
Universidades de Belgrano y de Buenos Aires
República Argentina.

"LA *STIPULATIO POENAE* EN EL DERECHO ROMANO"

I. INTRODUCCION.-

La *stipulatio poenae* en el Derecho Romano permitía a las partes fijar de antemano los daños e intereses a abonar en caso de incumplimiento total de la obligación o en caso de mora.

Podía agregarse tanto a un contrato de derecho estricto como de buena fe, como así también a una obligación natural.

Las ventajas que aparejaban su utilización eran:

i) En las obligaciones que tenían por objeto una cosa que no fuera dinero o cuando la prestación consistía en un *facere*, el acreedor no debía probar el perjuicio que el incumplimiento total o el cumplimiento tardío de la obligación le había provocado.

ii) Cuando se agregaba a una obligación natural cumplía una función compulsiva, ya que a falta de cumplimiento voluntario del deudor, el acreedor podía exigir el pago de la *poena*.

iii) Como las partes estimaban los daños al constituirse la obligación, se evitaba que la estimación la fijara el juez a su arbitrio.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0426

II. ORIGEN.-

Según explica CUQ ('Les institucions juridiques des romains' Tomo I, p.210) en la primera época del Derecho Romano las únicas obligaciones jurídicamente exigibles fueron las que tenían por objeto sumas de dinero; las demás, y especialmente las que tenían por objeto un hecho o una abstención, no eran coercitivamente exigibles por cuanto se consideraba, en esa época, que la misión de los jueces no llegaba hasta autorizarlos para imponer a un ciudadano el cumplimiento forzado de un hecho que no quería ejecutar. Por otra parte, dominaba también durante ese período, la idea de que el juez no tenía el poder de fijar el monto de los perjuicios que un ciudadano debía pagar en caso de inejecución de una obligación cuya prestación consistiera en otra cosa que una suma de dinero.

La *stipulatio poenae* era un medio para asegurar el cumplimiento de la obligación; las partes establecían que, en caso de incumplimiento, el deudor debía pagar una suma de dinero al acreedor.

Posteriormente en Roma todas las obligaciones se hicieron exigibles, pero la *stipulatio poenae* subsistió, por las ventajas derivadas de su utilización.

III. FUNCIONAMIENTO.-

Las fuentes citan dos formas de funcionar:

1°) La fórmula primitiva citada por Paulo en Digesto XLIV, 7, 44, § 5 "Si yo hubiera estipulado así 'Si no dieres el fundo, prometes dar ciento?' sólo los ciento están comprendidos en la estipulación, y en el pago el fundo".

En este ejemplo la *stipulatio poenae* funciona como una obligación independiente de carácter *condicional.* La *poena* se hallaba condicionada a la no entrega del fundo. Si el deudor entregaba el fundo se extinguía la obligación de pagar la pena. El acreedor sólo podía reclamar la pena pues el deudor no se había obligado a entregar fundo. El Profesor Alterini (Curso de Obligaciones Tomo I, pag.302) siguiendo a Maynz la denomina 'cláusula penal impropia'.

2°) La fórmula nueva citada por Paulo en Digesto XLIV, 7, 44, § 6 "Pero si estipulé que se hiciera una nave, y, si no la hicieres, la suma de ciento, se ha de ver si hay dos estipulaciones, una pura y otra condicional, y si cumpliéndose la condición de la segunda no extinguirá la primera, o si la transfiere así, y se hace una como novación de la primera; lo que es más verdadero".

En este caso funciona como una obligación *accesoria* de otra principal

https://doi.org/10.55104/FRDC_0426

constituyendo la 'cláusula penal propiamente dicha', receptada por las legislaciones modernas. (conf. Maynz).

Los efectos son distintos según se trate de una obligación condicional o una obligación accesoria, a saber:

a) La obligación condicional subsiste por sí misma, en cambio en la obligación con cláusula penal accesoria, ésta depende de la obligación principal.

b) En la obligación condicional, cumplido el hecho condicionante se incurre en la pena y nada libera al deudor.

La obligación accesoria se extingue cuando se extingue la principal por imposibilidad de pago, siempre que no haya habido dolo o culpa del deudor.

c) En la obligación condicional, el acreedor sólo puede pedir el cumplimiento de la pena, ya que el deudor no asumió obligación de cumplir prestación principal alguna.

