

NATURALEZA Y FUNCIONES

I. LA NATURALEZA CONTRACTUAL DE LA “CLÁUSULA PENAL”

Pese a su nombre, que proviene de la tradición histórica y de la práctica más frecuente, la cláusula penal no es necesariamente una disposición inserta dentro del contenido global de un contrato escriturado, como generalmente se entiende la palabra “cláusula”.

Es posible que se establezca en un instrumento separado, coetáneo o posterior al contrato en el que se contrae la obligación principal.¹ Nuestra doctrina incluso admite que el obligado a la pena no sea el deudor principal sino un tercero (lo cual la aproxima pero no la identifica con la fianza).

Por eso, algunos piensan que una mejor terminología exigiría hablar de estipulación penal en vez de cláusula,² con lo que se volvería a la denominación romana de *stipulatio poenae*.³ De hecho,

¹ Como lo demuestra el art. 1647 CC, que se pone en el caso de una cláusula penal que se pacta con posterioridad a la obligación principal. Cfr. Abeliuk Manasevich, René, *Las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 5ª edic., Santiago, 2008, t. II, p. 889.

² Así, entre nosotros, Gatica Pacheco, Sergio, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1959, p. 304; Ramos Pazos, René, *De las obligaciones*, LexisNexis, Santiago, 2004, p. 300.

³ La *stipulatio poenae* era considerada, en el derecho clásico romano, una aplicación de la *verborum obligatio*, por la cual el deudor prometía pagar una suma de dinero si incumplía una obligación. Los juristas admitían dos tipos de estipulación penal: un pacto desvinculado aunque condicionado al cumplimiento de la obligación principal, y una segunda cláusula añadida al pacto de la obligación principal en la cual el deudor prometía la pena para el caso de inexecución. La institución romana presenta



esta no es una expresión desconocida en el Código: el art. 1647 CC habla justamente de "estipulación penal".

Se ha avanzado bastante al superar el concepto restringido de cláusula, pero es necesario ir más allá.⁴ Si estamos ante un acuerdo de voluntades que produce una obligación, que tiene caracteres y estructura funcional típica, no parece haber dudas de que debemos reconocer que la cláusula penal es un contrato autónomo y diferente de la convención contractual donde se recoge la obligación principal que pretende asegurar.⁵

A esta caracterización de la cláusula penal como un contrato no se opone que pueda incluirse en el mismo acto en el que se escritura la obligación principal (como sucede frecuentemente en la práctica por obvias razones de economía y seguridad). Es manifiesto que en una sola escritura pueden contenerse –y de hecho se contienen– varios actos o negocios jurídicos diferentes, aunque vinculados en la operación práctica querida por las partes (compraventa, mutuo, hipoteca, mandato, etc.).

diferencias con la actual cláusula penal, ya que se admitía que la pena dependiera de un hecho incierto aunque no fuere objeto de una obligación (D. 45.1.38.17), se debía la pena por entero aun cuando la obligación principal fuera cumplida parcialmente (D. 45.1.85.6) o si esta hubiera sido extinguida por caso fortuito (D. 9.2.22 pr.), y no se requería la constitución en mora del deudor para cobrar la pena (D. 44.7.23). Cfr. Zoppini, A., *La pena contrattuale...*, cit., p. 25. Véase cap. II, I, pp. 35-37.

⁴ Ramos, R., ob. cit., p. 299, no conforme con su calificación de evaluación anticipada de perjuicios, señala que "la verdad es que la cláusula penal cumple funciones diversas que la transforman en una institución autónoma".

⁵ La doctrina comparada le reconoce la naturaleza de contrato: Peirano Facio, Jorge, *La cláusula penal*, Desalma, Buenos Aires, 1947, p. 178; Zoppini, Andrea, "Clausola penale e caparra", en Giovanna Visintini (dir.), *Trattato della responsabilità contrattuale III: Il risarcimento del danno contrattuale. La responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari*, Cedam, 2009, pp. 531-532; Zoppini, A., *La pena contrattuale...*, cit., pp. 209 y ss.; Mazeaud, Denis, *La notion de clause pénale*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1992, p. 14. En nuestro país, Gatica, S., ob. cit., p. 321, reconoce también que la cláusula penal es un contrato, "por cuanto arranca su origen de una convención generadora de la obligación de pagar la pena, caso de incurrirse en ella". En contra parece pronunciarse Tapia Rodríguez, Mauricio, "Noción de garantía", en AA.VV., *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga*, Facultad de Derecho Universidad de Chile/Facultad de Jurisprudencia Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario de Colombia, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, pp. 22-23, que incluye la cláusula penal no en la categoría de contratos de garantía, sino en la de obligaciones o derechos accesorios envueltos en un contrato.

