

# LA *STIPULATIO POENAE* COMO ANTECEDENTE DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA<sup>1</sup>.

## *STIPULATIO POENAE AS A PRECEDENT OF OBLIGATIONS WITH PENALTY CLAUSES IN ARGENTINE LEGISLATION*

Por Mirta Beatriz Álvarez<sup>2(\*)</sup>

**Resumen:** En el presente trabajo se analizará el origen de la *stipulatio poenae* en el Derecho Romano, su funcionamiento y sus efectos. Posteriormente se hará mención a la recepción de esta figura en la legislación argentina: las obligaciones con cláusula penal, tanto en el Código de Vélez Sársfield como en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina que ha mantenido una similar regulación.

**Palabras claves:** *stipulatio poenae*- Derecho Romano-Derecho argentino

**Abstract:** This essay will analyze the origin of *stipulatio poenae* in Roman law, its operation, and its effects. It will then discuss the introduction of this concept into Argentine law: obligations with a penalty clause, both in the Velez Sársfield's Code and in the Argentine Civil and Commercial Code, which has maintained a similar regulation.

**Keywords:** *stipulatio poenae*-Roman Law- Argentine Law



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar. © Universidad Católica de Córdoba

[https://doi.org/10.22529/rdr.2025\(7\)01](https://doi.org/10.22529/rdr.2025(7)01)

<sup>1</sup> Artículo recibido el 16 de Septiembre de 2025 y aprobado para su publicación el 6 de Octubre de 2025. El presente trabajo es una ampliación y actualización del artículo “La *stipulatio poenae* en el Derecho Romano y su recepción en el Derecho Civil Argentino: obligaciones con cláusula penal”, 1998, REVISTA VERBA IUSTITIAE. REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MORON Nro. 7, 1998, UNIVERSIDAD DE MORON, Id SAIJ: DACF000128 y del capítulo “La *Stipulatio poenae* en el Derecho Romano y su recepción”, publicado en Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho Romano por el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, España, 1998

<sup>2(\*)</sup> Profesora Titular de Derecho Romano en las Facultades de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y de Flores. Investigadora categorizada en el sistema nacional. Directora del Centro de Investigaciones romanísticas de la Universidad de Flores. Vicepresidente de AIDROM. Socia fundadora y Presidente emérita de ADRA. Correo electrónico: mirtalvarez@yahoo.com.ar

# LA *STIPULATIO POENAE* COMO ANTECEDENTE DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

## I.- LA *STIPULATIO POENAE* EN EL DERECHO ROMANO

### 1. INTRODUCCIÓN

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 aparejaba 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.

### 2. ORIGEN

Según explica CUQ<sup>3</sup> 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.

---

<sup>3</sup> Cuq, E., *Les institutions juridiques des romains*, Paris, 1928, Tomo I, p. 210 citado por Carames Ferro, J., *Curso de derecho Romano*, Décima edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 449.

## LA *STIPULATIO POENAE* COMO ANTECEDENTE DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

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

Kaser sostiene que la pena era generalmente una suma de dinero; podía ser prometida para el supuesto de que una obligación existente se incumpliera, o bien no se cumpliera oportunamente (la llamada estipulación penal auténtica o dependiente)<sup>4</sup> (Paulo, D. 45, 1, 115,2).

La *stipulatio poenae* tenía una gran ventaja cuando, p.ej., se había estipulado un *facere* o dar otra cosa que no fuera dinero. La pena fijada era una especie de prefijación de los daños y perjuicios que se ocasionarían. El acreedor no quedaba expuesto al *arbitrium* del juez (Inst., 3.15.7; Ulpiano, D.45.1.69).<sup>5</sup>

Conforme Kaser, la estipulación penal podía prometerse para constreñir a realizar un acto o abstenerse de uno, si no fuesen debidos como tales (estipulación penal *impropia* o independiente). La suma se debería pagar cuando el pretendido *acto positivo* no se realizará o bien cuando en lugar de la esperada *omisión* tenía lugar el acto contrario<sup>6</sup>.

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

La estipulación penal le ahorra al acreedor tener que probar los perjuicios que le producía ya sea el incumplimiento o el cumplimiento imperfecto, lo que a menudo era difícil, y, en lugar del valor de la cosa o de su interés, le proporcionaba una suma de dinero cuyo monto quedaba determinado (función sustitutiva)<sup>7</sup>.