Cuando se trata de una obligación accesoria, el acreedor debe pedir primero el cumplimiento de la principal.

Girard en cambio opina que las dos fórmulas tenían la misma función (conf. Justiniano, Institutas III, 15, § 7) debiendo el contrato considerarse como estipulación condicional en cuanto a su validez y en cuanto a la realización de la condición, aunque no en todos los resultados de tal realización de acuerdo con los siguientes principios:

1) Para la validez del contrato bastaba que el hecho puesto como pena fuera susceptible de desempeñar el papel de condición.

2) La pena era debida desde que la condición bajo la cual se había prometido se hubiera cumplido.

3) La pena se debía íntegra a falta de ejecución completa de la obligación, también si se cumplió parcialmente.

4) En las obligaciones a término los daños e intereses por la mora son debidos desde la *interpellatio*, en cambio en las obligaciones a término con estipulación de pena, ésta última se debe desde el momento del vencimiento.

5) La pérdida por caso fortuito de la cosa debida como prestación liberaba al deudor, pero no impedía que éste quedara obligado a la pena.

Adelantamos que compartimos la opinión de Maynz en el sentido de considerar que existieron dos fórmulas diferentes, con efectos distintos en Roma; la primera funcionaba como obligación condicional y la segunda como cláusula accesoria.

Por otra parte, veremos, al examinar la recepción de esta institución en el derecho civil argentino, que existen dos casos citados por el Código Civil en que

https://doi.org/10.55104/FRDC_0426

la cláusula penal funcionaría como obligación condicional, como la primitiva fórmula romana.

IV. DERECHO DEL ACREEDOR CUANDO SE HA INCURRIDO EN LA PENA.-

Conforme a la segunda fórmula citada, el acreedor, ante el incumplimiento del deudor, tiene la opción de ejercitar la acción que sanciona su crédito y obtener indemnización de daños e intereses que serán fijados por el juez, o bien obrar *ex stipulatu* para reclamar la cantidad fijada como pena.

Lo que está vedado es acumular las dos acciones. Sin embargo, se admite que, si había obrado primeramente *poenae nomine*, tenía aún el derecho de ejercitar la acción originaria cuando era de buena fe, para obtener sólo aquello que podía procurarle de más.

En cambio si primero ejercitó la acción originaria, no podía después obrar *poenae nomine* (Juliano, en Digesto, XIX, 1, 28).

Las partes pueden a veces, según su intención, modificar las soluciones mencionadas precedentemente:

a) Han podido hacer una novación y querer que en caso de inejecución de la obligación originaria, ésta sea sustituída en forma absoluta por la obligación de pagar la pena: en este caso el acreedor sólo podrá obrar *poenae nomine* (Papiniano en Digesto XLV, I, 115, § 2 in fine).

b) Las partes pueden acordar que la ejecución de la obligación se acumule con la pena. Esto siempre ocurre cuando la pena se estipuló en caso de retardo de la obligación, v.gr. si la cosa debida es una suma de dinero, la cláusula penal representa los intereses debidos por el retardo, los que no pueden exceder el interés legal (Papiniano en Digesto, XXII, 1, 9 pr.).

Por el contrario, en los contratos de derecho estricto, (donde se utilizaba la primera fórmula), desde que se cumplía la condición, el acreedor sólo podía exigir la pena, salvo convención de partes.

"RECEPCION EN EL DERECHO CIVIL ARGENTINO: OBLIGACIONES CON CLAUSULA PENAL"

I. INTRODUCCION.-

El art. 652 del Código Civil Argentino la define así: "La cláusula penal es

https://doi.org/10.55104/FRDC_0426

aquélla en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o no ejecutar la obligación".

Conf. Salvat (Tratado de Derecho Civil Argentino III, Obligaciones en general Tomo I, p.112), la cláusula penal no exige fórmulas sacramentales; no es necesario que se hable literalmente de ella o que se empleen los términos 'pena' o 'multa'; basta que de las cláusulas de la convención resulte claramente que la intención de las partes ha sido establecerla, lo cual constituye una cuestión de hecho, librada a la apreciación judicial. La cláusula penal, por otra parte, puede ser estipulada al tiempo de celebrarse el contrato o con posterioridad; la ley no establece a este respecto limitación alguna.