Tampoco se opone a la autonomía contractual de la cláusula el que su ejecución dependa de la existencia e incumplimiento de la obligación principal, puesto que ello también ocurre respecto de otras cauciones que son reconocidas como contratos, como la fianza, la prenda y la hipoteca. Se tratará de un contrato accesorio mencionado en el art. 1442 CC, es decir, de aquellos que tienen por objeto “asegurar el cumplimiento de una obligación principal” (nótese la coincidencia de la expresión con la contenida en la definición de cláusula penal que hace el art. 1535 CC: “La cláusula penal es aquella en que una persona, “para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena”).⁶

Esta calificación tiene la ventaja de explicar mejor el funcionamiento de la institución y justificar que pueda convenirse en un acto distinto y de diferente fecha a aquel en que se contrae la obligación garantizada.⁷ Queda claro que las solemnidades que la ley prescribe para el contrato que crea la obligación principal no son extendibles al contrato penal,⁸ ya que este debe ser considerado de carácter consensual⁹ (sin perjuicio de que deba constar por escrito para que pueda probarse por testigos, conforme a

⁶ Como señala Zoppini, A., *La pena contrattuale...*, cit., p. 211, “es posible, por tanto, concluir que la cláusula penal constituye un contrato autónomo con un propio esquema causal que es individualizado en la posición de un pacto con estructura sancionatoria. Sin embargo, entre cláusula penal y relación principal se realiza una conexión [*collegamento*] comercial voluntaria y necesaria, en cuanto la pena no puede operar sin el presupuesto, el incumplimiento, de la obligación diversa a la cual accede”.

⁷ Aunque, como apunta Barros Errázuriz, Alfredo, *Curso de Derecho Civil*, Nascimento, Santiago, 1932, p. 99, debe ser anterior al incumplimiento de la obligación principal.

⁸ Zoppini, A., *La pena contrattuale...*, cit., p. 227; Gatica, S., ob. cit., p. 343.

⁹ Aunque si la pena consiste en la obligación de transferir el dominio o constituir derechos reales sobre inmuebles, para cumplir el contrato penal deberá hacerse la tradición y esta se efectuará, por regla general (salvo el caso de servidumbres), por la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces, para lo cual deberá presentarse una escritura pública. De allí que la doctrina nacional haya afirmado que en este caso la cláusula penal debiera constar en ese tipo de escritura: cfr. Abeliuk, R., ob. cit., t. II, p. 893; Somarriva Undurraga, Manuel, *Tratado de las cauciones*, Nascimento, Santiago, 1943, p. 22; Troncoso Larronde, Hernán, *De las obligaciones*, LexisNexis, 4ª edic., Santiago, 2006, p. 223. Pensamos que no es necesario que la misma cláusula penal conste en ese tipo de instrumento, ya que la inscripción podrá requerirse presentándose un acta de entrega o constitución otorgada por escritura pública.



los arts. 1708 y siguientes del Código Civil).¹⁰ Además, queda mejor justificado que las partes de la cláusula penal puedan ser diferentes a las del contrato principal, y que el obligado sea un tercero, según lo sostiene la doctrina nacional. Se explica también que la estipulación penal requiera de capacidad específica para celebrarla, sin que sea suficiente la capacidad necesaria para contraer la obligación principal.¹¹

Se entiende, del mismo modo, que la cláusula penal pueda acceder a una obligación principal que sea solo meramente natural (art. 1472 CC) o que, como se verá, puedan establecerse cláusulas penales para obligaciones cuya fuente no es el contrato.