Prometida la pena para el caso de *incumplimiento*, si se demandaba por causa del crédito principal, se oponía al ejercicio de la acción que derivan de la estipulación penal la *exceptio doli*, (Ulpiano, D. 44, 4, 4, 7). Si por el contrario, se prometió para el

---

<sup>4</sup> Kaser, M., Knutel, R. y Lohsse, S. (2022). *Derecho Privado Romano*. Traducción de Lazo González, P. y Andrés Santos, F. Colección derecho Privado. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, p. 426.

<sup>5</sup> Di Pietro, A, *Derecho Privado Romano*, Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 227.

<sup>6</sup> Kaser, M., Knutel, R. y Lohsse, S. (2022). *Derecho Privado Romano*. Traducción de Lazo González, P. y Andrés Santos, F. Colección derecho Privado. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, p. 426.

<sup>7</sup> Kaser, M., Knutel, R. y Lohsse, S. (2022). *Derecho Privado Romano*. Traducción de Lazo González, P. y Andrés Santos, F. Colección derecho Privado. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, p. 426.

# LA *STIPULATIO POENAE* COMO ANTECEDENTE DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

supuesto de *retraso* en el cumplimiento o de cumplimiento imperfecto, entonces ambas acciones quedaban a disposición (Pomponio D. 45, 1, 90).<sup>8</sup>

La cláusula penal se puede agregar no sólo a la *stipulatio*, sino a cualquier obligación de derecho estricto o de buena fe, incluso a una obligación natural.<sup>9</sup>

## 3. FUNCIONAMIENTO

Las fuentes citan dos formas de funcionar:

1º) La fórmula primitiva citada por Paulo en D. 44, 7, 44, 5 “Si yo hubiera estipulado así ‘Si no dieres el fondo, 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<sup>10</sup> siguiendo a Maynz, la denomina ‘cláusula penal impropia’. También lo hace Kaser.

2º) La fórmula nueva citada por Paulo en D. 44, 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 constituyendo la ‘cláusula penal propiamente dicha’, receptada por las legislaciones modernas, (conf. Maynz<sup>11</sup>).

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

---

<sup>8</sup> Kaser, M., Knutel, R. y Lohsse, S. (2022). *Derecho Privado Romano*. Traducción de Lazo González, P. y Andrés Santos, F. Colección derecho Privado. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, p. 426.

<sup>9</sup> Di Pietro, A., *Derecho Privado Romano*, Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 227.

<sup>10</sup> Alterini, A., *Curso de Obligaciones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, Tomo I, p. 302.

<sup>11</sup> Citado por Carames Ferro, J., *Curso de derecho Romano*, Décima edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 450.

## LA *STIPULATIO POENAE* COMO ANTECEDENTE DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

a) La obligación condicional subsiste por sí misma, en cambio en la obligación con cláusula penal accesorio, 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 accesorio 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 accesorio, el acreedor debe pedir primero el cumplimiento de la principal.

Girard<sup>12</sup> en cambio opina que las dos fórmulas tenían la misma función (conf. Justiniano, I. 3, 15, 7)<sup>13</sup> 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 del plazo.

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.

---

<sup>12</sup> Citado por Carames Ferro, J., *Curso de derecho Romano*, Décima edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 450.

<sup>13</sup> Kaser, M., Knutel, R. y Lohsse, S. (2022). *Derecho Privado Romano*. Traducción de Lazo González, P. y Andrés Santos, F. Colección derecho Privado. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, p. 426 por su parte, sostiene que ambos tipos tienen en común que la pena convencional que ha sido prometida para asegurar el cumplimiento de un deber de *omisión*, se hace exigible con la actuación contraria a ella (Paul. D. 19, 2, 54, 1).

## LA *STIPULATIO POENAE* COMO ANTECEDENTE DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

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 accesorio.

Por otra parte, veremos, al examinar la recepción de esta institución en el derecho civil argentino, que existen dos casos citados por el Derecho Civil en que la cláusula penal funcionaría como obligación condicional, como la primitiva fórmula romana.

### 4. 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 D. 19, 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 sustituida en forma absoluta por la obligación de pagar la pena: en este caso el acreedor sólo podrá obrar *poenae nomine* (Papiniano en D. 45, 1, 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 D. 22, 1, 9 pr.).