II. FUNCIONES.-

La cláusula penal es un instituto polivalente con una doble función:

a) *función compulsiva:* pues incentiva al cumplimiento de la obligación.

El art. 652 CC Argentino, ya transcripto establece que la cláusula penal se introduce para asegurar el cumplimiento de la prestación principal. Como veremos más adelante se trata de una cláusula accesoria.

Sin embargo, también puede incorporarse para asegurar el cumplimiento de la pena, como en el caso de obligaciones no exigibles, art. 666 y en los arts. 664 (cláusula contraída por una persona que contrata por un tercero sin su representación), y 518 (las que se agregan a obligaciones naturales). En este caso funcionaría como obligación condicional.

b) *función indemnizatoria:* ya que fija de antemano el monto indemnizatorio, sea en forma definitiva (cláusula penal compensatoria) o en forma temporaria (cláusula penal moratoria).

Esta función se encuentra tratada en el art. 655 1° Parte del CC Argentino: "La pena o multa impuesto en la obligación, entra en lugar de la indemnización de perjuicios e intereses...".

También tiene función indemnizatoria cuando se pacta a favor de un tercero (art. 653 'in fine' CC Argentino): el tercero debe atenerse a lo que haga el acreedor de la obligación principal (si pide cumplimiento de la obligación o de la pena conf. art. 659 CC Argentino), sin perjuicio de que si se ha concebido la pena como una estipulación a su favor, el tercero tenga derecho a actuar directamente contra el obligado.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0426

III. METODOLOGIA DEL CODIGO CIVIL.-

La cláusula penal se trata como un aspecto de la clasificación de obligaciones con relación al objeto (arts. 652 a 666).

Su lugar apropiado debió ser el relativo a los efectos de las obligaciones (Alterini, Atilio A. "Curso de Obligaciones", Tomo I, p.304).

IV. CIRCUNSTANCIAS DE SU ESTIPULACION.-

1) *Sujetos:* el acreedor de la pena que puede ser el acreedor de la obligación principal o un tercero (art. 653 CC Arg.) y el deudor de la pena, que puede ser el de la obligación principal o un tercero.

2) *Objeto:* El art. 653 CC establece que "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...". Cualquier prestación que pueda ser objeto de las obligaciones (conf. art. 953 CC Arg.) puede ser objeto de la cláusula penal.

3) *Funcionamiento:* El art. 655 CC Arg. establece que la indemnización debida como pena o multa entra en lugar de la indemnización de perjuicios e intereses, *cuando el deudor se hubiese constituído en mora.*

En el caso de la pena compensatoria el acreedor puede "a su arbitrio" demandar el pago de la obligación principal o el de la pena (art. 659 CC Arg.).

El art. 654 CC Arg. establece: "Incurre en la pena estipulada, el deudor que no cumple la obligación en el tiempo convenido, aunque por justas causas no hubiese podido verificarlo". Esta disposición ha generado confusión, ya que de una primera lectura surgiría que el deudor, por el solo hecho de haber pactado una pena, responde por caso fortuito.

Salvat (op. citada) brinda argumentos para rechazar tal interpretación:

1°) chocaría con los principios más fundamentales que rigen la imputabilidad o responsabilidad del deudor, los cuales la excluyen salvo los casos de excepción, cuando la inejecución o retardo provienen de caso fortuito o fuerza mayor (art. 513 CC Arg.); a lo imposible nadie puede encontrarse obligado (art. 888 CC Arg.).

2°) la ley 37 *in fine*, de la Partida 5°, Título 11, citada por el codificador argentino en su nota al art. 654, establecía que la pena no se debía cuando la cosa cierta que debía darse se perdía o moría sin culpa del deudor.

3°) el art. 665 CC Arg., establece expresamente "Si la obligación principal se extingue sin culpa del deudor queda también extinguida la cláusula penal".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0426

4) *Extinción de la pena:*

- por vía directa: cuando lo debido en concepto de pena es de cumplimiento imposible por caso fortuito (imposibilidad de pago, art. 888 CC Arg.).