Siendo la cláusula penal un contrato, no cabe calificar de tal la que se establece en las normas legales ni las impuestas por resoluciones judiciales. Como excepción, podría considerarse la estipulación penal en el testamento y, si se la acepta como fuente de obligaciones, en una declaración unilateral de voluntad, cuestión que dejamos para dilucidar más adelante.¹²

II. AUTONOMÍA Y ACCESORIEDAD

Afirmada la autonomía contractual de la "cláusula penal", debe enseguida aclararse que se trata de una autonomía relativa, ya que una de las características fundamentales de la institución es la de ser accesoria de una obligación cuyo cumplimiento la pena pretende asegurar. El art. 1535 CC indica expresamente que la cláusula penal se pacta "para asegurar el cumplimiento de una obligación". Por ello en toda cláusula penal existen al menos dos obligaciones: aquella cuyo cumplimiento se busca garantizar con el pago de la pena, y la obligación de pagar esta en caso de incumplimiento de aquella, que el mismo art. 1535 CC llama "principal": "en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal".

¹⁰ No podría consistir la cláusula penal en una pena para el caso de que las partes no se avengan a cumplir con las solemnidades del contrato principal. Conforme al art. 1701 CC, esta cláusula penal no tendrá efecto alguno. Es lógico que sea así porque no puede haber cláusula penal sin obligación principal garantizada.

¹¹ Gatica, S., ob. cit., p. 327.

¹² Véase cap. III, II, 1.5, pp. 107 y ss.

Pero esta accesoriidad no niega ni se contrapone a la naturaleza contractual de la cláusula penal. Solo la incorpora a la categoría de los llamados contratos accesorios, conforme con lo dispuesto en el art. 1442 CC, que distingue entre contrato principal y contrato accesorio, y nos dice que este último es aquel que “tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”. La coincidencia de los términos “asegurar” y “obligación principal” entre los preceptos de los arts. 1535 y 1442 CC no deja dudas sobre la calificación jurídica de la cláusula penal como un contrato accesorio.

Más adelante nos detendremos más extensamente sobre esta característica de la cláusula penal, sus manifestaciones y consecuencias.¹³

III. FUNCIONES

La doctrina chilena es uniforme en reconocer que la cláusula penal puede cumplir tres funciones: garantizar el cumplimiento de la obligación principal, evaluar o liquidar los perjuicios derivados del incumplimiento y sancionar civilmente al deudor incumplidor.¹⁴

1. FUNCIÓN AVALUATIVA O LIQUIDADORA DE PERJUICIOS

Los perjuicios contractuales admiten una evaluación o liquidación convencional y anticipada a través del pacto de una o más cláusulas penales. Los autores estudian normalmente en este punto la cláusula penal, y no en la clasificación de las obligaciones como la contempló el codificador.¹⁵ La Corte Suprema ha señalado que la

¹³ Véase cap. III, II, 2, pp. 110 y ss.

¹⁴ Por todos, Alessandri, A.; Somarriva, M. y Vodanovic, A., *Tratado de las obligaciones. Del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. De la protección de los derechos del acreedor. De la insolvencia y las formas de pago de los deudores insolventes*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edic., Santiago, 2004, p. 329; Abeliuk, R., ob. cit., t. II, p. 889; Ramos, R., ob. cit., p. 307.

¹⁵ Véase cap. II, VII, 1, p. 54.



cláusula penal es una liquidación convencional de los perjuicios: "Este tipo de liquidación proviene directamente de las partes, ya que son ellas quienes pueden evaluar mejor que nadie los efectos del incumplimiento, inclusive considerando las razones particulares y hasta subjetivas que importan su real y verdadero interés en que las prestaciones se cumplan debidamente", a lo que se agrega: "Es posible afirmar que la finalidad de esta institución jurídica es la de dejar en manos de los propios contratantes la determinación de los perjuicios por incumplimiento y la [de] librar al acreedor del peso de la prueba que ordinariamente debería rendir en orden a acreditar el daño sufrido" (C. Sup. 24 de marzo de 2008, rol N° 136-2006, WL CL/JUR/629/2008). Más recientemente ha reiterado que "Se considera, por regla general, que [la cláusula penal] constituye una forma de evaluar convencional y anticipadamente los perjuicios provenientes del incumplimiento de una obligación" (C. Sup. 2 de marzo de 2010, rol N° 4626-2008, LPN° 43469).

Debe destacarse que en este caso la indemnización de perjuicios no necesariamente será en dinero, ya que la pena puede consistir en obligarse a dar otra especie, o en una obligación de hacer e incluso de no hacer.