# **LA *STIPULATIO POENAE* COMO ANTECEDENTE DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA**

Si el deudor pagó la "pena", goza de la *exceptio doli* para el supuesto de que el acreedor intentara accionar por la obligación primera.<sup>14</sup>

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.

## **II. RECEPCION EN EL DERECHO CIVIL ARGENTINO: OBLIGACIONES CON CLAUSULA PENAL**

### **1. INTRODUCCION**

En este tema no ha habido grandes cambios entre lo normado en el Código Civil de Vélez (en adelante CC) y lo regulado en la actualidad en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (en adelante CCyC), razón por la cual, trataremos el tema conjuntamente, indicando los artículos de cada Código y dejando constancia de las diferencias que hubiere.

El art. 652 del CC la definía así: “La cláusula penal es 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”. El art. 790 CCyC replica exactamente la definición, por lo que no han sido atendidas las críticas de la doctrina.

En las dicciones de Díaz Alabart representa un acuerdo accesorio que las partes añaden a otra obligación (principal) para asegurar su cumplimiento, y con la cual se promete una prestación especial por el deudor en caso de incumplimiento o simple retardo.<sup>15</sup>

Conf. Salvat<sup>16</sup>, 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

---

<sup>14</sup> Di Pietro, A, *Derecho Privado Romano*, Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 227.

<sup>15</sup> Herrera, M, Caramelo, G, Picasso, S, *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo III, Libro Tercero, arts. 724 a 1250, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 83 s.

<sup>16</sup> Salvat, R. *Tratado de Derecho Civil Argentino III*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952. Tomo I, Obligaciones en General, p. 112.

## LA *STIPULATIO POENAE* COMO ANTECEDENTE DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

celebrarse el contrato o con posterioridad; la ley no establece a este respecto limitación alguna. Pero, como señala Bueres<sup>17</sup>, la cláusula penal es de interpretación restrictiva.

### 2. 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 ya transcripto, al igual que el art. 790 CCyC, establecen que la cláusula penal se introduce para asegurar el cumplimiento de la prestación principal. Como veremos más adelante, se trata de una cláusula accesorio.

Sin embargo, también puede incorporarse para asegurar el cumplimiento de la pena, como en el caso de obligaciones no exigibles, art. 666 CC (art. 803 CCyC) y en los arts. 664CC (art. 801 *in fine* CCyC) (cláusula contraída por una persona que contrata por un tercero sin su representación), y el 518 CC (las que se agregan a obligaciones naturales. Actualmente denominadas deberes morales en el CCyC). En estos casos 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 encontraba tratada en el art. 655 primera parte del CC Argentino: “La pena o multa impuesta en la obligación, entra en lugar de la indemnización de perjuicios e intereses...”. Actualmente regida por el art. 793 CCyC.

También tiene función indemnizatoria cuando se pacta a favor de un tercero (art. 653 *in fine* CC y 791 *in fine* CCyC): 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 y actualmente 797 CCyC), 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.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Bueres, A. (Director), *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, Tomo I-B, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 493.

<sup>18</sup> Herrera, M., Caramelo, G., Picasso, S., *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo III, Libro Tercero, arts. 724 a 1250, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 86, sostienen: “Cuando la cláusula penal es pactada a favor de un tercero, subsiste la función indemnizatoria pues, si el acreedor desvía hacia ese tercero el pago de la indemnización tarifada al estipularse la pena, una vez satisfecha ya no hay daño subsistente que sea pasible de reparación”.

# LA *STIPULATIO POENAE* COMO ANTECEDENTE DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

Siguiendo a los maestros franceses, entre ellos a Mazeaud, se debe agregar que ella no tiene en cuenta el daño ni su posible valor, sino que mediante su uso se establece una suma de dinero que conmine y asegure en lo posible el cumplimiento de la acción principal.<sup>19</sup>

## 3. METODOLOGIA DEL CODIGO CIVIL

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

Su lugar apropiado debió ser el relativo a los efectos de las obligaciones.<sup>20</sup>

Sin embargo, en la actualidad las Obligaciones con cláusula penal siguen metodológicamente tratadas en el Capítulo 3 denominado Clases de Obligaciones del Libro III de los Derechos Personales (art. 790 a 804 CCyC).

## 4. 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 y art. 791 CCyC) y el deudor de la pena, que puede ser el de la obligación principal o un tercero.

2) *Objeto*: El art. 653 CC establecía 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...”. Así también lo regula el art. 791 CCyC. Cualquier prestación que pueda ser objeto de las obligaciones (conf. art. 953 CC y art. 279 CCyC) puede ser objeto de la cláusula penal.