- por vía indirecta: cuando la obligación principal de la que depende se extingue o es inválida (art. 525 CC Arg. principio de accesoriedad).

V. COMPARACIONES.-

a) *Con la obligación alternativa:* En las obligaciones alternativas, el deudor debe una entre varias prestaciones independientes y distintas (art. 653 CC Arg.), cuya elección le compete en principio (art. 637 CC Arg.) y en caso de pérdida de una de ellas, debe la otra (art. 639 CC Arg.). Lo mismo acontecía en el Derecho Romano conforme las fuentes romanas citadas por el codificador en la recepción de este tipo de obligaciones.

En la cláusula penal, el deudor no puede pretender pagar la pena en vez de cumplir con la obligación principal (art. 658 CC Arg.), salvo que expresamente se hubiera reservado ese derecho, y la pérdida de lo debido como pena no afecta a la obligación principal. Además, en caso de pérdida de la prestación principal sin culpa se extingue la obligación de pagar la pena.

b) *Con la obligación facultativa:* Tanto en las obligaciones facultativas como en las obligaciones con cláusula penal existe una prestación accesoria, pero mientras que el deudor de una obligación facultativa puede sustituir la prestación debida *in obligatione* por otra que está *in facultate solutione* (art. 643 CC Arg.), el obligado por cláusula penal no puede hacerlo, salvo convención expresa (art. 658 CC Arg.).

Por otra parte en la obligación facultativa el acreedor no puede sino demandar la prestación principal que está *in obligatione*, en cambio en la obligación con cláusula penal puede demandar la prestación principal o la pena, pero no puede acumularlas, salvo casos de excepción.

c) *Con la obligación condicional:* La deuda de la cláusula penal está supeditada a un hecho condicionante que es el incumplimiento del deudor, pero el derecho del acreedor existe desde el nacimiento de la obligación, ya que la obligación principal no está supeditada a condición alguna.

Esta distinción es la que se daba entre la vieja fórmula romana de *stipulatio poenae* y la fórmula nueva: en la primera se formulaba como condicional y en la segundo como prestación accesoria.

Subsisten sin embargo en el Derecho Civil Argentino dos casos en que la

https://doi.org/10.55104/FRDC_0426

cláusula penal funciona como obligación condicional al estilo de la primitiva fórmula romana (art. 518 cuando se agrega a obligaciones naturales conf. art. 666 y el art. 664 en contratos celebrados por terceros sin tener representación).

VI. INMUTABILIDAD.-

Uno de los caracteres de la cláusula penal en el Derecho Civil Argentino es la inmutabilidad. Vélez Sarsfield consagró el principio de la inmutabilidad absoluta en los arts. 522 texto derogado, 655 2° parte, 656 texto original y 1189.

Sin embargo, la ley 17711/68 al agregar un segundo párrafo al art. 656 CC Arg., adoptó el criterio de la inmutabilidad relativa, ya que autoriza el reajuste judicial de las cláusulas penales excesivas, con la siguiente redacción: "...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".

Presupuestos de reducibilidad de la cláusula penal:

1) *Pena desproporcionada:* La desproporción puede ser en razón de:

a) la gravedad de la falta: el término 'falta' debe entenderse en sus dos acepciones, como gravedad de la infracción y como gravedad de la culpa. (Conf. Alterini, op. citada)

b) el valor de las prestaciones

c) las demás circunstancias del caso, que serán apreciadas según el principio de la equidad, tales como la solvencia de las partes, ventajas obtenidas por el deudor en razón del incumplimiento, situación económica de los contratantes, etc.

d) el monto del daño efectivamente causado por el incumplimiento (éste sería un supuesto no contemplado expresamente en el 2° párrafo agregado al art. 656 CC Arg. por la reforma)

2) *La lesión subjetiva:* La frase "un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor" está estrechamente vinculada con la lesión subjetiva introducida como vicio de los actos jurídicos por la misma reforma en el art. 954 CC Arg..

Tratándose de una cláusula penal abusiva sólo cabría el reajuste de la misma y no la nulidad de la cláusula.