2. FUNCIÓN GARANTIZADORA

Se reconoce que la cláusula penal es una forma de caución de carácter personal,¹⁶ ya que con ella el acreedor pretende asegurar el cumplimiento de la obligación principal. Se ha dicho que la garantía funciona en la medida en que la pena sea más compulsiva o cuantiosa que la indemnización ordinaria de perjuicios.¹⁷ En

¹⁶ La calificación de caución personal de la cláusula penal no es puesta en duda en nuestra doctrina. Cfr. Abeliuk, R., ob. cit., t. II, p. 890; Alessandri, A.; Somarriva, M. y Vodanovic, A., ob. cit., p. 331; Ramos, R., ob. cit., p. 304; Barcia Lehmann, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil chileno III: De la teoría de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 116. Siendo personal, aunque la pena consista en la entrega de una cosa, si el deudor la enajena o grava a favor de un tercero, el acreedor no podrá impugnar la transferencia o gravamen.

¹⁷ De allí que se estime que se trata de una coacción psicológica que está en relación directa con la cuantía de la misma: Gatica, S., ob. cit., p. 378; Ramos, R., ob. cit., p. 304.

este sentido, la Corte Suprema ha dicho que la cláusula penal “es una obligación accesoria que constituye válidamente una garantía para el cumplimiento de la obligación principal” (C. Sup., 14 de enero de 1953, WL CL/JUR/2/1953). Más recientemente, ha reiterado que “...se trata de una regulación de la indemnización que efectúan las partes en forma convencional, anticipada; constituye una caución y por lo mismo accede a la obligación principal que garantiza y su efecto fundamental es permitir al acreedor cobrarla en caso de infracción al contrato por parte del deudor” (C. Sup., 8 de abril de 2008, rol N° 5145-06).

La caución penal puede tener ventajas sobre la fianza o el seguro, ya que en ella es el mismo deudor el que puede adoptar las medidas de precaución para evitar el incumplimiento, lo que resulta más eficiente en términos económicos.¹⁸ Plantea la deficiencia de que se ve afectada por la disminución patrimonial que sufre el deudor principal, que si incurre en insolvencia para pagar la obligación principal, también será incapaz de cumplir la pena.

Es posible sí que la pena sea a su vez garantizada por otra caución, como una fianza o una prenda o hipoteca. El Código prevé expresamente la existencia de una pena con hipoteca (art. 1541 CC). También es posible pactar que la pena sea pagada solidariamente por varios deudores, incluso aunque la obligación principal no sea solidaria. Pero por regla general, las garantías de la obligación principal no se extienden a la cláusula penal, salvo que el fiador, deudor o tercer poseedor hayan accedido expresamente a la pena (cfr. art. 1647 CC).¹⁹

¹⁸ Cfr. Zoppini, A., *La pena contrattuale...*, cit., pp. 151 y ss. Señala, además, que respecto del tercer asegurador el deudor se encuentra en una posición privilegiada en dos sentidos: no debe soportar costos de transacción, ya que está en mejor posición para valorar el riesgo del cumplimiento y, además, puede ejercitar un control directo sobre la eventualidad del incumplimiento (p. 153). Por este medio, el acreedor obtiene un mayor grado de diligencia efectiva del deudor y clarifica los costos de esa mayor precaución que deberán ser asumidos por el acreedor al variar el precio de la obligación principal si se pacta la pena, con lo cual, se observa que, a través de la cláusula penal, se realiza una distribución de los riesgos conectados al incumplimiento de la prestación (p. 157).

¹⁹ En el caso fallado por C. Valparaíso, 20 de julio de 1907, *RDJ*, t. 5, sec. 1ª, p. 238, con casación rechazada por C. Sup. 11 de enero de 1908, se condenó a un fiador de un arrendatario a responder por la multa pactada para el retardo en la restitución de la propiedad.



3. FUNCIÓN SANCIONADORA

El mismo nombre y la raíz histórica de la institución indican que una de sus funciones es la de sancionar la conducta incumplidora del deudor. El Código Civil admite expresamente este carácter al expresar que la pena puede cobrarse aunque se alegue que el acreedor no ha sufrido perjuicios de la infracción del contrato o incluso que esta le ha producido beneficios (art. 1542 CC) y, sobre todo, al contemplar la posibilidad de pactar la acumulación de la pena al cumplimiento de la obligación principal (art. 1537 CC) o a la indemnización ordinaria de los daños y perjuicios (art. 1543 CC).