3) *Funcionamiento*: El art. 655 CC establecía que la indemnización debida como pena o multa entraba en lugar de la indemnización de perjuicios e intereses, *cuando el deudor se hubiese constituido en mora*. Así lo dispone ahora el art. 793 CCyC.

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 y art. 797 CCyC ).

---

<sup>19</sup> Herrera, M, Caramelo, G, Picasso, S, *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo III, Libro Tercero, arts. 724 a 1250, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 84 y agregan los autores: “...con relación al daño, el mismo, al encontrarse tasado convencionalmente por las partes, no resulta objeto de discusión, pues justamente en ello reposa las bondades de la cláusula penal, es decir, en la cuantificación pre-constituida del daño”.

<sup>20</sup> Alterini, A., *Curso de Obligaciones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, Tomo I, p. 304.

## LA *STIPULATIO POENAE* COMO ANTECEDENTE DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

El art. 654 CC establecía: “Incorre 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 había generado confusión, ya que de una primera lectura surgiría que el deudor, por el solo hecho de haber pactado una pena, respondía por caso fortuito.

Salvat<sup>21</sup> brindaba argumentos para rechazar tal interpretación:

1º) 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.); a lo imposible nadie puede encontrarse obligado (art. 888 CC).

2º) la ley 37 *in fine*, de la Partida 5º, 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.

3º) el art. 665 CC, establecía expresamente “Si la obligación principal se extingue sin culpa del deudor queda también extinguida la cláusula penal”.

4º) *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).

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

El art. 792 CCyC introduce dos novedades. En primer término, se admiten las eximentes que fracturan el nexo causal. Es decir, una vez acreditada por el deudor la “causa extraña”, no responde por la cláusula penal. En segundo lugar, en el supuesto en que el deudor alegue caso fortuito, le impone al juzgador el deber de interpretar y aplicar la eximente en forma restrictiva.

Cabe aclarar que el CCyC posee una norma expresa que prescribe que el caso fortuito o fuerza mayor eximen de responsabilidad, excepto disposición en contrario (art.1730 CCyC). Además, sella la discusión doctrinaria y jurisprudencial en cuanto a

---

<sup>21</sup> Salvat, R. *Tratado de Derecho Civil Argentino III*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952. Tomo I, Obligaciones en General, p. 113.

## LA *STIPULATIO POENAE* COMO ANTECEDENTE DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

las consecuencias en uno y otro caso, ya que establece que son sinónimos. Por ello, también este artículo-sostiene Bueres- comprende la fuerza mayor.<sup>22</sup>

### 5. COMPARACIONES

a) *Con la obligación alternativa*: En las obligaciones alternativas, el deudor debe una entre varias prestaciones independientes y distintas (art. 635 CC y 779 CCyC), cuya elección le compete en principio (art. 637 CC y 780 CCyC) y en caso de pérdida de una de ellas, debe la otra (art. 639 CC y 781 CCyC). Lo mismo acontecía en el Derecho Romano conforme las fuentes romanas citadas por el codificador Vélez Sarsfield 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 y 796 CCyC), salvo que expresamente se hubiera reservado ese derecho, y la pérdida de lo debido como pena no afecte 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 accesorio, 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 y 786 CCyC), el obligado por cláusula penal no puede hacerlo, salvo convención expresa (art. 658 CC y 796 CCyC).

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.

---

<sup>22</sup> Bueres, A. (Director), *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, Tomo I-B, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 494.

## LA *STIPULATIO POENAE* COMO ANTECEDENTE DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

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 segunda como prestación accesorio.

Subsisten sin embargo en el Derecho Civil Argentino dos casos en que la cláusula penal funciona como obligación condicional al estilo de la primitiva fórmula romana (art. 518 CC cuando se agregaban a obligaciones naturales -que ya no están contempladas en el CCyC con esa denominación- y en el presente, en los casos de obligaciones no exigibles conf. art. 666 CC y 803 CCyC y el supuesto contemplado en el art. 664 CC y 801 CCyC en contratos celebrados por terceros sin tener representación).

### 6. 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 2º parte, 656 texto original y 1189.

Sin embargo, la ley 17711/68 al agregar un segundo párrafo al art. 656 CC, adoptó el criterio de la inmutabilidad relativa, ya que autorizaba 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”.