La lesión subjetiva se producirá cuando exista una notable desproporción de la pena.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0426

3) *Desproporción sin que haya lesión subjetiva:* La lesión presupone la explotación de la debilidad o necesidad ajenas. Puede ocurrir que no haya explotación pero igualmente haya desproporción de la pena, lo que hace presumir el aprovechamiento de una de las partes. Este supuesto sería aplicable a los intereses punitorios. En el Derecho Romano (Papiniano en Digesto, XXII, 1, 9 pr.) los intereses no podían exceder del tipo legal, de lo contrario cabía la reducción, la misma solución que se recepta en el Derecho Civil Argentino a través de la reforma comentada.

Caracteres de la sanción legal:

La reforma al Código Civil Argentino introduce a la lesión como vicio del acto jurídico, ya que el codificador expresamente se había apartado de las fuentes romanas en la nota al art. 943 CC Arg.

Uno de los supuestos de reducibilidad de la cláusula penal es la lesión; por consiguiente corresponde la sanción de nulidad pero solamente en forma parcial, en la medida del exceso.

Se trata de una nulidad relativa, declarable a pedido de parte (ya sea por vía de acción o de excepción conforme art. 1058 bis CC Arg.) y susceptible de confirmación.

Caso de incumplimiento parcial o irregular:

El art. 660 CC Arg. contempla el caso de un pago parcial o irregular que es aceptado por el acreedor, resolviendo que corresponde la disminución de la pena en forma imperativa, salvo pacto expreso en contrario.

Procedencia de la ampliación de ciertas cláusulas penales:

El art. 655 CC Arg. consagra el principio de inmutabilidad de la cláusula penal aunque resulte insuficiente: "...el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente".

Sin embargo, puede proceder la ampliación de ciertas cláusulas penales por las siguientes razones:

a) Convención de partes (en caso de daños distintos a los contemplados en la cláusula penal).
b) Pena ínfima, lo que equivaldría a una cláusula de irresponsabilidad, cuya nulidad habilitaría al acreedor a reclamar la reparación de los daños sufridos.
c) Dolo del deudor, por cuanto en este supuesto queda sin efecto la limitación establecida por el art. 655 CC Arg..

En el Derecho Romano (Juliano en Digesto XIX, 1, 28) tratándose de contratos de buena fe, si el acreedor obraba *poenae nomine* primeramente, podía

https://doi.org/10.55104/FRDC_0426

después ejercitar la acción originaria para obtener "sólo aquello que podía procurarle de más".

VII. CARACTER ACCESORIO.-

La cláusula penal es accesoria conforme lo establece el art. 524 CC Arg. y la nota al art. 663 CC Arg..

De acuerdo con el principio de accesoriedad: 1) la nulidad de la obligación principal implica la invalidez de la pena pero no a la inversa (art. 663 CC Arg.) y 2) la extinción de la obligación principal, arrastra a la pena (art. 665 CC Arg.).

Excepciones:

Como ya adelantáramos, existen supuestos receptados en el Derecho Civil Argentino, en que la pena funcionaría como una obligación condicional (y no como una obligación accesoria), al estilo de la primitiva fórmula romana que algunos autores denominan "cláusula penal impropia", a saber:

1) *Cuando garantiza una obligación natural:* art. 666 CC Arg.: "La cláusula penal tendrá efecto, aunque sea puesta para asegurar el cumplimiento de una obligación que no pueda exigirse judicialmente, siempre que no sea reprobada por la ley" (Conf. art. 518 CC Arg.).

En este caso la cláusula penal tiene mayor energía que la obligación natural, ya que puede exigirse su cumplimiento, a pesar de no ser exigible la obligación natural. Se trata de una obligación condicional: se debe la pena si la obligación natural no se cumple.

2) *Caso de cláusulas penales en contratos por terceros:* El art. 664 del CC Arg. dice: "Subsistirá, sin embargo, la obligación de la cláusula penal, aunque la obligación no tenga efecto, si ella se ha contraído por otra persona, para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido".

Se trata del caso en que una persona contrata por un tercero sin tener su representación, comprometiéndose a pagar una pena si el tercero no cumple la obligación.

La obligación condicional está sujeta al hecho condicionante de la falta de ratificación por parte del tercero (arts. 1161, 1162, 1163, 1199 y 1935 CC Arg.).