No contradice esta función la posibilidad de reducción de la cláusula penal enorme, ya que no es el monto real de los perjuicios lo que se considera para reducir la pena (cfr. art. 1544).

4. OTRAS FUNCIONES

Es posible identificar otras funciones, quizás residuales pero igualmente relevantes, porque buscan tutelar el interés del acreedor en casos especiales. Es lo que sucede cuando la obligación principal tiene un contenido extrapatrimonial o el interés del acreedor en su cumplimiento es más moral que económico. En estos casos, la pena, avaluada pecuniariamente, permite un mejor reconocimiento del deber principal como obligación, y ofrece un medio indirecto de coerción.²⁰ Entre nosotros, el establecimiento de

²⁰ Zoppini, A., *La pena contrattuale...*, cit., p. 113, critica la doctrina alemana que, fundada en la concepción que ve en la responsabilidad patrimonial el centro de la relación obligatoria, observa que la cláusula penal tiene como principal función la de proveer un medio de coacción indirecto para los casos en los que la coerción a través de la ejecución *in natura*, por razones jurídicas o fácticas, no puede ser realizada o es incierta. Pero, aunque no se comparta esta doctrina patrimonialista de la obligación y se estime que esta más que responsabilidad es un deber personal de comportamiento del deudor, no es dudoso que en estos casos la cláusula penal tiene una función especial de tutela del interés crediticio: "La sanción así creada constituye la garantía, en sentido atécnico, de que el interés del acreedor será satisfecho. Y, desde este punto de vista, la cláusula penal vale para abstraer la tutela de interés del acreedor de las vicisitudes de la relación, y en primer lugar de que se verifique un daño resarcible, en cuanto el acreedor se puede confiar en la previsión de una reacción cierta y determinada en caso de incumplimiento" (p. 121). En Chile, Gatica, S., ob. cit., p. 352, señala que cuan-

una cláusula penal respecto de una obligación natural permite otorgar un medio de ejecución al acreedor, del que carecía, para compeler el cumplimiento de la obligación principal.²¹

Algo parecido sucede cuando la obligación principal es de muy difícil ejecución o cuando el acreedor no tiene medios para controlar que el deudor esté empeñado realmente en su cumplimiento. La cláusula penal le ayuda a estimular la ejecución y a que el deudor mismo controle la ejecución de la obligación principal, para evitar la pena.²²

En el análisis económico del derecho, se aprecia también la función de transferencia de información que contiene la pena convencional (teoría del *signaling*), ya que con ella el deudor puede transmitir al acreedor la valoración que da a su propio compromiso y al empeño que pondrá en el cumplimiento. Esto puede facilitar la libre competencia al permitir la entrada al mercado de actores menos fuertes para probar la certidumbre del cumplimiento. Por su parte, el acreedor asume probablemente un precio mayor a la obligación principal sin la pena, pero transmite al deudor información sobre el valor que le da al cumplimiento oportuno de la obligación principal y los perjuicios que prevé en caso de incumplimiento.²³

Finalmente, la cláusula penal puede desempeñar una función de liberación de la carga de la prueba, incluso en los casos en los que su monto coincida con el importe de los daños. El acreedor no necesitará acreditarlos.²⁴

do la pena garantiza una obligación de objeto no pecuniario, no solo es válida, sino que presenta una evidente ventaja para el acreedor que puede obtener un resarcimiento que, por la vía de liquidación judicial, le estaría vedado.

²¹ Gatica, S., ob. cit., p. 309.

²² Sucede así en los contratos de *franchising*, en que el control de las exigencias del contrato está en manos de los consumidores, produciendo en cambio el incumplimiento un daño de dificultosa determinación en la imagen del *franchisor*. Lo mismo puede suceder en los contratos de licencia de uso de *software* informático. Cfr. Zoppini, A., *La pena contrattuale...*, cit., pp. 183-184.

²³ Cfr. Zoppini, A., *La pena contrattuale...*, cit., pp. 158 y ss. En el último sentido, la cláusula penal puede ser indiciaria respecto del límite de los perjuicios contractuales que establece el art. 1558 CC, al señalar que se deben solo los perjuicios que se han podido prever al tiempo del contrato.

²⁴ Espín Alba, Isabel, *La cláusula penal*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 53, lo que reafirma su carácter intimidatorio.