Esta inmutabilidad relativa se mantiene en el art. 794 2º párrafo CCyC. Doctrinariamente se han establecido las pautas para la determinación de los casos de exceso de la pena.<sup>23</sup>

#### 6.a. Presupuestos de reducibilidad de la cláusula penal:

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

---

<sup>23</sup> Herrera, M, Caramelo, G, Picasso, S, *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo III, Libro Tercero, arts. 724 a 1250, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 93 afirman: “...no se puede pasar por alto la circunstancia de que los jueces tienen la facultad de morigerar incluso aquellos intereses o multas que han sido pactadas por las partes, cuando las mismas repugnen el orden público y las buenas costumbres. En este orden, ha señalado la CNac. Apel. Com., Sala A, que la facultad judicial de morigerar los intereses pactados en exceso puede ser ejercida por la judicatura cuando la tasa establecida resulta abusiva y contraria a las buenas costumbres”.

## LA *STIPULATIO POENAE* COMO ANTECEDENTE DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

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<sup>24</sup>). Hace referencia al grado de reproche y al resultado objetivo que produce,<sup>25</sup>

b) el valor de las prestaciones. El exceso debe estar presente al momento de la aplicación de la pena,

c) la naturaleza y origen de las prestaciones a las cuales accede. El supuesto se puede dar en casos en que la cláusula sea un porcentaje de la obligación principal, pues la confrontación se advierte entre la limitación de la cláusula penal y el tope de los intereses;<sup>26</sup>

d) 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.,

e) el monto del daño efectivamente causado por el incumplimiento (éste sería un supuesto no contemplado expresamente en el 2º párrafo agregado al art. 656 CC por la reforma y tampoco actualmente por el art. 794 2º párrafo CCyC).

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 reforma de la Ley 17.711 en el art. 954 CC y actualmente regulada por el art. 332 CCyC.

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.

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

---

<sup>24</sup> Alterini, A., *Curso de Obligaciones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, Tomo I, p. 304.

<sup>25</sup> Bueres, A. (Director), *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, Tomo I-B, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 494.

<sup>26</sup> Bueres, A. (Director), *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, Tomo I-B, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 494.

## **LA *STIPULATIO POENAE* COMO ANTECEDENTE DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA**

aprovechamiento de una de las partes. Este supuesto sería aplicable a los intereses punitivos.

En el Derecho Romano (Papiniano en D. 22, 1, 9 pr.), los intereses no podían exceder del tipo legal, de lo contrario cabía la reducción. La misma solución que se receptaba en el Derecho Civil Argentino a través de la reforma comentada y en la actual regulación del CCyC.

### **6. b. 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.

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 y art. 383 CCyC) y susceptible de confirmación.

### **6. c. Caso de incumplimiento parcial o irregular:**

El art. 660 CC contemplaba 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. Lo mismo contempla el art. 798 CCyC.<sup>27</sup>

Se suprime la facultad del juez de efectuar la reducción pues existen otros sujetos que también deberán aplicar la norma, por ejemplo, si las partes decidieron someter la controversia a la decisión de árbitros. De todos modos, está claro que prevalece lo convenido por las partes en el supuesto de que hayan pactado la reducción.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Herrera, M, Caramelo, G, Picasso, S, *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo III, Libro Tercero, arts. 724 a 1250, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 97 afirman: “La reducción requiere que el cumplimiento parcial o defectuoso haya sido útil para el acreedor, o sea, debe haber sido satisfactorio, aunque sea parcialmente.”

<sup>28</sup> Bueres, A. (Director), *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, Tomo I-B, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p.496.

## LA *STIPULATIO POENAE* COMO ANTECEDENTE DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

### 6.d. Procedencia de la ampliación de ciertas cláusulas penales:

El art. 655 CC consagraba el principio de inmutabilidad de la cláusula penal aunque resultara insuficiente: “...el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente”. Lo mismo establece el art. 793 CCyC

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 (actualmente el art. 793 CCyC).

En el Derecho Romano (Juliano, D. 19, 1, 28) tratándose de contratos de buena fe, si el acreedor obraba *poenae nomine* primeramente, podía después ejercitar la acción originaria para obtener “sólo aquello que podía procurarle de más”.

### 7. CARACTER ACCESORIO

La cláusula penal es accesoria conforme lo establecía el art. 524 CC y la nota al art. 663 CC. Actualmente se infiere del art. 801 CCyC.