En estos dos casos la cláusula penal sirve para asegurar la ejecución de obligaciones legalmente desprovistas de eficacia jurídica, siendo su función similar a la desempeñada por la *stipulatio poenae* en el primitivo derecho romano.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0426

VIII. CARACTER SUBSIDIARIO.-

La cláusula penal entra a jugar a falta de cumplimiento de la obligación principal. Así lo establece el art. 659 CC Arg. en su primera parte: "Pero el acreedor no podrá pedir el cumplimiento de la obligación y de la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio...".

Excepciones: tratadas a continuación en el mismo artículo citado:

1) "... a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo...", es decir si se trata de una cláusula penal moratoria.

2) "... o que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal", vale decir, por convención de las partes.

IX. PLURALIDAD DE SUJETOS.-

El Código Civil Argentino analiza los casos de obligaciones divisibles, indivisibles y solidarias.

En principio, el carácter de divisible o indivisible de la obligación principal no ejerce influencia alguna sobre la obligación resultante de la cláusula penal. Por el contrario, la solidaridad la ejerce.

a) *Obligaciones divisibles:* Si la obligación principal es divisible cada uno de los codeudores o de los herederos del deudor sólo queda obligado "...en proporción de su parte, siempre que sea divisible la obligación de la cláusula penal" (art. 661 CC Arg.).

Aunque el Código Civil no lo contempla expresamente también se produciría la división cuando exista pluralidad de acreedores.

De acuerdo con el texto legal citado no se produce la división si lo debido en concepto de pena es de prestación indivisible.

b) *Obligaciones indivisibles:* Si la obligación principal es indivisible, cada uno de los codeudores sólo está obligado en proporción a su parte, siempre que sea divisible la obligación de la cláusula penal.

Es la misma solución que contempla el art. 661 CC Arg..

Por el contrario, si lo indivisible es la cláusula penal, "cada uno de los codeudores o de los herederos del deudor, queda obligado a satisfacer la pena entera" (art. 662 CC Arg.).

La pena entera podrá ser reclamada por cualesquiera de los acreedores en caso de pluralidad de sujetos activos.

c) *Obligaciones solidarias:* Siendo solidaria la prestación principal, la

https://doi.org/10.55104/FRDC_0426

pena es debida por todos los codeudores en forma solidaria a favor de cualesquiera de los acreedores. Esta solución se desprende de los arts. 710 y 711 CC Arg. que tratan sobre el incumplimiento de las obligaciones solidarias.

Cuando la solidaridad corresponde a la pena el art. 662 CC Arg. ya comentado, establece igual solución que para la cláusula penal indivisible.

Recurso: La acción de recurso procede cuando alguno de los codeudores pagó más de lo que le correspondía y se encuentra regida por el art. 689 CC Arg. y conforme al art. 717 del mismo cuerpo legal.

La relación de los codeudores conjuntos entre sí, se reglará en primer lugar de acuerdo con lo pactado, a falta de convención se atenderá a la causa de haberse obligado conjuntamente y demás circunstancias particulares, y por último, en defecto de tales precisiones, se considerará que son interesados en partes iguales.

La misma solución se aplica en caso de que uno de los acreedores perciba toda la pena que debería haberse compartido con los restantes co-acreedores.

CONCLUSIONES

1) La *stipulatio poenae* del derecho romano ha sido receptada por el derecho civil argentino. El codificador Vélez Sarsfield en las notas a los artículos referentes a las obligaciones con cláusula penal, cita como fuentes el Código Francés, el Código de Chile y las Partidas, aunque debemos considerar al Derecho Romano como fuente mediata.

2) En cuanto a su *funcionamiento* existieron dos fórmulas en el Derecho Romano: la primitiva, como obligación condicional (Paulo en Digesto XLIV, 7, 44, § 5) y la nueva como obligación accesoria (Paulo en Digesto XLIV, 7, 44, § 6 y Papiniano en Digesto XLV, 1, 115, § 2). Si bien el Derecho Argentino considera a la cláusula penal como una obligación accesoria (art. 524 y nota al art. 663 CC Arg.), existen dos casos en que funciona como obligación condicional como la primitiva fórmula romana (art. 666 CC Arg. cuando garantiza cumplimiento de obligaciones naturales conf. art. 518 y art. 664 CC Arg. cuando se la incluye en contratos por terceros sin tener representación).