De conformidad con el carácter accesorio de la pena, la doctrina discrepa acerca de la extinción en los casos de cumplimiento defectuoso (fuera de tiempo o de lugar, cumplimiento parcial, etc.).

Algunos, consideran que si el acreedor no hace reserva al recibir la prestación principal, la pena se extingue y, otros alegan que subsiste. Además, la solución prevista en el art. 801 CCyC guarda sintonía con el contenido de los artículos 856 y 857 CCyC, pero se establece como excepción el caso de que la pena haya sido celebrada por otra persona, si la nulidad de la obligación principal fue a causa de la falta de capacidad del deudor.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Bueres, A. (Director), *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, Tomo I-B, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p.497

## LA *STIPULATIO POENAE* COMO ANTECEDENTE DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

Ante la declaración de nulidad de la obligación principal, el art. 801 CCyC limita la validez de la cláusula penal solo al caso en que la causa de la mentada nulidad sea la incapacidad del deudor.<sup>30</sup>

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 y 801 CCyC) y

2) la extinción de la obligación principal, arrastra a la pena (art. 665 CC y 802 CCyC).<sup>31</sup>

### *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 o una obligación no exigible conforme la terminología del art. 803 CCyC (es decir, un deber moral de acuerdo con el art. 728 CCyC): “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”.

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

Es menester precisar que en estos casos, la obligación principal debe ser natural desde el mismo momento en que ha sido constituida la cláusula penal, pues en caso

---

<sup>30</sup> Herrera, M, Caramelo, G, Picasso, S, *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo III, Libro Tercero, arts. 724 a 1250, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 100 y concluyen: “En conclusión, entendemos que nos encontramos ante una obligación disímil y autónoma de la obligación principal declarada nula, cuyo presupuesto es la nulidad por incapacidad. Entre una y otra difieren los sujetos del acto (acreedor de la obligación nula y tercero) y el objeto (responder ante la declaración de nulidad de otra obligación por incapacidad del deudor)”.

<sup>31</sup> Herrera, M, Caramelo, G, Picasso, S, *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo III, Libro Tercero, arts. 724 a 1250, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 100 sostienen: “...el art. 801 CCyC determina que la nulidad de la cláusula penal no causará la de la obligación principal; no obstante, si es nula la obligación principal, será nula la cláusula penal. Ello así en atención al carácter accesorio de esta última”.

## LA *STIPULATIO POENAE* COMO ANTECEDENTE DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

contrario, es decir, cuando ha sido constituída sobre una obligación civil que se transforma en natural, la obligación accesoria seguirá la misma suerte que esta última en razón justamente del carácter “accesorio” de la misma.<sup>32</sup>

2) *Caso de cláusulas penales en contratos por terceros*: El art. 664 CC decía: “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”. Con otros términos es replicado en el art. 801 CCyC.

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 y arts. 1021, 1023, 1025, 1026 y 371 CCyC).

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.

### 8. CARACTER SUBSIDIARIO

La cláusula penal entra a jugar a falta de cumplimiento de la obligación principal. Así lo establece el art. 659 CC 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...”. Lo mismo sostiene el art. 797 CCyC.

*Excepciones*: tratadas a continuación en el mismo artículo citado:

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

Al respecto, señala la doctrina que no solo contempla los supuestos de cumplimiento fuera de término, sino que deben incluirse aquellos cumplimientos producidos en forma distinta a lo convenido (irregular, parcial, defectuoso, fuera de lugar, etc.). Por otra parte, las cláusulas moratorias admiten prestaciones duraderas o

---

<sup>32</sup> Herrera, M, Caramelo, G, Picasso, S, *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo III, Libro Tercero, arts. 724 a 1250, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 101.

## LA *STIPULATIO POENAE* COMO ANTECEDENTE DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

reiteradas (de tracto sucesivo), lo cual implica cuestionarse hasta cuándo éstas son debidas.<sup>33</sup>

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.

### 9. PLURALIDAD DE SUJETOS

El Derecho 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 y art 799 CCyC)

El principio general es que cada uno de los deudores responda por su parte, siempre y cuando la pena sea divisible, es decir, que sea susceptible de cumplimiento parcial<sup>34</sup> (art. 805 CCyC).

Aunque ni el CC ni el CCyC lo contemplan 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 contemplaba el art. 661 CC y actualmente el art. 799 CCyC.