3) El *derecho del acreedor* cuando se ha incurrido en pena: en los contratos de buena fe del Derecho Romano, se admite que si el acreedor obraba primeramente *poenae nomine* tenía aún el derecho de ejercitar la acción originaria para obtener sólo aquello que podía procurarle de más. A la inversa, si primeramente ejercía la acción originaria, no podía después obrar *poenae nomine*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0426

(Juliano, en Digesto, XIX, 1, 28), salvo convención expresa, para acumularlas (Papiniano en Digesto, XXII, 1, 9 pr.) o caso de novación (Papiniano en Digesto, XLV, 1, 115, § 2 *in fine*). En el derecho Civil Argentino el acreedor puede optar entre reclamar la prestación principal o la pena, pero no las dos cosas (salvo estipulación expresa en contrario, o en caso de pena moratoria) (art. 659 CC Arg.).

Por el contrario en Roma en los contratos de derecho estricto en donde se utilizaba la fórmula condicional, el acreedor sólo podía reclamar la pena; lo mismo ocurre en el Derecho Civil Argentino en los dos casos en que se recepta la fórmula condicional, por tratarse de obligaciones no exigibles.

4) Tanto en el Derecho Romano como en el Derecho Civil Argentino la cláusula penal tiene una doble función: compulsiva e indemnizatoria.

5) Con relación a los *sujetos,* en las citas analizadas la estipulación la formula el deudor al acreedor. Sin embargo Papiniano en Digesto XVIII, 7, 6 *in fine* se refiere al caso de haber prometido pena 'a un tercero'.

En el Derecho Civil Argentino el acreedor de la pena puede ser el acreedor de la obligación principal o un tercero y el deudor de la pena puede ser el deudor de la obligación principal o un tercero.

6) El *objeto* de la pena en el Derecho Romano consistía en el pago de una suma de dinero.

En el Derecho Civil Argentino puede consistir en el pago de una suma de dinero o cualquier otra prestación que pueda ser objeto de obligaciones (conf. art. 953 CC Arg.).

7) *El principio de la inmutabilidad de la pena* tiene su origen en el Derecho Romano. La pena era fijada libremente por las partes, y el juez no tenía facultad para reducirla por considerarla excesiva. La única limitación que existía era que la pena no podía utilizarse para encubrir una estipulación usuraria de intereses (Papiniano en Digesto XXII, 1, 9 pr.).

Este principio de inmutabilidad absoluta fue receptado en el Código Civil Argentino texto original en el art. 522 actualmente derogado y en la versión original del art. 656. Con la reforma del Código Civil por la ley 17711/68, al incorporar un segundo párrafo al art. 656 se adoptó el criterio de la inmutabilidad relativa, autorizando la reducción de las cláusulas penales excesivas.

8) La reducción de las cláusulas penales en el Derecho Civil Argentino (permitido por la reforma introducida al Código Civil) introduce en la legislación argentina el supuesto de *lesión* subjetiva, de indudable fuente romanista, que el Codificador no había receptado por los motivos que indicaba en su nota al art. 943 CC Arg..

https://doi.org/10.55104/FRDC_0426

La lesión se recepta en forma amplia, ya que se introduce como vicio de los actos jurídicos (art. 954 CC Arg.) y como presupuesto de reducibilidad de la cláusula penal (art. 656 2° párrafo CC Arg.). Recordemos que en el Derecho Romano se contemplaba la lesión referida al contrato de compraventa (Constitución de los emperadores Diocleciano y Maximiano que se incluye en Código de Justiniano VI, 44, 2).

9) A pesar de sustentar el principio de la inmutabilidad, tanto en el Derecho Romano como en el Derecho Civil Argentino se admite *la ampliación de ciertas cláusulas penales.* Juliano en Digesto XIX, 1, 28, tratándose de contratos de buena fe, permite que, si el acreedor obraba primero *poenae nomine* podía después intentar la acción originaria para obtener "sólo aquello que podía procurarle de más".

En el Derecho Civil Argentino se admite la ampliación por convención de partes (en caso de daños distintos), en caso de pena ínfima o cuando existe dolo del deudor.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0426