---

<sup>33</sup> Bueres, A. (Director), *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, Tomo I-B, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p.495.

<sup>34</sup> Bueres, A. (Director), *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, Tomo I-B, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p.496.

## LA *STIPULATIO POENAE* COMO ANTECEDENTE DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

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 y 800 CCyC).

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 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 y 838 CCyC que tratan sobre el incumplimiento de las obligaciones solidarias.

Cabe recordar que la solidaridad no se presume (art. 828 CCyC), por ello el art. 827 CCyC establece que debe surgir de la ley, que según el art. 800 CCyC sucede cuando la cláusula penal es indivisible, o bien del título constitutivo (art. 827 CCyC) o sea, cuando las partes lo hayan convenido.<sup>35</sup>

Cuando la solidaridad corresponde a la pena, el art. 662 CC y 800 CCyC ya comentados, establecen igual solución que para la cláusula penal indivisible<sup>36</sup>.

*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 y 820 y 821 CCyC y conforme al art. 717 CC y 842 CCyC.

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 coacreedores.

### III. CONCLUSIONES

---

<sup>35</sup> Bueres, A. (Director), *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, Tomo I-B, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p.496.

<sup>36</sup> Herrera, M., Caramelo, G., Picasso, S., *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo III, Libro Tercero, arts. 724 a 1250, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 99 afirman: “En resumen, cuando la cláusula penal contenga una obligación indivisible o una solidaria, sea ésta divisible o no, la deuda podrá ser exigida en su totalidad a cualquiera de los codeudores o sus herederos ya que estos responden por el todo de la pena”.

## LA *STIPULATIO POENAE* COMO ANTECEDENTE DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

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, citaba 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 D. 44, 7, 44, 5) y la nueva como obligación accesoria (Paulo en D. 44, 7, 44, 6 y Papiniano en D. 45 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 y art. 801 CCyC), existen dos casos en que funciona como obligación condicional como la primitiva fórmula romana (art. 666 CC cuando garantiza cumplimiento de obligaciones naturales conf. art. 518 y art. 664 CC –actualmente obligaciones no exigibles conforme art. 803 CCyC- y cuando se la incluye en contratos por terceros sin tener representación art. 801 *in fine* CCyC).

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* (Juliano, D. 19, 1, 28), salvo convención expresa, para acumularlas (Papiniano, D. 22, 1, 9 pr.) o caso de novación (Papiniano, D. 45, 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 y 797 CCyC).

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.

## LA *STIPULATIO POENAE* COMO ANTECEDENTE DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

5) Con relación a los *sujetos*, en las citas analizadas la estipulación la formula el deudor al acreedor. Sin embargo Papiniano, D. 18, 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 y 279 CCyC).

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, D. 22, 1, 9 pr.).

Este principio de inmutabilidad absoluta fue receptado en el Código Civil Argentino texto original en el art. 522 luego 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. Lo mismo regula el art. 794 2º párrafo CCyC.

8) La reducción de las cláusulas penales en el Derecho Civil Argentino (permitido por la reforma 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 la nota al art. 943 CC.

La lesión se recepta en forma amplia, ya que se introduce como vicio de los actos jurídicos (art. 954 CC y actualmente en el 332 del CCyC) y como presupuesto de reducibilidad de la cláusula penal (art. 656 2º párrafo CC y 794 2º párrafo CCyC). 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 el Código de Justiniano C. 6, 44, 2).

## LA *STIPULATIO POENAE* COMO ANTECEDENTE DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

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 D. 19, 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 exista dolo del deudor.

### IV. BIBLIOGRAFÍA

Alterini, A., *Curso de Obligaciones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, Tomo I.

Bueres, A. (Director), *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, Tomo I-B, Hammurabi, Buenos Aires, 2014.

Carames Ferro, J., *Curso de derecho Romano*, Décima edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1976.

Di Pietro, A., *Derecho Privado Romano*, Depalma, Buenos Aires, 2001.

Herrera, M, Caramelo, G, Picasso, S, *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo III, Libro Tercero, arts. 724 a 1250, Infojus, Buenos Aires, 2015.

Kaser, M., Knutel, R. y Lohsse, S., *Derecho Privado Romano*. Traducción de Lazo González, P. y Andrés Santos, F. Colección derecho Privado. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022.

Salvat, R. *Tratado de Derecho Civil Argentino III*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952. Tomo I, Obligaciones en General.